

CLÉVERTON BUENO DE OLIVEIRA

**A AÇÃO POPULAR COMO INSTRUMENTO DE
DEMOCRACIA PARTICIPATIVA**

CURITIBA

2005

CLÉVERTON BUENO DE OLIVEIRA

**A AÇÃO POPULAR COMO INSTRUMENTO DE
DEMOCRACIA PARTICIPATIVA**

**Monografia apresentada ao Curso de
Graduação em Direito, Setor de
Ciências Jurídicas, Universidade
Federal do Paraná.**

**Orientadora: Prof. Vera Karam de
Chueiri**

CURITIBA

2005

TERMO DE APROVAÇÃO

CLÉVERTON BUENO DE OLIVEIRA

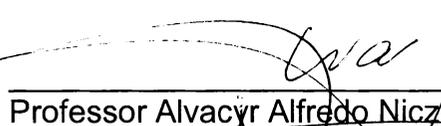
A AÇÃO POPULAR COMO INSTRUMENTO DE DEMOCRACIA
PARTICIPATIVA

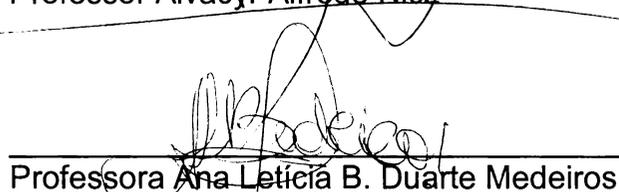
Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito no Curso de Direito, Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:



Professora Vera Karam de Chueiri



Professor Alvacyr Alfredo Nicz

Professora Ana Leticia B. Duarte Medeiros

Curitiba, 09 de novembro de 2005.

O substantivo da democracia é, portanto, participação. Quem diz democracia diz, do mesmo passo, máxima presença do povo no governo, porque, sem participação popular, democracia é quimera, é utopia, é ilusão, é retórica, é promessa sem arrimo na realidade, sem raiz na história, sem sentido na doutrina, sem conteúdo nas leis.

Paulo Bonavides

SUMÁRIO

<u>RESUMO.....</u>	<u>vi</u>
<u>INTRODUÇÃO</u>	<u>1</u>
<u>1 DEMOCRACIA E PARTICIPAÇÃO POLÍTICA.....</u>	<u>3</u>
1.1 A DEMOCRACIA COMO UM CONCEITO HISTÓRICO.....	3
1.2 TIPOS DE DEMOCRACIA.....	5
1.2.1 A Democracia Direta.	5
1.2.2 A Democracia Indireta ou Representativa.....	7
1.2.2.1 Democracia Representativa e Estado Liberal.	7
1.2.2.2 Democracia Representativa e Estado Social.	9
1.2.2.3 Crise do modelo representativo.....	11
1.2.3 Democracia Semidireta ou Mista. O surgimento da Democracia Participativa.....	12
1.2.3.1 A problemática da participação política e a democracia participativa.	14
<u>2 A AÇÃO POPULAR CONSTITUCIONAL.....</u>	<u>17</u>
2.1 CONCEITO.....	17
2.2 ANÁLISE HISTÓRICA.....	20
2.2.1 Aspectos históricos gerais. Do direito romano ao direito contemporâneo.....	21
2.2.2 Direito brasileiro.....	22
2.3 ASPECTOS PROCESSUAIS IMPORTANTES.....	23
2.3.1 Partes.....	24
2.3.2 Objeto.....	26
2.3.2.1 Atos administrativos.....	28
2.3.2.2 Atos legislativos.....	31
2.3.2.3 Atos jurisdicionais.....	34
2.3.3 Causa de Pedir.....	35

2.4	DIREITOS E GARANTIA DE DIREITOS. A POSIÇÃO DA AÇÃO POPULAR.	39
2.5	A AÇÃO POPULAR COMO DIREITO POLÍTICO E SOB A ÓTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.	42
2.6	A AÇÃO POPULAR COMO CONTROLE SOBRE A GESTÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO.	46
2.7	A AÇÃO POPULAR COMO INSTRUMENTO DE DEMOCRACIA PARTICIPATIVA.	47
3	<u>AÇÃO POPULAR. ESTUDO DE UM CASO CONCRETO.</u>	50
3.1	A ESCOLHA DO CASO.	51
3.2	ANÁLISE DO CASO CONCRETO DE ITAPEMA.	51
	<u>CONCLUSÃO</u>	56
	<u>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</u>	60
	<u>ANEXO 1 – LEI Nº 4.717/65 (LEI DA AÇÃO POPULAR)</u>	63
	<u>ANEXO 2 – APELAÇÃO CÍVEL Nº 96.04.50216-6/SC</u> <u>(CASO DE FLORIANÓPOLIS)</u>	70
	<u>ANEXO 3 – APELAÇÃO CÍVEL Nº 2001.04.01.045587-9/SC</u> <u>(CASO DE ITAPEMA)</u>	78

RESUMO

A democracia é um fenômeno histórico, em constante mutação de acordo com o tempo e lugar em que está inserida.

Quanto a forma de participação popular, podemos classificar a democracia ao longo de sua evolução em três tipos: direta, indireta (representativa) e semidireta (mista).

Em relação a esse último tipo, verificamos que a partir da constatação de que, pela complexidade da sociedade contemporânea, é inviável a adoção da democracia direta, bem como o reconhecimento da insuficiência da democracia representativa, buscou-se através dos institutos semidiretos de participação uma maximização das vantagens dos dois modelos historicamente anteriores.

Nesse contexto surgiu a democracia participativa. Trata-se de uma nova interpretação do regime democrático, enfatizando a importância da participação política que é considerada a força criadora do sistema e que lhe permite uma evolução contínua. Busca-se novos canais de participação popular e a valorização dos já existentes e que são, muitas vezes, mal utilizados.

A Constituição Federal de 1988 contemplou diversas formas de participação popular, entre elas a ação popular, cujo fundamento jurídico se encontra no artigo 5º, inciso LXXIII da nossa Carta Magna e na Lei nº 4.717/65 que a regulamentou.

O objetivo da presente monografia foi o de propor algumas reflexões sobre a ação popular e evidenciar a sua relação com a democracia participativa.

Para isso, foi necessário analisar alguns aspectos processuais importantes para a compreensão do instituto, quais sejam: partes, objeto e causa de pedir.

Este trabalho acadêmico procurou demonstrar que a ação popular constitui autêntico direito político, pois faculta ao cidadão uma participação mais efetiva na vida política. Assim, esse instituto jurídico pertence a categoria dos direitos fundamentais e deve ser analisado enquanto tal.

A partir do estudo das características da ação popular, concluiu-se que esse instituto jurídico revela-se como importante instrumento de democracia participativa e um dos caminhos para enfrentarmos os problemas que impedem o pleno desenvolvimento de nosso país.

INTRODUÇÃO

Uma das características mais marcantes da constituição brasileira de 1988 é a valorização e ampliação dos meios de participação popular. O constituinte inovou, por exemplo, ao contemplar expressamente, ao lado da tradicional democracia representativa, a chamada democracia participativa e dispôs no seu artigo 1º, parágrafo único que “todo o poder emana do povo que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Assim, tornou-se mais importante a reflexão acerca das formas diretas de participação do povo como meio de superar as limitações do modelo representativo.

A presente monografia tem por objetivo analisar a ação popular constitucional enquanto instrumento de democracia participativa, ou seja, como instituto que possibilita a intervenção direta do cidadão na vida pública de seu país.

Para isso, dedicaremos o primeiro capítulo a um breve estudo histórico da democracia a partir de uma abordagem essencialmente jurídica, embora o tema possa ser analisado sob vários outros enfoques, como o da filosofia política e o da sociologia. Dentre os diversos critérios possíveis para descrever a evolução histórica do regime democrático, optamos por aquele que o classifica de acordo com a forma pela qual o povo participa do poder, dando origem a três tipos: democracia direta, democracia indireta ou representativa e democracia semidireta ou mista. Esse critério formal foi escolhido por explicitar a maneira com que a participação popular foi admitida em cada período histórico e como chegamos até a democracia participativa.

No segundo capítulo deste trabalho acadêmico, abordaremos o instituto jurídico da ação popular constitucional, partindo de sua conceituação para posteriormente analisarmos brevemente a sua evolução histórica, dando especial atenção ao desenvolvimento do instituto no ordenamento jurídico pátrio. Em seguida, embora esta monografia não tenha a pretensão de analisar a ação popular sob o enfoque processual civil, mas sim sob o ponto de vista político-constitucional, refletiremos sobre alguns aspectos processuais considerados importantes para a compreensão da ação popular. Tais aspectos merecem atenção por ajudarem a responder questões cruciais, tais como: quem pode propor ação popular? Contra quem essa ação pode ser ajuizada? Que atos podem ser objeto de uma demanda

popular? É preciso que o ato seja simultaneamente ilegal e lesivo ao patrimônio público para que possa ser alvo desse instituto jurídico? É possível haver ação popular contra omissões? Um ato administrativo discricionário pode ser impugnado por meio de ação popular? Podemos utilizar essa ação para exercer controle abstrato de constitucionalidade, ou seja, para anular lei em tese? O autor popular pode buscar anulação de ato jurisdicional? Essas e outras questões serão objeto de reflexão nesta monografia.

Ainda no segundo capítulo enfrentaremos a controvérsia sobre a natureza da ação popular enquanto mera garantia de direitos ou como autêntico direito político. A função de controle sobre a gestão do patrimônio público exercida por meio da ação popular também será analisada neste capítulo que terá seu encerramento com o estudo sobre a grande relação entre o instituto da ação popular e o regime democrático que é, afinal, a nossa principal meta.

O terceiro, e último, capítulo desta monografia será dedicado à análise de uma ação popular concreta. O objetivo desse capítulo é aplicar algumas das reflexões teóricas feitas nos capítulos anteriores a um caso real julgado por nossos tribunais.

Consideramos que a escolha do tema desta monografia justifica-se por demonstrar uma das formas pela qual o Poder Judiciário pode cumprir seu papel social atuando em favor do controle popular e da defesa de interesses coletivos. Mas *o maior objetivo deste trabalho acadêmico é ressaltar o protagonismo do povo como agente capaz de contribuir para a melhoria da realidade social do país. Através das reflexões aqui propostas buscamos, sem ter a pretensão de esgotar os assuntos, despertar o interesse pelo estudo de um instituto que, apesar de estar presente em nosso sistema constitucional há bastante tempo, ainda não é conhecido satisfatoriamente fora do meio jurídico. Almeja-se, através da análise da ação popular, contribuir, ainda que modestamente, para aquilo que Antônio Carlos Wolkmer chamou de “construção de um consenso ativo a respeito de um projeto político de mudanças, em que o paradigma da representação se desloque e se transfigure no paradigma da participação”.*¹

¹ WOLKMER, Antonio Carlos. Crise de representação e cidadania participativa na Constituição de 1988, in O Direito Público em Tempos de Crise – Estudos em Homenagem a Ruy Ruben Ruschel, p. 47.

1 DEMOCRACIA E PARTICIPAÇÃO POLÍTICA.

1.1 A DEMOCRACIA COMO UM CONCEITO HISTÓRICO.

Durante sua longa história, a democracia já foi definida das mais diversas maneiras. Desde a Antigüidade, vários pensadores procuraram analisá-la, mas jamais se atingiu um consenso sobre o seu significado. Essa relatividade do conceito decorre do fato de ser a democracia um fenômeno histórico, em constante mutação de acordo com o tempo e lugar em que está inserida. Sobre a historicidade do conceito de democracia escreveu José Afonso da Silva:

Democracia é um conceito histórico. Não sendo por si um valor-fim, mas meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência, que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do homem, compreende-se que a historicidade destes a envolva na mesma medida, enriquecendo-lhe o conteúdo a cada etapa do envolver social, mantido sempre o princípio básico de que ela representa um regime político em que o poder repousa na vontade do povo. Sob esse aspecto, a democracia não é um mero conceito político abstrato, mas um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história.²

Vários autores, apesar das limitações, aceitam a célebre definição de Lincoln sobre a democracia, enquanto regime político, como sendo o “governo do povo, pelo povo e para o povo”.³ Logicamente esse conceito é demasiadamente sintético e necessita de uma explicitação maior de seus elementos para sua melhor compreensão. A expressão “governo do povo” enuncia o princípio da soberania popular (“todo poder emana do povo”, conforme o expresso no art. 1º, parágrafo único, CF 1988) que importa em reconhecer no povo o fundamento da legitimidade do poder. Já a expressão “governo pelo povo” significa a possibilidade de participação popular no exercício do poder, ainda que pela técnica da representação, enquanto a expressão “governo para o povo” refere-se à utilização do poder sempre tendo como beneficiário o próprio povo.

Mas uma das limitações do conceito de democracia proposto por Lincoln é que ele permanece incompreensível sem uma definição prévia do que seja “povo”. O

² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 125-126.

³ Como exemplo ver: SILVA, José Afonso da. Obra citada, p. 134 e BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*, p. 267.

conceito de povo, por sua vez, foi profundamente alterado na história e isso explica porque a própria democracia também adquiriu características tão diversas ao longo do tempo. Na democracia grega, por exemplo, o povo era composto pela minoria da população, já que eram excluídas as mulheres, crianças, estrangeiros e escravos. Na democracia liberal, por sua vez, o povo era um ente ideal e abstrato cuja vontade era apreendida pela razão e manifestada por representantes.

Interessante observar quanto às controvérsias acerca do conceito de democracia que há divergências quanto à sua amplitude. A democracia pode ser compreendida apenas como um regime político ou, adotando-se uma visão mais abrangente, como uma filosofia de vida. José Afonso da Silva, por exemplo, entende que a democracia é também um modo de vida e afirma:

Podemos, assim, admitir que a democracia é um processo de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido, direta ou indiretamente, pelo povo e em proveito do povo. Diz-se que é um processo de convivência, primeiramente para denotar sua historicidade, depois para realçar que, além de ser uma relação de poder político, é também um modo de vida, em que, no relacionamento interpessoal, há de verificar-se o respeito e a tolerância entre os conviventes.⁴

Apesar dos vários significados assumidos pelo termo “democracia”, há um fato relevante: o comprometimento de todos os Estados contemporâneos com esse regime político, mesmo que isso seja feito por meio de sistemas, muitas vezes, completamente distintos.

Por fim, é importante lembrar que devemos distinguir o ideal democrático (forma idealizada de governo do povo, pelo povo e para o povo) dos sistemas políticos que tentaram concretamente realizá-lo.⁵ O ideal democrático e a realidade não são fatores antagônicos, mas sim complementares, pois sofrem influências recíprocas. A Democracia deve ser vista como um sistema político em permanente busca de seu próprio aperfeiçoamento, como um processo dialético sujeito a avanços, recuos, sucessos e fracassos.

⁴ SILVA, José Afonso da. Obra citada, p.126.

⁵ Boaventura de Sousa Santos faz uma crítica a essa distinção entre ideal democrático e realidade, argumentando que ela foi criada para justificar a baixa intensidade democrática dos regimes liberais (SANTOS, Boaventura de Sousa. *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*, p. 73).

1.2 TIPOS DE DEMOCRACIA.

Na doutrina encontramos várias classificações dos tipos de democracia. Uma delas leva em conta as ideologias políticas, sociais e econômicas, surgindo, os termos “democracia liberal”, “democracia social” etc. Mas uma classificação bastante adotada é aquela que tem como critério a forma pela qual o povo participa do poder, dando origem a três tipos: democracia direta, democracia indireta ou representativa e democracia semidireta ou mista. Neste trabalho acadêmico iremos analisar a evolução histórica da democracia principalmente a partir desse último critério de classificação, embora o primeiro também seja abordado para explicitar o contexto político e social de cada etapa.

1.2.1 A Democracia Direta.

A democracia direta é aquela em que o povo exerce, por si próprio, os poderes governamentais.

Embora haja controvérsias⁶, podemos dizer que a democracia direta existiu na Antigüidade nas Cidades-Estado das sociedades grega e romana. O berço da democracia direta foi Atenas, aproximadamente a partir do século V a.C., onde o povo, reunido em praça pública, deliberava diretamente sobre as questões da cidade.

A democracia antiga tinha objetivos completamente diferentes das democracias do mundo moderno que surgiram a partir dos séculos XVIII e XIX. Por isso devemos compreender o regime democrático dos povos antigos a partir das

⁶ Elival da Silva Ramos, por exemplo, não aceita a existência de verdadeira democracia nas Cidades-Estado da Antigüidade devido ao caráter excludente dessas sociedades (não eram considerados cidadãos os escravos, estrangeiros, mulheres e crianças). O mesmo autor entende que a chamada “democracia antiga” na realidade era um mero exercício de liberdades políticas por parte de uma parcela privilegiada da *polis*. (RAMOS, Elival da Silva. *A Ação Popular como Instrumento de Participação Política*, p. 23).

Embora respeitável tal posicionamento, devemos observar que ao afirmar a ausência de democracia na Antigüidade em razão do sectarismo das sociedades da época parte-se de um conceito atual do regime democrático, em que a ampla participação e o respeito aos direitos humanos são características essenciais. Tal entendimento ignora que a realidade histórica das sociedades grega e romana era totalmente diferente dos tempos atuais, o que implica em uma outra concepção de democracia.

condições socioculturais daquele momento histórico. Primeiramente, é preciso observar que nas sociedades grega e romana da Antigüidade havia o predomínio da escravidão e isso permitia que alguns homens privilegiados pudessem preocupar-se apenas com a política, já que os escravos é que trabalhavam para a subsistência das famílias.⁷ Outro fator importante consiste no fato de que havia constantes guerras entre as cidades, surgindo a necessidade de que o povo se ocupasse dos negócios públicos como forma de defesa contra os inimigos estrangeiros. Por fim, cabe ressaltar a pequena extensão territorial das Cidades-Estado e o número restrito de cidadãos aptos a participar da política (eram excluídos os escravos, estrangeiros, mulheres e crianças), o que permitia a prática da democracia direta.

A principal instituição política de Atenas era a Assembléia que tinha poder de decisão sobre as questões mais importantes da cidade (conveniência de começar guerras, ostracismo, taxaçoão direta *etc*). O poder exercido pelos cidadãos na Assembléia era supremo e ilimitado, ou seja, havia prevalência das decisões coletivas sobre os interesses individuais. Não havia nenhum obstáculo às decisões da Assembléia, inexistindo, por exemplo, qualquer documento parecido com as modernas constituições que assegurasse a defesa dos direitos individuais. Na realidade, para o cidadão ateniense a vida pública era uma complementação da vida privada, não havendo dissociação entre o homem e a coletividade, daí não ser apropriado falarmos em direitos individuais.

A complexidade das sociedades contemporâneas torna impossível a implantação da democracia direta tal qual existiu na Antigüidade, sendo esse regime considerado apenas uma reminiscência histórica. Apesar disso, convém lembrar que alguns cantões suíços, devido às suas características peculiares, mantêm ainda hoje a prática da democracia direta.

⁷ A esse respeito, Paulo Bonavides afirma: "Demais o homem da democracia direta, que foi a democracia grega, era integralmente político. O homem do Estado moderno é homem apenas acessoriamente político, (...)". "O homem moderno, via de regra, 'homem de massa', precisa de prover, de imediato, às necessidades materiais de sua existência. Ao contrário do cidadão livre ateniense, não se pode volver ele todo para a análise dos problemas do governo, para a faina penosa das questões administrativas, para o exame e interpretação dos complicados temas relativos à organização política e jurídica e econômica da sociedade". (BONAVIDES, Paulo. Ciência Política, p. 273).

1.2.2 A Democracia Indireta ou Representativa.

Democracia indireta ou representativa é aquela em que o povo, fonte originária de todo poder, outorga as funções de governo aos seus representantes, devido à impossibilidade de dirigir os negócios públicos diretamente. Como já foi visto anteriormente, essa impossibilidade de exercício da democracia direta decorre da complexidade da sociedade contemporânea (grande extensão territorial e alta densidade demográfica dos Estados, complexidade das relações sociais etc).⁸

1.2.2.1 Democracia Representativa e Estado Liberal.

A democracia representativa surgiu a partir das revoluções liberais do século XVIII⁹, tendo sido a Revolução Francesa o grande marco para a expansão desse modelo na Europa. A partir desse momento histórico, foi rejeitada a teoria do mandato imperativo e o representante político passou a ter maior independência em relação aos seus eleitores para representar toda a nação e não apenas um grupo em particular.

Montesquieu foi um dos grandes defensores da representação política e isso fica claro quando esse pensador afirmou:

O povo é admirável para escolher aqueles a quem deve confiar parte de sua autoridade. Somente pode decidir-se por coisas que não pode ignorar, e por fatos que se apresentam aos seus sentidos. Sabem muito bem quando um determinado homem esteve muitas vezes na guerra, nela logrando tais e tais bons resultados; é, portanto, suficientemente capaz de eleger um general. Sabe quando um juiz é assíduo, que muitos homens saem satisfeitos do tribunal com a sua atuação, e que jamais se deixou corromper – e isso é o bastante para que ele seja eleito pretor. Se ficou impressionado com a magnificência ou com as riquezas de um cidadão, isso é suficiente para que ele possa escolher um edil. Todas essas coisas representam fatos que o povo aprende melhor na praça pública do que um monarca em seu

⁸ Tendo em vista os avanços tecnológicos da informática, Paulo Bonavides considera um “anacronismo no transcurso do milênio” os argumentos contra a democracia direta em razão da complexidade do Estado Moderno (BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*, p. 64).

⁹ Apesar de reconhecer que as revoluções liberais do século XVIII foram o grande marco para o surgimento da democracia representativa, Jair Eduardo Santana afirma que existiram alguns sinais de assembleias representativas na Idade Média. (SANTANA, Jair Eduardo. *Democracia e cidadania: o referendo como instrumento de participação política*, p. 40-41).

palácio. Contudo, saberá o povo conduzir um negócio, conhecer os lugares, as ocasiões, os momentos, e aproveitá-los? Não, não o saberá.

(...)

Da mesma forma que a maioria dos cidadãos que têm capacidade suficiente para eleger, mas não a têm para serem eleitos, assim também o povo, que tem capacidade suficiente para julgar a gestão de outrem, não é, no entanto, capaz de governar por si próprio.¹⁰

Rousseau, por sua vez, foi o maior expoente da teoria da soberania popular e grande crítico da democracia representativa, como demonstra o seguinte trecho de sua obra *Do Contrato Social*:

A democracia não pode ser representada pela mesma razão por que não pode ser alienada; ela consiste, essencialmente, na vontade geral, e a vontade não se representa; ela é a mesma ou é outra; não há meio termo. Os deputados do povo não são, pois, nem podem ser, seus representantes, já que não passam de comissários; nada podem concluir definitivamente. Toda lei que o povo não ratificou em pessoa é nula; não é uma lei. O povo inglês pensa ser livre; ele se engana muito, pois só o é durante a eleição dos membros do Parlamento; assim que são eleitos, o povo torna-se escravo, não é nada.¹¹

Apesar das críticas, o modelo representativo prevaleceu e é a característica essencial da Democracia Moderna. Esse regime político foi perfeitamente adequado ao Estado Liberal que tinha como principal função assegurar os direitos dos indivíduos, especialmente a liberdade. Nesse sentido, a doutrina liberal defende a limitação do poder estatal, tendo sido o direito, entre outros instrumentos, usado para tal fim. O próprio movimento do Constitucionalismo foi manifestação dos liberais. O conceito de Constituição do artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão reflete bem essa ideologia: “Toda sociedade na qual não está assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação dos poderes, não tem Constituição”.

O conceito de Estado de Direito, entendido como aquele submetido a sua própria normatividade jurídica, também foi legado do liberalismo e tinha o objetivo de garantir a liberdade individual através da limitação do poder estatal que estaria submetido ao império da lei. Sobre o papel das leis no contexto do liberalismo, importantes são as palavras de Elival da Silva Ramos, citando Burdeau:

Para o Liberalismo o reino da lei era importante exclusivamente por ser pressuposto da liberdade-autonomia.

¹⁰ MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*, p. 24-25.

¹¹ ROUSSEAU, Jean Jaques. *Do Contrato Social*, p. 125.

Essa a lição abalizada de Burdeau: 'E, de fato, na perspectiva liberal, as leis não são instrumentos de uma política, elas não são jamais a expressão da vontade de um partido ou de uma classe. Elas possuem a impessoalidade das regras matemáticas, a objetividade das normas naturais; elas são o balizamento de uma ordem existente e não o plano de uma ordem a ser criada; elas são constatações e não programas. Sua autoridade se vincula ao valor racional de seu conteúdo, elas não decorrem do poder da maioria que as edita.'¹²

A teoria da separação dos poderes também surgiu a partir dos ideais liberais. Essa teoria foi consagrada por Montesquieu para evitar abusos do Estado e garantir a liberdade dos indivíduos através do controle do poder pelo próprio poder.

Na democracia liberal o direito de participação política dos cidadãos se restringia ao voto nos seus representantes que iriam conduzir as atividades do Estado. Convém lembrar que o povo na democracia liberal era um ente abstrato, cuja vontade poderia ser apreendida racionalmente pelos representantes políticos. A esse respeito, afirmou Daniela Romanelli da Silva:

O povo da democracia clássica, titular da soberania, era, contudo, uma abstração e não encontrava qualquer correspondência com as massas populares existentes. Como afirma Burdeau, o povo não era composto pelo somatório de indivíduos que viviam em um Estado. Tratava-se de um povo de cidadãos, de homens concebidos de modo abstrato e, por isso, esclarecidos pela razão. Esses sujeitos abstratos não estavam submetidos a qualquer condicionante social ou econômica. Esses cidadãos que compunham o povo da democracia clássica eram capazes de formular opiniões sobre a coisa pública independentemente de suas preferências pessoais. Eram, portanto, seres abstratos, plenamente racionais, universais e a-históricos.¹³

1.2.2.2 Democracia Representativa e Estado Social.

A partir da segunda metade do século XIX vários fatores, entre eles a universalização do sufrágio e o descontentamento das classes mais pobres, provocaram uma radical alteração na estrutura do Estado Liberal, surgindo o Estado Social. A principal característica do Estado Social é o intervencionismo econômico como forma de efetivar a igualdade material entre os indivíduos. O Estado-mínimo do liberalismo cedeu lugar para o Estado-providência que passou a interferir em âmbitos considerados, até então, como de domínio exclusivo da iniciativa privada. A respeito disso, escreveu Paulo Bonavides:

¹² RAMOS, Elival da Silva. Obra citada, p. 35.

¹³ SILVA, Daniela Romanelli da. *Democracia e Direitos Políticos*, p. 55.

Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto Estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede o crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área da iniciativa individual, neste instante o Estado pode com justiça receber a denominação de Estado social.¹⁴

As características próprias do Estado Social, especialmente o seu caráter intervencionista, causaram a crise de vários institutos e técnicas jurídicas construídas pelo Liberalismo. A teoria da separação dos poderes e o princípio da legalidade, que foram fundamentais para a criação do conceito de Estado de Direito, adquiriram nova interpretação. Assim, a lei deixou de ser entendida como a expressão abstrata da vontade geral (que na realidade representava os interesses burgueses no liberalismo) para ser expressão de uma vontade política que reflete o conflito de interesses em uma sociedade. A lei perdeu a função principal de limite ao poder estatal, tal qual no liberalismo, e passou a ser um importante instrumento de atuação desse poder.

Em relação ao princípio da separação dos poderes, na Democracia Liberal, em que as leis eram instrumentos essenciais para garantir a liberdade, havia uma tendência à supremacia do Poder Legislativo. Já na Democracia Social a importância maior passa a ser do Poder Executivo em razão de estar ele melhor preparado para atender à crescente demanda por políticas públicas que caracterizam o Estado intervencionista. A divisão funcional do poder passa a ter não apenas o objetivo de limitar o poder estatal em benefício da liberdade, tal qual no Liberalismo, mas também o de implementar as transformações sociais esperadas. Esse objetivo só se torna possível através de uma harmonia maior entre os poderes, sem, logicamente, destruir a independência entre eles.

Outro importante aspecto alterado na transformação do Estado Liberal para o Estado Social foi o modelo representativo. Fatores históricos fizeram com que a passividade do povo no liberalismo cedesse lugar à tentativa de uma maior participação política na Social-democracia. O principal veículo de participação

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, p. 208.

política no Estado Social foi os partidos políticos. Nesse contexto, as eleições passaram a ser um momento em que cada partido defende um programa de governo que deverá ser cumprido se os seus candidatos forem eleitos. Isso provocou uma forte alteração da teoria do mandato representativo construída pelo liberalismo, pois aumentou a vinculação entre o representante e o povo. Pertinentes são os ensinamentos de Burdeau sobre esse assunto:

Quanto ao papel do representante, enfim, é ele, sem dúvida, que é o mais profundamente modificado com o advento do povo real. Outrora, ele menos exprimia a vontade do povo do que a criava. Hoje, ele não pode, se não pretende decepcionar seus mandantes, afastar-se de ser o intérprete de suas exigências. A preexistência da vontade popular à sua expressão pelo órgão representativo altera o sentido do mandato a um ponto tal que a noção clássica de representação não pode sobreviver a semelhante transformação.¹⁵

1.2.2.3 Crise do modelo representativo.

Paradoxalmente, embora tenha surgido com o propósito de inclusão das camadas mais pobres no regime democrático, o Estado Social não avançou muito em relação ao aumento da participação popular no processo político. Diversas deficiências do sistema partidário contribuíram para isso¹⁶, mas é preciso compreender que o próprio modelo representativo entrou em crise.

Essa crise, por exemplo, no caso brasileiro, segundo Antonio Carlos Wolkmer, tem como motivos mais fortes a “especificidade de nossa cultura política” e o “padrão de comportamento de nossas elites políticas”.¹⁷ De acordo com o mesmo autor, “o pequeno número de eleitores”, com a exclusão de grande parte da população do processo político e a “corrupção eleitoral” são características da tradição política brasileira que também contribuem para crise do modelo representativo.¹⁸ Acerca dessa crise, no contexto da sociedade brasileira, convém citar outro trecho dos ensinamentos do mencionado jurista:

¹⁵ BURDEAU, Georges. *Traité de Science Politique*, vol. VI, citado por RAMOS, Elival da Silva. Obra citada, p. 57.

¹⁶ Para análise de algumas dessas deficiências do sistema partidário ver RAMOS, Elival da Silva. Obra citada, p. 58-59.

¹⁷ WOLKMER, Antônio Carlos. Obra citada, p. 39.

¹⁸ WOLKMER, Antônio Carlos. *Idem*, p. 40-41.

De qualquer modo, a tradição de exclusão do povo caminha num mesmo horizonte delineado pelo artificialismo dos trâmites legais, pela ininterrupta tutela do poder oligárquico e pela despolitização popular incentivada por grupos corporativos e representantes políticos. A ilusão e a distorção de um processo eleitoral que têm favorecido a prática tanto da 'representação meramente simbólica' quanto da 'representação liberal' artificial. (...) É interessante sublinhar que, nesta experiência de 'representações imperfeitas', como os canais tradicionais de mediação (partidos políticos e sindicatos) têm respondido ineficazmente às crescentes demandas sociais provenientes das múltiplas identidades individuais e coletivas. O sistema representativo entre nós nunca deixou de ser anêmico, inócuo, um faz-de-conta, distanciado dos representados e das bases sociais.¹⁹

Diante das deficiências históricas que o modelo representativo apresentou, surgiu a necessidade de reconstrução do sistema democrático de forma a aumentar os canais de participação popular e, assim, aproximar o povo, titular da soberania, das principais decisões que envolvem o interesse público. Sobre as deficiências e a superação da democracia representativa escreveu Paulo Bonavides:

(...) combatendo o modelo da representação, derivado das Cartas Constitucionais, ou nelas posto como base tão somente na força política das cadeiras parlamentares majoritárias; é modelo que há de ceder lugar a outro, de presença mais direta e efetiva da cidadania enquanto sujeito da vontade governativa institucionalizada por vias plebiscitárias. A queda da legitimidade dos órgãos legislativos e executivos se faz patente, profunda, irreparável nos moldes vigentes. Urge introduzir pois o mais cedo possível a nova legitimidade, cuja base recomposta é, novamente, a cidadania, mas a cidadania redimida, sem os percalços que lhe inibem a ação soberana, sem a perversão representativa, sem o falseamento da vontade, sem as imperfeições conducentes às infidelidades do mandato e aos abusos da representação.²⁰

1.2.3 Democracia Semidireta ou Mista. O surgimento da Democracia Participativa.

Democracia semidireta ou mista é aquela que combina elementos de democracia indireta (representativa) e de democracia direta. A partir da constatação de que, pela complexidade da sociedade contemporânea, é inviável a adoção da democracia direta, bem como o reconhecimento da insuficiência da democracia representativa, busca-se através dos institutos semidiretos de participação uma maximização das vantagens dos dois modelos historicamente anteriores.

¹⁹ WOLKMER, Antônio Carlos. *Idem*, p. 41.

²⁰ BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*, p. 18

A democracia semidireta surgiu como tentativa de suprir as deficiências do modelo representativo²¹, especialmente no sentido de aproximar o povo de seus representantes políticos. Essa aproximação somente é possível através da ampliação de instrumentos de participação direta do povo, superando-se o mero conceito de voto e representação política. O voto foi considerado na democracia liberal representativa como a forma principal de participação, mas, como bem explica Emir Sader, consistia em “uma delegação similar a um cheque em branco, fazendo com que esse vínculo só seja retomado a cada tantos anos, conforme o calendário eleitoral”.²²

A inclusão de instrumentos de democracia direta, na verdade, procura atenuar a ficção que fundamenta o modelo representativo, qual seja, a de que há completa identidade entre a vontade popular e as decisões de seus representantes, sugerindo a idéia de autogoverno.

Devemos ressaltar que a democracia semidireta foi construída para aperfeiçoar o sistema representativo e não para eliminá-lo. Por isso, devemos entender que democracia direta e democracia indireta não são realidades necessariamente antagônicas, podendo ser formas complementares. A esse respeito, Norberto Bobbio esclarece:

Exatamente porque entre a forma extrema de democracia representativa e a forma extrema de democracia direta existe um *continuum* de formas intermediárias, um sistema de democracia integral as pode conter todas, cada uma delas em conformidade com as diversas situações e as diversas exigências, e isto porque são perfeitamente compatíveis entre si posto que apropriadas a diversas situações e a diversas exigências. Isto implica que, de fato, democracia representativa e democracia direta não são dois sistemas alternativos (no sentido de que onde existe uma não pode existir a outra), mas são dois sistemas que se podem integrar reciprocamente”.²³

Durante o século XX, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, foi possível perceber uma tendência de adoção da democracia semidireta por diversos países do mundo. No Brasil, as constituições de 1946, 1967 (inclusive após a Emenda Constitucional nº 1 de 1969) e especialmente a de 1988 acompanharam essa tendência. A nossa atual Carta Magna, também conhecida como constituição

²¹ Ver supra, item 1.2.2.3 sobre a crise do modelo representativo.

²² SADER, Emir. *Para outras Democracias*. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*, p. 658.

²³ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*, p. 52.

cidadã, ampliou os canais de participação popular e dispôs expressamente, em seu art. 1º, parágrafo único, que “todo o poder emana do povo que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. A respeito desse dispositivo constitucional e de sua importância para a sociedade brasileira, Paulo Bonavides afirma:

No Direito Constitucional positivo do Brasil já existe um fragmento normativo de democracia participativa; um núcleo de sua irradiação, um germe com que fazê-la frutificar se os executores e operadores da Constituição forem fiéis aos mandamentos e princípios que a Carta Magna estatuiu.

Com efeito, essa democracia ora em fase de formulação teórica, e que é, num país em desenvolvimento como o nosso, a única saída à crise constituinte do ordenamento jurídico, já se acha parcialmente positivada, em termos normativos formais, no art. 1º e seu parágrafo único, relativo ao exercício da vontade popular, bem como no art. 14, onde as técnicas participativas estatuídas pela Constituição, para fazer eficaz essa vontade, se acham enunciadas, a saber: o plebiscito, o *referendum* e a iniciativa popular.

Mas a aplicabilidade dessas técnicas tem sido bloqueada e negada ao povo, à nação, à soberania, por obra de um esbulho.

Quem fez porém esse esbulho senão as elites do poder, os usurpadores da vontade popular, a classe representativa parlamentar, enfim, aquelas camadas de políticos e administradores da classe dominante?²⁴

Analisando o sistema constitucional brasileiro, a doutrina geralmente aponta como instrumentos de participação direta do cidadão os institutos do art. 14 da nossa Carta Magna, quais sejam, o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular.²⁵ Mas é possível observar vários outros dispositivos da nossa constituição em que a participação popular é requerida²⁶, inclusive o art. 5º, inciso LXXIII que se refere à ação popular, objeto dessa monografia.

1.2.3.1 A problemática da participação política e a democracia participativa.

Durante o século XX, especialmente no pós-guerra, houve uma maior preocupação com o estudo acerca da importância da participação política do povo nos sistemas democráticos, o que provocou o surgimento de uma nova teoria: a democracia participativa. Trata-se de uma nova interpretação da democracia,

²⁴ BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da Democracia Participativa, p. 40-41.

²⁵ Outros instrumentos de participação direta do cidadão não adotados pela Constituição brasileira, como o *recall* e o veto popular, também são lembrados pela doutrina.

²⁶ Para uma análise da participação política do cidadão na Constituição brasileira de 1988, ver MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito de Participação Política*, p. 159-183.

ênfatizando a importância da participação política que é considerada a força criadora do sistema e que lhe permite uma evolução contínua. Na democracia participativa busca-se novos canais de participação popular e a valorização dos já existentes e que são, muitas vezes, mal utilizados.

José Afonso da Silva ao analisar a democracia participativa parte da premissa de que “a democracia não teme, antes requer a participação ampla do povo e de suas organizações de base no processo político e na ação governamental”.²⁷ Paulo Bonavides, por sua vez, é enfático: “o substantivo da democracia é, portanto, participação. Quem diz democracia diz, do mesmo passo, máxima presença do povo no governo, porque, sem participação popular, democracia é quimera, é utopia, é ilusão, é retórica, é promessa sem arrimo na realidade, sem raiz na história, sem sentido na doutrina, sem conteúdo nas leis.”²⁸

A importância da participação política popular foi bem sintetizada na obra de Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

Convém aqui que, deste autor, PENNOCK, recolha-se uma síntese das razões pelas quais a participação política é importante e por isso deve ser advogado o seu incremento pelas vias constitucionais e legais das democracias contemporâneas: primeiro, pela simples e óbvia razão de alcançar o aprimoramento da governança (eficiência); segundo, para propiciar mais freios contra o poder de interesses escusos sobre o governo (legalidade); terceiro, para garantir, sempre mais, que nenhum interesse foi negligenciado ou excluído na consideração governamental para a tomada de decisões (justiça); quarto, para garantir, pela participação de mais pessoas informadas e sábias, que se chegue a uma “sabedoria coletiva”, à maneira aristotélica, que sobrepassasse mesmo a do mais sábio e prudente governante (legitimidade); quinto, pela responsabilidade que, assim, se infunde aos indivíduos, pelas consequências de suas ações políticas, aprimorando-os pelo equilíbrio, que isto importa, entre a realização de seus desejos pessoais e do interesse coletivo (civismo); sexto, para tornar o “produto” governamental mais aceitável e, portanto, de um lado, garantindo o mais fiel cumprimento de suas determinações e, de outro, reduzindo o risco de descontentamento (ordem).²⁹

Convém ressaltar que a participação popular expressa a legitimidade³⁰ dos atos da sociedade política, ou seja, faz com que, de fato, as decisões do Estado revelem a vontade do povo. A partir da instituição do Estado de Direito na sua forma

²⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p.136.

²⁸ BONAVIDES, Paulo. *A Democracia Participativa como Alternativa Constitucional ao Presidencialismo e ao Parlamentarismo*. In: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, volume 3, 2003.

²⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Obra citada, p. 38-39.

³⁰ Adota-se aqui o conceito de legitimidade utilizado por Diogo de Figueiredo Moreira Neto como sendo “a compatibilidade do poder político instituído na sociedade com os interesses e valores nela preponderantes”. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Obra citada, p. 06).

liberal-burguesa, a legitimidade se confundiu com a legalidade, bastando aos agentes estatais agir de acordo com a lei, supostamente expressão da vontade popular. A esse respeito, refletiu Paulo Bonavides: “Com efeito, a legitimidade tem-se apresentado, de último, nas reflexões jurídicas sobre a matéria, despolitizada, neutralizada e subsumida, por uma suposta evidência de sua identidade conceitual e axiológica com a legalidade, enquanto expressão formal e acabada do triunfo das ideologias liberais”.³¹

Diante disso, Paulo Bonavides propõe uma “repolitização da legitimidade” através da ampliação dos canais de participação popular. Para este autor, além de uma legitimidade repolitizada, a utilização de um “direito constitucional de luta e resistência” contra a globalização neoliberal e recolonizadora proposta pelos países mais ricos, bem como a adoção de uma “nova hermenêutica” fundamentada na força normativa dos princípios constitucionais, compõe o caminho para chegarmos à democracia participativa que constitui o regime político de libertação dos povos periféricos e um autêntico direito fundamental de quarta geração.³² Esse caráter emancipador da democracia participativa é também defendido por Boaventura de Souza Santos que a considera parte integrante de um projeto contra-hegemônico de globalização, uma alternativa ao modelo representativo e liberal imposto pelas grandes potências do capitalismo mundial.³³

A participação política está sujeita a condições subjetivas e objetivas, como bem analisa Diogo de Figueiredo Moreira Neto. A condição subjetiva se refere ao aspecto psicológico e social que produz a motivação para participar. Já a condição objetiva, refere-se à existência de instituições jurídicas e políticas que permitam a participação. O referido autor mostra como as condições subjetivas e objetivas se complementam:

A mera atitude participativa sem a institucionalização de formas de participação é motivo de frustração e de indignação: o indivíduo se sente esbulhado na sua liberdade fundamental de influir. A instituição de participação sem a atitude participativa, por outro lado, de nada vale: é meramente decorativa, simula uma aparência de democracia, funciona em nível formal,

³¹ BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*, p. 17.

³² De forma bastante sintética, essas são as idéias defendidas por Paulo Bonavides na coletânea de textos que formou sua obra “Teoria Constitucional da Democracia Participativa”. Convém ressaltar que o referido autor adota uma concepção radical de democracia participativa, sendo esta mais direta do que indireta, ao contrário do nosso sistema político atual.

³³ SANTOS, Boaventura de Sousa. Obra citada, p. 39-78.

quando, efetivamente, não existe motivação, disposição, vontade, interesse, estímulo para que cada um dê sua contribuição possível nos assuntos de interesse coletivo. As decisões são tomadas por poucos e, de resto e em regra, no interesse de poucos.³⁴

Embora, como já foi mencionado, a democracia participativa tenha um grande potencial emancipador, não podemos considerar que ela resolverá todos os problemas do regime democrático. A utilização do discurso participativo deve ser vista com cautela, pois ele pode ser facilmente desvirtuado e apropriado por lideranças populistas e demagogas como forma de legitimar regimes, por vezes, autoritários e contrários ao interesse público.

No próximo capítulo iremos analisar o instituto jurídico da ação popular que consiste em um importante instrumento de participação do cidadão na vida pública e, portanto, concretização do princípio democrático esculpido no artigo 1º, parágrafo único da Constituição de 1988.

2 A AÇÃO POPULAR CONSTITUCIONAL.

2.1 CONCEITO.

O instituto da ação popular tem suas origens no direito romano, estando presente também na Idade Média, Idade Moderna e no direito contemporâneo. Durante sua evolução histórica, a ação popular apresentou diferentes características e mesmo hoje o significado desse instituto não é totalmente pacífico na doutrina.³⁵ Por tal motivo, torna-se relevante estabelecermos claramente o conceito de ação popular que constitui o objeto desta monografia.

O presente trabalho acadêmico busca analisar a ação popular constitucional que hoje tem seu fundamento jurídico no art. 5º, inciso LXXIII da nossa Carta Magna, a saber: “Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise 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

³⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Obra citada, p. 12.

³⁵ Para uma análise exemplificativa de alguns dos diferentes sentidos do termo “ação popular” na doutrina, ver MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente*, p. 66-73.

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

Além desse fundamento constitucional, a ação popular que tratamos aqui é regulamentada pela Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965.³⁶

A ação popular constitucional, como qualquer outra ação judicial, é um direito público subjetivo. Mas a ação popular tem a peculiaridade de tutelar interesses coletivos e não apenas interesses pessoais do autor. Ao propor a ação, o autor popular age principalmente no interesse coletivo de fiscalização dos negócios públicos para garantir uma administração pública pautada nos princípios da legalidade e probidade. Nesse sentido, José Afonso da Silva analisa o significado do termo “ação popular”:

O nome ação popular deriva do fato de atribuir-se ao povo, ou a parcela dele, legitimidade para pleitear, por qualquer de seus membros, a tutela jurisdicional de interesse que não lhe pertence, *ut singuli*, mas à coletividade. O autor popular faz valer um interesse que só lhe cabe, *ut universis*, como membro de uma comunidade, agindo *pro populo*. Mas a ação popular não é mera atribuição de *ius actionis* a qualquer do povo, ou a qualquer cidadão como no caso da nossa. Essa é apenas uma de suas notas conceituais. O que lhe dá conotação essencial é a natureza impessoal do interesse defendido por meio dela: interesse da coletividade. Ela há de visar a defesa de direito ou interesse público. O qualificativo popular prende-se a isto: defesa da coisa pública, coisa do povo (*publicum, de populum, de populum*).³⁷

Elival da Silva Ramos afirma que existem dois tipos de coletividade em termos de ação popular: a coletividade em sua dimensão demográfico-social (conjunto de pessoas que habitam o território do Estado em um dado momento) e a coletividade em seu aspecto jurídico-político (configuração do Estado ou sociedade política).³⁸ Portanto, a ação popular pode ser concebida com maior (no caso de adotar a coletividade em sua dimensão demográfico-social) ou menor amplitude (no caso de adotar a coletividade em seu aspecto jurídico-político).

No Direito Romano, por exemplo, a ação popular era entendida em termos amplos. Já o Direito Contemporâneo tende a adotar um conceito restrito de ação popular (considera a coletividade em seu sentido jurídico-político) e é nesse aspecto que o instituto será analisado nesta monografia. Seguindo essa última tendência,

³⁶ Ver texto integral dessa lei no anexo 1.

³⁷ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 460.

³⁸ RAMOS, Elival da Silva. Obra citada, p. 112.

Elival da Silva Ramos conceitua a ação popular como sendo “a ação judicial intentada junto ao Poder Judiciário ou Executivo (contencioso administrativo) por qualquer do povo ou parcela deste, agindo nessa qualidade, e destinada à proteção de interesses da coletividade política”.³⁹

José Afonso da Silva, por sua vez, define a ação popular constitucional brasileira da seguinte forma:

Podemos, então, definir a ação popular constitucional brasileira como instituto processual civil, outorgado a qualquer cidadão como garantia político-constitucional (ou remédio constitucional), para a defesa do interesse da coletividade, mediante a provocação do controle jurisdicional corretivo de atos lesivos do patrimônio público, da moralidade administrativa, do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural.⁴⁰

A conceituação da ação popular como garantia constitucional será objeto de análise posterior neste capítulo.⁴¹ Convém, por fim, em relação à definição supra, refletirmos sobre o caráter corretivo da ação popular constitucional. José Afonso da Silva classifica as ações populares (no amplo sentido do termo) em quatro modalidades: preventivas, supletivas, subsidiárias e corretivas. Para o referido autor, as ações populares preventivas são aquelas “destinadas a prevenir um dano público”; as supletivas são aquelas em que o autor “propõe a ação em lugar de seu titular”, substituindo “o representante da entidade pública no exercício de direito a esta cabível”; as subsidiárias são as ações populares em que o autor age em conjunto com os órgãos da entidade pública, para ajudá-los; finalmente, as ações populares corretivas são aquelas em que o autor “age no interesse da comunidade a que pertence, contra os administradores da entidade ou do patrimônio público, para constrangê-los à observância da lei, e para pedir o ressarcimento do dano que eventualmente esses administradores tenham produzido à entidade administrada”.⁴² A partir desses esclarecimentos, José Afonso da Silva afirma que a ação popular constitucional brasileira possui caráter corretivo, mas entendemos que tal instituto também pode ser utilizado preventivamente. Para tal entendimento corrobora o art. 5º, § 4º da Lei nº 4.717/65 que prevê uma medida preventiva, qual seja, a suspensão liminar do ato lesivo impugnado. Além disso, existem casos, como a defesa do meio

³⁹ RAMOS, Elival da Silva. *Idem*, p. 114.

⁴⁰ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 462.

⁴¹ Ver *infra*, item 2.4.

⁴² SILVA, José Afonso. *Ação Popular Constitucional*, p. 102-103.

ambiente, em que seria inviável a exigência efetiva de ocorrência do dano para só então permitir a propositura da ação popular, pois a simples condenação em perdas e danos jamais irá reparar adequadamente os prejuízos causados. Saliente-se que o uso preventivo da ação popular proporciona uma proteção mais efetiva do patrimônio público. Sustentando a possibilidade de ação popular preventiva Rodolfo de Camargo Mancuso esclarece:

Aliás, a lesão não precisa ser necessariamente ocorrida, podendo bem ser temida (lesão virtual ou eminente), seja porque a CF vigente alçou ao nível de garantia constitucional a tutela cautelar ('lesão ou ameaça': art. 5º, XXXV), seja porque o § 4º, do art. 5º, da Lei nº 4717/65 (acrescentado pela Lei 6.513/77), autoriza a 'suspensão liminar do ato lesivo impugnado', seja, finalmente, porque o Código de Processo Civil é de aplicação subsidiária ao processo da ação popular (art. 22 daquela lei) e portanto são aplicáveis tudo que no Código de Processo Civil se contém acerca do processo cautelar, incluído, naturalmente, o poder geral de cautela (art. 798) (...) ⁴³

Outro aspecto relevante quanto à natureza da ação popular constitucional brasileira é lembrado por Elival da Silva Ramos ao advertir que uma interpretação gramatical do inciso LXXIII do art. 5º da Constituição Federal pode nos levar erroneamente a afirmar possibilidade de ação popular supletiva em nosso país. Tal equívoco ocorre se entendermos que qualquer ato que seja lesivo ao patrimônio público pode ser atacado por ação popular, mesmo que se trate de ato entre particulares sem qualquer participação de entidades públicas ou que administrem o patrimônio público. O mencionado autor conclui que por meio de uma interpretação sistemática e teleológica, é possível afastar a tese de que a ação popular constitucional brasileira pode ter índole supletiva, pois os atos lesivos que podem ser declarados nulos ou anulados por ação popular exigem sempre a participação de entidades públicas ou que estejam envolvidas com o patrimônio público em sentido amplo. ⁴⁴

2.2 ANÁLISE HISTÓRICA.

Convém agora, ainda que sucintamente, fazermos uma análise histórica do instituto da ação popular. Iniciaremos com uma abordagem geral do instituto,

⁴³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Obra citada, p. 141.

⁴⁴ RAMOS, Elival da Silva. Obra citada, p. 142.

partindo das suas origens no direito romano até chegarmos ao direito contemporâneo. Em seguida, iremos analisar a evolução histórica da ação popular no ordenamento jurídico brasileiro, aspecto que mais nos interessa.

2.2.1 Aspectos históricos gerais. Do direito romano ao direito contemporâneo.

As origens da ação popular estão no direito romano. Naquela época, o Estado não possuía nítida personalidade jurídica e os bens públicos pertenciam a todos os cidadãos romanos, como uma espécie de condomínio. Nesse período a ação popular era entendida em termos amplos (a coletividade era compreendida no seu aspecto social e não político), existindo várias espécies de ações populares que defendiam os direitos indivisos da comunidade.⁴⁵

Com a descentralização política da Idade Média a aplicação da ação popular foi reduzida. A sobrevivência esparsa do instituto no período medieval ocorreu, principalmente, devido à existência de ações penais populares (mas essas ações são populares apenas no sentido amplo do termo).

Na Modernidade, o surgimento do absolutismo foi desfavorável ao instituto da ação popular, pois o Estado, personificado na figura divina do monarca, era monopolizador e considerado infalível, dispensando a existência de fiscalização por parte do povo.

O regime político democrático foi o instrumento que favoreceu o fortalecimento das ações populares no mundo contemporâneo. Os ideais democráticos de participação do povo na gestão da coisa pública (que é considerada patrimônio do próprio povo), bem como a construção do conceito de Estado de Direito, foram fundamentais para o desenvolvimento do instituto da ação popular.

⁴⁵ Para uma análise exemplificativa da variada gama de ações populares romanas, ver RAMOS, Elival da Silva. Obra Citada, p. 118-119.

2.2.2 Direito brasileiro.

Sob influência das democracias liberais, a constituição imperial brasileira de 1824 contemplou as ações populares em seu art. 157: "... por suborno, peita, peculato, e concussão haverá contra elles acção 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".⁴⁶ Devemos observar que esse dispositivo trata de ação popular apenas em sentido amplo e isso fica claro pela legitimidade ativa a qualquer pessoa do povo.

A Constituição brasileira de 1891, primeira constituição republicana, foi omissa em relação à ação popular. Dessa forma, a utilização desse instituto, ficou restrita a casos esparsos previstos na legislação ordinária.

A Constituição brasileira de 1934 foi inovadora ao introduzir a ação popular em sentido estrito (a legitimidade ativa deixou de ser a qualquer pessoa do povo para ser apenas do cidadão) em nosso texto constitucional. Assim mencionava o art. 113, inciso 38 da Constituição de 1934: "Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou a anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios".⁴⁷

Mas a curta duração da Constituição de 1934 e as condições políticas daquele momento histórico não permitiram que o instituto da ação popular se consolidasse. Além disso, a Constituição de 1937, numa clara manifestação de seu caráter autoritário, suprimiu o instituto.

A Constituição de 1946, marcando o processo de redemocratização do Brasil, contemplou novamente a ação popular constitucional em sentido estrito. O artigo 141, § 38 dessa Constituição assim mencionava: "Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista".⁴⁸

Em 1965 foi editada a Lei Federal nº 4.717/65 (Lei da Ação Popular), sendo vários dispositivos dessa lei influenciados pela jurisprudência que já entendia o

⁴⁶ O texto da constituição de 1824 foi consultado no site <http://www.planalto.gov.br>.

⁴⁷ O texto da constituição de 1934 foi consultado no site <http://www.planalto.gov.br>.

⁴⁸ O texto da constituição de 1946 foi consultado no site <http://www.planalto.gov.br>.

artigo 141, § 38 da Constituição de 1946, referente à ação popular, como auto-aplicável.

A Constituição de 1967, inclusive após a Emenda nº 1 de 1969, manteve a base constitucional da ação popular corretiva, embora com redação diversa da Constituição de 1946. O art. 153, § 31 da Emenda Constitucional de 1969 assim dispôs: “Qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise anular atos lesivos ao patrimônio das entidades públicas”.⁴⁹

Finalmente, a Constituição de 1988 contemplou a ação popular no seu art. 5º, inciso LXXIII, conforme já foi mencionado. Alguns aspectos desse dispositivo merecem ser ressaltados por serem inovadores em relação às constituições anteriores. O primeiro deles é a generalização dos sujeitos passivos para todas as entidades (públicas ou privadas) em que haja participação do patrimônio público. Outra inovação importante foi a ampliação do objeto da ação, contemplando atos lesivos não só ao patrimônio público em sentido econômico, mas também à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. É bem verdade que a Lei nº 4.717/65 em seu art. 1º, § 1º já adotou um conceito amplo de patrimônio público, considerando como tal os “bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico” (note-se que mesmo esse dispositivo infraconstitucional não fez menção à moralidade administrativa e ao meio ambiente), mas louvável a atitude do constituinte de 1988 em promover essa ampliação em nível constitucional. Por fim, importante destacarmos que a Constituição de 1988, numa clara tentativa de incentivar o exercício da ação popular, determinou a isenção de custas judiciais e do ônus da sucumbência ao autor de boa-fé.

2.3 ASPECTOS PROCESSUAIS IMPORTANTES.

Embora a presente monografia tenha como objetivo analisar a relevância político-constitucional da ação popular, alguns aspectos processuais são importantes para melhor compreendermos esse instituto. Iremos tratar aqui desses aspectos, mencionando, inclusive, críticas apontadas pela doutrina para o aperfeiçoamento da ação popular.

⁴⁹ O texto da Emenda Constitucional nº 1 de 1969 foi consultado no site <http://www.planalto.gov.br>.

2.3.1 Partes.

O art. 5º, inciso LXXIII da Constituição Federal menciona expressamente que o autor da ação popular é o cidadão. Mas há grande controvérsia doutrinária acerca do sentido da palavra “cidadão” na nossa constituição, existindo basicamente duas correntes. A primeira defende um conceito amplo, incluindo todos os brasileiros (estejam ou não no gozo de seus direitos políticos) e a segunda defende um conceito restrito, considerando como cidadãos apenas os nacionais que gozam de seus direitos políticos, essencialmente o direito de votar e ser votado. Em termos de direito positivo, no caso da ação popular, a controvérsia é resolvida pelo art. 1º, § 3º da Lei nº 4.717/65 que adotou o conceito restrito de cidadão ao dispor que a prova da cidadania será feita através do título eleitoral ou de documento equivalente.⁵⁰ Portanto, a ação popular constitucional brasileira somente pode ser proposta pelo cidadão, entendido esse como o nacional no gozo de seus direitos políticos de votar e ser votado.⁵¹ Conseqüência disso é a falta de legitimidade ativa dos estrangeiros, das pessoas jurídicas e dos brasileiros privados definitiva ou temporariamente de seus direitos políticos.

Embora a ilegitimidade das pessoas jurídicas para propor ação popular seja entendimento sumulado pelo STF (súmula 365), parte da doutrina tem defendido a ampliação da legitimidade ativa, abarcando também pessoas jurídicas como sindicatos, partidos políticos, associações *etc.* Assim, Luísa Elisabeth Timbó Corrêa Furtado faz o seguinte comentário:

Porém, há na doutrina correntes que entendem que estas pessoas deveriam ter sido incluídas no rol dos legitimados ativos, por muitas vezes um sindicato ou uma associação, encontrarem-se com melhores aparelhos para este tipo de iniciativa, atribuindo, ainda que a impessoalidade destes entes sirva para diluir a responsabilidade da medida. Esta opinião de Luís Roberto Barroso é comungada também por José Carlos Barbosa Moreira quando

⁵⁰ Embora reconheçam que por força legal adotamos o conceito restrito de cidadania, alguns autores mencionam que a utilização de um conceito amplo (incluindo todos os nacionais) seria mais adequada ao objetivo da ação popular, qual seja, o de fiscalização pelo povo da gestão do patrimônio público. Nesse sentido: SILVA, José Afonso da. *Ação Popular Constitucional*, p. 164 e PERRINI, Raquel Fernandes. *A ação popular como instrumento de defesa ambiental*. In: Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política, p. 191-192.

⁵¹ A utilização desse conceito restrito de cidadania é justificável se aceitarmos a tese defendida nesta monografia de que a ação popular é um autêntico direito político e, como tal, se sujeita a alguns requisitos. Para compreender melhor a ação popular como direito político, ver, *infra*, o item 2.5.

comenta que a luta de um cidadão isolado contra os responsáveis pelos atos lesivos seria semelhante com a que travaria contra um gigante, pois muitos fatos o desencorajam a propô-la, a saber, as questões complexas, a força política e econômica dos adversários, a carência de conhecimentos técnicos e, ainda, o fato de precisar ser representado por advogado. Assim, se as pessoas jurídicas pudessem ter a iniciativa deste remédio, ofereceriam uma boa garantia em representar o conjunto de interessados de forma eficiente e adequada.⁵²

Convém observar que a valorização da participação popular por meio de entidades coletivas é característica marcante da sociedade contemporânea, como demonstram a Lei 4.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) e a própria Constituição Federal de 1988 ao dispor, por exemplo, sobre o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX, CF).

A legitimidade passiva para a ação popular foi disciplinada pelo artigo 6º, *caput*, da Lei nº 4.717/65: “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 omissão, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo.”

O art. 1º da Lei nº 4.717/65, mencionado no dispositivo supra, apresenta o rol de pessoas jurídicas públicas e privadas cujo ato pode ser impugnado por ação popular. Mas com o advento da Constituição Federal de 1988 esse rol ficou superado em virtude da ampliação trazida pelo art. 5º, LXXIII da Carta Magna (a constituição menciona genericamente que pode ser anulado “ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe”).

Importante também notar que, em virtude do § 3º do art. 6º da Lei nº 4.717/65, as entidades prolatoras do ato impugnado só serão réis na demanda se quiserem seus representantes no momento da citação, pois podem seguir três caminhos: contestar o pedido, assumindo a posição de réis; abster-se de contestar a demanda e defender o ato impugnado, não caracterizando revelia e declinando da condição de parte no processo de conhecimento; e, finalmente, atuar ao lado do autor, como assistentes.

Devemos observar, ainda, que mesmo oferecendo contestação, a pessoa jurídica prolatora do ato que se deseja invalidar não se equipara aos demais réus,

⁵² FURTADO, Luísa Elisabeth Timbó Corrêa. *Ação Popular: Mecanismo de controle dos atos da Administração Pública pelo cidadão*, p. 29.

pois, em verdade, a ação popular não se dirige contra ela, mas sim a seu favor, em defesa do patrimônio público. Assim, por exemplo, não é possível condenar uma pessoa jurídica de direito público a pagar perdas e danos por um ato seu desconstituído em ação popular, pois isso seria o mesmo que indenizar a si própria. Tal condenação deve recair sobre as autoridades, funcionários ou administradores que houverem contribuído para a realização do ato ou omissão, bem como sobre os beneficiários diretos destes.

2.3.2 Objeto.

Qualquer ação judicial possui dois tipos de objeto: o imediato e o mediato. O primeiro refere-se a um provimento jurisdicional (que por excelência consiste em uma sentença condenatória, constitutiva, declaratória, mandamental ou executiva). O segundo, consiste no bem da vida, material ou imaterial, pretendido pelo autor (exemplo: pagamento de uma dívida, modificação de uma situação jurídica *etc*).

No caso da ação popular, o objeto imediato consiste, em regra, em uma sentença desconstitutiva (pretende-se anular o ato lesivo ao patrimônio público) e condenatória (busca-se, também, a condenação dos responsáveis pelo ato viciado ao pagamento de perdas e danos ao erário público). Existem casos, porém, especialmente na ação popular para defesa do meio ambiente, em que a sentença será mandamental, ou seja, ao invés de haver condenação em perdas e danos, determinará uma obrigação de fazer ou não fazer.⁵³ A esse respeito, pertinentes são as palavras de Rodolfo de Camargo Mancuso:

Sem embargo, impende admitir que, em outras hipóteses, principalmente na ação popular ambiental, alguma vez o provimento jurisdicional haverá de cominar uma prestação de fazer ou uma abstenção, em ordem à efetividade do processo. É que, de um lado, na vigente disciplina processual, a realização desse tipo de obrigação é presidida pela busca da prestação específica do objeto (CPC, Art. 461 e parágrafos) e, de outro, no campo das lesões ao meio ambiente, as sanções incluem a 'obrigação de reparar os danos causados' (CF, § 3º do art. 225) e dificilmente essa reparação será alcançada sem um fazer (vg., replantio com espécies nativas, na área devastada) ou uma abstenção (a suspensão da

⁵³ Como exemplo, ver, *infra*, item 3.2 em que analisamos um caso concreto de ação popular para a proteção ambiental.

emissão de dejetos poluidores), assim reclamando um comando de natureza cominatória, impondo prestação comissiva ou omissiva.⁵⁴

Já o objeto mediato da demanda popular está relacionado ao controle da legalidade e probidade na gestão do patrimônio público.

A ação popular revela-se, portanto, como uma forma de controle jurisdicional de atos que envolvam o patrimônio público, sendo relevante analisarmos quais atos poderão ser atacados por esse instrumento. Primeiramente é preciso retomar a observação feita por Elival da Silva Ramos ao afirmar que os atos lesivos sujeitos à invalidação por meio de ação popular exigem sempre a participação de entidades públicas ou que estejam envolvidas com a gestão do patrimônio público em sentido amplo.⁵⁵ Assim, não poderá ser objeto de ação popular, por exemplo, um contrato de compra e venda de imóvel entre particulares em que haja lesão ao fisco em razão da simulação de preço bem inferior ao real, a não ser que haja omissão culposa por parte do poder público, como veremos agora.

Interessante é a discussão sobre a possibilidade de propor ação popular contra procedimentos omissivos. Embora a Constituição Federal fale em “anular ato”, a doutrina e jurisprudência têm entendido que a Carta Magna também contempla a possibilidade de ação popular em certas hipóteses de conduta omissiva da Administração. Para esse entendimento contribuiu o legislador ordinário através do art. 6º, *caput*, da Lei nº 4.717/65 ao dispor que a ação popular pode ser proposta “contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissão, tiverem dado oportunidade à lesão, (...)”.

Defendendo a tese de que é cabível ação popular em casos de omissão, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná se manifestou:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO - AÇÃO POPULAR - LESÃO A MORALIDADE ADMINISTRATIVA, AO PATRIMÔNIO PÚBLICO E AO MEIO AMBIENTE URBANO - CABIMENTO - ARTIGO 5., INCISO LXXIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - ANULAÇÃO DA SENTENÇA - PROSSEGUIMENTO DO FEITO - RECURSO PROVIDO - REEXAME NECESSÁRIO PREJUDICADO - DECISÃO UNÂNIME.

- É cabível a propositura de ação popular contra ato supostamente ofensivo a moralidade administrativa e ao meio ambiente urbano, nos termos do artigo 5., inciso LXXIII, da

⁵⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Obra citada, p. 151.

⁵⁵ RAMOS, Elival da Silva. Obra citada, p. 142.

Constituição Federal, não se exigindo, nestes casos, a comprovação de lesividade ao erário.

- Há ofensa ao patrimônio público quando a administração pública deixa de fiscalizar as atividades dos particulares e, por isso, são ocasionados danos a terceiros, tendo em vista que o Estado responde objetivamente pelos atos comissivos ou omissivos de seus agentes (artigo 37, § 6., da Constituição Federal).⁵⁶ (grifou-se)

A possibilidade de ação popular em caso de conduta omissiva consiste em um grande passo para a proteção do patrimônio público, pois a inércia pode ser uma das mais nocivas formas de agressão aos interesses da coletividade.

Também é importante analisarmos quais atos podem ser objeto de ação popular em relação a sua natureza. Para isso, seguindo a orientação de José Afonso da Silva, podemos classificar os atos em dois grupos: atos de direito privado e atos de direito público.⁵⁷ Os primeiros poderão ser objeto de ação popular quando tiverem origem nas pessoas jurídicas de direito privado que estão envolvidas com o patrimônio público (empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações instituídas pelo poder público *etc*). Já os atos de direito público, referem-se ao exercício das funções estatais e por isso se dividem em atos administrativos, atos legislativos e atos jurisdicionais.⁵⁸ Convém, agora, tratarmos separadamente da possibilidade de propor ação popular em relação a cada um desses atos de direito público.

2.3.2.1 Atos administrativos.

Os atos administrativos e os atos de gestão privada da Administração são, sem dúvida, o objeto por excelência da ação popular. São eles, pelas suas peculiaridades, os mais propícios a causar danos ao patrimônio público. A doutrina e a jurisprudência aceitam pacificamente a possibilidade de ação popular contra atos administrativos vinculados, entendidos estes como aqueles em que a administração

⁵⁶ TJPR, 2ª C. Cível, Apelação Cível e Reexame Necessário nº 156.219-0, Relator Des. Antonio Lopes de Noronha, julgado em 16.03.2005.

⁵⁷ SILVA, José Afonso da. *Ação Popular Constitucional*, p. 117.

⁵⁸ Vale lembrar que as espécies de atos jurídicos de direito público comportam duas classificações: material e formal. A primeira, mais relevante para as nossas reflexões, leva em conta a natureza do ato e o enquadra em uma das funções estatais (surtem assim os atos materialmente administrativos, legislativos e jurisdicionais). A segunda adota como critério o órgão que emite o ato, seja ele o Poder Executivo, o Poder Legislativo ou o Poder Judiciário (são os atos formalmente administrativos, legislativos e jurisdicionais).

está limitada de forma precisa e imperativa pela lei. A grande controvérsia está na hipótese de controle jurisdicional, inclusive por meio da ação popular, de atos administrativos discricionários que são aqueles em que há certa liberdade, limitada pela lei⁵⁹, para um juízo de conveniência e oportunidade a ser feito pelo administrador. Há algum tempo, no intuito de preservar a independência dos Poderes, prevalecia o entendimento de que somente era possível o controle dos atos administrativos discricionários por meio do Judiciário em casos de manifesta ilegalidade, já que o juiz jamais poderia analisar o mérito do ato (juízo de conveniência e oportunidade) sob pena de invadir atribuição do administrador. José Afonso da Silva menciona que isso prejudica muito a utilização da ação popular contra atos administrativos desse tipo, pois muitas vezes há lesão ao interesse público sem haver ilegalidade evidente.⁶⁰ Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello também comenta:

Com efeito: a lei tanto pode ser ofendida à força aberta como à capucha. No primeiro caso o administrador expõe-se afoitamente à repulsa; no segundo, por ser mais sutil não é menos censurável. Vale dizer: a ilegitimidade pode resultar de manifesta oposição aos cânones legais ou de violação menos transparente, porém tão viciada quanto a outra. Isto sucede exatamente quando a Administração, em nome do exercício de atividade discricionária, vai além do que a lei lhe permitia e, portanto, igualmente a ofende.

Esta forma de ilegalidade não é menos grave que a anterior. Pelo contrário. Revela maior grau de periculosidade para o sistema normativo e para a garantia da legalidade, justamente porque não sendo tão perceptível, pode, às vezes, escapar das peias da lei, propiciando à Administração subtrair-se indevidamente ao crivo do Poder Judiciário, se este se mostrar menos atento às peculiaridades do Direito Administrativo ou cauteloso em demasia na investigação dos atos administrativos.

É, pois, precisamente em casos que comportam discricção administrativa que o socorro do Judiciário ganha foros de remédio mais valioso, mais ambicionado e mais necessário para os jurisdicionados, já que a pronúncia representa a garantia última para a contenção do administrador dentro dos limites de liberdade efetivamente conferidos pelo sistema normativo.⁶¹

Felizmente, o entendimento conservador que limitava o controle dos atos administrativos discricionários pelo Poder Judiciário aos casos de manifesta ilegalidade tem sido revisto de forma a ampliar a proteção dos direitos dos cidadãos

⁵⁹ A discricionariedade não se confunde com arbitrariedade, sendo, ao contrário desta última, limitada pela lei. Por esse motivo o Poder Judiciário pode controlar o ato administrativo discricionário com o objetivo de garantir que o administrador não ultrapasse os limites legais estabelecidos.

⁶⁰ SILVA, José Afonso da. *Ação Popular Constitucional*, p. 123.

⁶¹ MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 915.

e permitir também a investigação dos motivos, da finalidade e da causa do ato.⁶² Entendemos que tal ampliação é medida que se faz necessária, em primeiro lugar, por respeito ao princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário (artigo 5º, XXXV, CF). Assim, o Poder Executivo não pode, sob o simples argumento de que pratica um ato discricionário, ameaçar ou lesionar direitos dos cidadãos e permanecer imune ao controle do Judiciário. Concordamos com a conclusão de Celso Antônio Bandeira de Mello ao afirmar que, “ao Poder Judiciário assiste não só o direito mas o indeclinável dever de se debruçar sobre o ato administrativo, praticado sob título de exercício discricionário, a fim de verificar se se manteve ou não fiel aos desiderata da lei”.⁶³

Outro argumento a favor do controle do Poder Judiciário sobre a discricionariedade administrativa é o de que, conforme salienta a doutrina⁶⁴, não existe ato puramente discricionário, já que alguns elementos deste (como o sujeito competente e a finalidade pública) são sempre vinculados.

Por fim, uma forte justificativa para admitir que o Judiciário investigue amplamente as circunstâncias do fato em razão do qual a Administração pratica um ato pretensamente discricionário é a de que tal qualidade é algo que depende do caso concreto, não sendo suficiente a análise somente da norma em abstrato. Defendendo tal entendimento, Celso Antônio Bandeira de Mello nos ensina:

A existência de discricionariedade ao nível da norma não significa, pois, que a discricionariedade existirá com a mesma amplitude perante o caso concreto e nem sequer que existirá em face de qualquer situação que ocorra, pois a compostura do caso concreto excluirá obrigatoriamente algumas das soluções admitidas *in abstrato* na regra e, eventualmente, tornará evidente que uma única medida seria apta a cumprir-lhe a finalidade. Em suma, a discricção suposta na regra de Direito é condição necessária, mas não suficiente, para que exista discricção no caso concreto; vale dizer, na lei se instaura uma possibilidade de discricção, mas não uma certeza de que existirá em todo e qualquer caso abrangido pela dicção da regra.

(...)

Para ter-se como liso o ato não basta que o agente alegue que operou no exercício de discricção, isto é, dentro do campo de alternativas que a lei lhe abria. O juiz poderá, a instâncias das partes e em face da argumentação por ela desenvolvida, verificar, em exame de razoabilidade, se o comportamento administrativamente adotado, inobstante contido dentro das possibilidades *em abstrato* abertas pela lei, revelou-se, *in concreto*, respeitoso das circunstâncias do caso e deferente para com a finalidade da norma aplicada. Em

⁶² Para uma análise do controle judicial sobre os motivos, finalidade e causa do ato administrativo discricionário, ver: MELLO, Celso Antônio. *Idem*, p. 901-907.

⁶³ MELLO, Celso Antônio. *Idem*, p. 898.

⁶⁴ Ver: MELLO, Celso Antônio. *Idem*, p. 399; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, p. 206-209 e MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 649.

conseqüência desta avaliação, o Judiciário poderá concluir, em despeito de estar em pauta providência tomada com apoio em regra outorgadora de discricção, que, naquele caso específico submetido a seu crivo, à toda evidência, a providência tomada era incabível, dadas as circunstâncias presentes e a finalidade que animava a lei invocada.⁶⁵

Não pretendemos defender aqui que o juiz assuma o papel do administrador e decida sobre o mérito do ato (juízo de conveniência e oportunidade), o que consistiria em afronta direta ao princípio constitucional da independência dos Poderes. O que advogamos é que o Judiciário exerça um amplo controle de legalidade, inclusive por meio da ação popular, de modo a impedir que sob o simples argumento de discricionariedade o administrador possa ilegitimamente lesionar direitos dos cidadãos.

2.3.2.2 Atos legislativos.

A doutrina e jurisprudência têm aceitado que atos legislativos apenas em sentido formal (as chamadas “leis de efeitos concretos”, que são materialmente verdadeiros atos administrativos, como as que desapropriam bens, concedem senções *etc*) podem ser objeto de ação popular desde que lesivos ao patrimônio público. Sobre esse tema, podemos citar o posicionamento do Tribunal Regional Federal da 4ª Região ao julgar a Apelação Cível nº 96.04.50216-6/SC.⁶⁶ Nessa ocasião, esse Tribunal manteve a sentença que declarou a inconstitucionalidade de uma lei municipal que acrescentou ao plano diretor da cidade de Florianópolis uma via pública em área de preservação permanente, o que, além de caracterizar afronta direta à legislação sobre o tema, causaria danos ao meio ambiente. Ao apresentar o recurso de apelação, o Município de Florianópolis argumentou ser incabível ação popular no caso apresentado nos autos, pois tal instituto não se presta a anular lei em tese e não houve nenhuma prática de ato concreto para a construção da via. Diante desse argumento, convém citarmos um trecho do voto do relator aceito por unanimidade:

⁶⁵ MELLO, Celso Antônio. *Idem*, p. 887.

⁶⁶ TRF da Quarta Região, 4ª Turma, Apelação Cível nº 96.04.50216-6/SC, Relator Juiz José Germano da Silva, julgado em 22.09.1998. Ver acórdão no anexo 2.

No concernente à alegação de que a ação popular não é cabível para anulação de lei em tese, cabe referir que no caso dos autos a lei é de efeitos concretos equiparável a ato normativo. Assim, no entender da jurisprudência, é atacável pela via da ação popular. Nesse sentido RJTJESP 103/169, referida por Theotonio Negrão, na obra "Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor", 28ª edição, pg. 707.

Quanto à alegação de que o juízo "a quo" não tinha competência para declarar a inconstitucionalidade de lei em tese, convém referir que não foi isso o que ocorreu nos autos. Na verdade, o julgador monocrático declarou a inconstitucionalidade da lei municipal nº 3099/88 mediante o chamado controle incidental de constitucionalidade das leis, competência de todo e qualquer juiz de primeiro grau neste país.

Em verdade, o apelante está confundindo o que seria uma ação contra lei em tese com uma ação preventiva, uma vez que não chegou a ser iniciada a construção da via pública. Diz-se que a ação é contra lei em tese quando o julgamento não é baseado em nenhum caso concreto. Nos autos existe um caso concreto, qual seja, a construção da via pública ligando a rua Osvaldo Clímaco, em Ingleses, à via existente e frontal à Praia Grande ou de Moçambique, com traçado já definido nos croquis em anexo ao projeto de lei (fls. 22/32). Exigir-se que a construção da via fosse iniciada, para só então aceitar-se o cabimento da prestação da tutela jurisdicional impediria a prevenção do dano, contrariando os interesses que a Lei da Ação Popular se propõe a proteger. (grifou-se)

Em relação aos atos legislativos materiais, porém, o entendimento majoritário considera incabível a ação popular para a invalidação de ato normativo em tese, a exemplo do que ocorre no caso do mandado de segurança (súmula 266 do STF). Assim, entende-se que deva ser praticado algum ato concreto de execução fundamentado na lei, sendo este ato o possível objeto de ação popular, caso seja lesivo ao patrimônio público. A esse respeito, manifestou-se a jurisprudência:

A ação popular pressupõe a existência de um ato administrativo. Não basta a perspectiva de vir a ocorrer tal ato, mesmo frente a lei determinando sua prática. Não é possível exercer a ação popular para agredir determinada lei, ao fundamento de que ela tem potencial para gerar atos ilegais. Semelhante desafio equivale a declarar-se a imprestabilidade, em tese, do diploma legal. Tanto importa em fazer da ação popular um sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade.⁶⁷

Luís Roberto Barroso cita outro julgado em que se afasta a possibilidade de ação popular para impugnar ato normativo em tese, embora se aceite que tal ato possa ser atacado incidentalmente na demanda popular, mediante controle difuso de constitucionalidade. Nesse julgado, o STF analisou uma ação popular cujo objetivo era a suspensão de pagamento de gratificação de nível superior a Magistrados do Acre. Assim entendeu aquele Tribunal:

⁶⁷ STJ, DJU 11.11.1996, p. 43672, Resp 97610-MS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, citado por BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*, nota de rodapé 109, p. 210.

A base normativa atual para o pagamento da gratificação de nível universitário aos Magistrados do Estado do Acre é o Ato nº 143/89, baixado pelo então Presidente do Tribunal de Justiça. O caráter normativo desse ato é indiscutível (...) não se tratando, aí, de ato puramente administrativo, praticado na apreciação de requerimento de qualquer interessado. Tendo caráter normativo, não poderia ele ser impugnado em ação popular, mas, sim, em ação direta de inconstitucionalidade, ou, incidentalmente, na propositura da ação popular, como um dos fundamentos desta. É o que ocorre no caso, pois o autor não objetiva a declaração de nulidade ou inconstitucionalidade do Ato 143/89, mas sim, a suspensão dos atos administrativos consistentes nos pagamentos dos valores correspondentes à vantagem reinstituída pelo ato normativo.⁶⁸

José Afonso da Silva, no entanto, defende a tese minoritária de que a ação popular pode ser utilizada como controle jurisdicional direto, e não por via de exceção, da constitucionalidade das leis que causem lesão ao patrimônio público, o que possibilitaria uma tutela mais efetiva do interesse público.⁶⁹

Embora seja inegável que o instituto da ação popular seria bastante fortalecido se admitíssemos a sua aplicação para invalidar atos normativos em tese, já que esses podem apresentar grande potencial lesivo ao patrimônio público, consideramos que tal entendimento não é possível no Brasil em razão das características do nosso sistema de controle de constitucionalidade. A constituição brasileira prevê que a competência para exercer o controle abstrato por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) é do STF (no caso de lei ou ato normativo federal ou estadual em face da Constituição Federal) ou dos Tribunais de Justiça Estaduais (no caso de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual). Além disso, em nosso sistema jurídico existe um rol taxativo de legitimados para propor tal ação, conforme está previsto no art. 103 e 125, § 2º da Constituição Federal. Portanto, se aceitássemos que a ação popular pudesse ser utilizada como controle direto de constitucionalidade, estaríamos equiparando-a à ADIN e, conseqüentemente, possibilitando que qualquer cidadão tenha legitimidade ativa para realizar uma forma de controle abstrato de constitucionalidade, bem como que qualquer juiz exerça tal controle, o que representa uma ruptura com as regras do sistema.

⁶⁸ STF, RTJ 168/22, ACOr 506-AC, Rel. Min. Sydney Sanches, citado por BARROSO, Luís Roberto. *Idem*, nota de rodapé 110, p. 211.

⁶⁹ SILVA, José Afonso. *Ação Popular Constitucional*, p. 129.

2.3.2.3 Atos jurisdicionais.

Tem sido rejeitada pela doutrina e jurisprudência a possibilidade de ação popular contra atos jurisdicionais. Defendendo esse entendimento, José Afonso da Silva nos ensina:

Três argumentos, no entanto, nos levam a fundamentar a tese da inoponibilidade da demanda popular contra atos jurisdicionais. Primeiro, para tal hipótese, a lei outorga uma ação própria – rescisória do julgado, cumprindo notar que, se eventualmente fosse admissível a ação popular, somente o seria contra coisa julgada, único caso em que a lesão seria efetiva; ora a ação popular nunca pode ser sucedânea de outra; logo, se é cabível a ação rescisória do julgado, ela não o será. Segundo, porque sentença nula somente poderia causar dano ao patrimônio público, se fosse proferida contra as pessoas e entidades sindicáveis em ação popular (União, Estados, Municípios *etc.*), mas, em tal caso, cumpre a elas a defesa do patrimônio, promovendo a nulidade da sentença viciada, mediante ação própria; já vimos que a ação popular não é sucedânea de outra, como não é supletiva de omissão de partes interessadas. Terceiro, em se não tratando de coisa julgada, mas de decisão ainda recorrível, o prejuízo seria meramente potencial, e caberia recurso que a ação popular não pode substituir, e, se o pudesse, legítima para usá-lo seria a parte, não qualquer cidadão.⁷⁰

Diante dos argumentos supra mencionados, concordamos com a tese de que não cabe ação popular contra atos materialmente jurisdicionais.

Convém ressaltar que atos jurisdicionais apenas em sentido formal, mas que materialmente tenham natureza administrativa, poderão ser objeto de ação popular. Assim, por exemplo, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná aceitou a invalidação, por meio de ação popular, de uma sentença meramente homologatória de acordo que apresentava efetivo perigo de causar dano ao patrimônio público.⁷¹ O acórdão que decidiu tal caso assim dispôs:

(...)

Trata-se de recursos de agravo de instrumento interpostos, respectivamente, pelo Estado do Paraná, e pelos Municípios de Rio Bonito do Iguaçu, Chopinzinho, Mangueirinha, Foz do Jordão, Cândói, Porto Barreiro e Virmond, ambos objetivando reformar decisão judicial que concedeu, liminarmente, o pedido formulado na ação popular nº 25.166/2004, em trâmite perante a 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba, proposta por Evandro Formigheri e outros em face dos ora agravantes e do Município de Saudade do Iguaçu, com a pretensão de suspender os efeitos do ato impugnado – transação celebrada entre o Município de Saudade do Iguaçu e os Municípios requeridos nos autos de Medida Cautelar Inominada nº 29.889/93 e ação ordinária nº 29.891/93, da 1ª

⁷⁰ SILVA, José Afonso. *Idem*, p. 131.

⁷¹ TJPR, 2ª C. Cível, Agravos de Instrumento nº 156.424-1 e nº 157.006-7, Relator Des. Bonejos Demchuk, julgado em 02.12.2004.

Vara da Fazenda Pública desta Capital, sobre a repartição de receita do ICMS gerado pela Usina Hidrelétrica de Santo Santiago-, até final do julgamento da ação.

(...)

Com efeito, na hipótese *sub examen*, não há que se falar em impossibilidade jurídica do pedido.

Conforme manifestou-se a douta Procuradoria Geral de Justiça, o art. 486 do CPC é claro ao disciplinar que a sentença meramente homologatória pode ser rescindida como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil, pois, o que se está a rescindir não é exatamente um julgado, em sentido próprio, porque meramente homologatória, mas sim o ato das partes. Ou seja, a ação anulatória de ato jurídico visa a desconstituição do próprio ato jurídico que foi homologado, e não a homologação propriamente dita.

Sendo certo, outrossim, que a previsão constitucional do art. 5º, inciso LXXIII direciona-se, a princípio, ao ato administrativo, e não ao judicial, daí porque se poderia entender que, não obstante a evidente natureza anulatória da ação popular, não seria possível ativá-la frente a uma sentença homologatória.

Entretanto, não obstante a existência de tendência jurisprudencial no sentido de inadmissibilidade da ação popular para anulação de atos jurisdicionais, verifica-se, na hipótese *sub examen*, que o ato homologado judicialmente pode ter sido lesivo ao patrimônio público, o que está a ensejar o cabimento da via eleita para examiná-lo.

Destarte, sob o viés dos fins anulatórios da ação que combate a sentença meramente homologatória, não se pode negar a pertinência da ação popular, haja vista a possibilidade de haver ato lesivo ao patrimônio público, mostrando-se ela vocacionada para sua anulação, *ex vi* do disposto no art. 5º, LXXIII da Constituição Federal.

Conferindo-se, *in casu*, a solução da controvérsia, pela própria finalidade da ação popular proposta, ou seja, desconstituição de ato jurídico *lato sensu* – restrito à formalização do ato resultante da autonomia das partes envolvidas na transação -, que possa efetivamente trazer prejuízo de qualquer natureza ao erário.

(...)

Assim, admito o cabimento da ação popular para anular acordo homologado judicialmente, em defesa do patrimônio público, presente a dicção do art. 5º, inciso LXXIII da CF, há que se entender que a sentença homologatória apenas formaliza ato que resulta da vontade das partes, mormente em se levando em consideração o próprio aspecto formal da decisão homologatória, uma vez que, em tese, não se permite a transação quanto a direitos indisponíveis. Como também, na visão do processo como um instrumento de realização da justiça, ainda mais em se tratando de um meio e método de resguardo do patrimônio público como a ação popular. (grifou-se)

(...)

2.3.3 Causa de Pedir.

A causa de pedir em qualquer ação judicial cível corresponde aos fundamentos de fato e de direito do pedido (art. 282, III, CPC).

A fundamentação jurídica na ação popular é, genericamente, nas palavras de José Afonso da Silva, “a afirmação do direito do cidadão a uma administração fundada nos princípios da legalidade e da probidade na gestão do patrimônio público”.⁷²

⁷² SILVA, José Afonso. *Ação Popular Constitucional*, p. 135.

Os fundamentos de fato da demanda popular referem-se à demonstração de vício (ilegalidade) e lesão⁷³ ao patrimônio público provocados por ato praticado por uma das entidades legitimadas para estar no pólo passivo da ação (estes atos foram vistos quando analisamos, no item anterior, o objeto da ação popular). Cabe observar que o autor popular tem o ônus de provar a ilegalidade e lesividade do ato que pretende invalidar. Nesse sentido, manifestou-se o Tribunal Regional Federal da Quarta Região:

(...)

- Portanto, para que a ação popular seja julgada procedente exige-se a comprovação, de forma cabal, da lesividade do ato e, também, de sua invalidade, por ser ele nulo ou anulável.

- Nesse sentido é tranqüilo o entendimento da Suprema Corte, manifestado em inúmeros arestos (IN RTJ 54/95; 71/497; 72/421; 96/1.370 e 103/683).

- É o que deflui, igualmente, da redação do art. 5º, LXXIII, da lei Maior, bem como da doutrina (BARBOSA MOREIRA, in 'Ações Coletivas na CF de 1988', in Revista de Processo, 61/192).

- Incumbe ao autor da ação popular a prova da ocorrência do ato lesivo ao patrimônio público, de forma efetiva, concreta, e não de meras conjecturas, como se depreende do exame da peça vestibular.

- A respeito, claro e preciso o magistério de JOSÉ AFONSO DA SILVA, verbis:

'É ônus do autor popular provar a ocorrência de ato lesivo ao patrimônio público. Enfim, incumbe-lhe comprovar a efetiva verificação dos fundamentos de fato (causa petendi próxima) da demanda, para que possa obter os efeitos pretendidos.' (In Ação Popular Constitucional. Doutrina e Processo. Ed. Rev. dos Tribs., 1968, n. 199, p. 228).⁷⁴ (grifou-se)

(...)

Quanto ao requisito da ilegalidade, a Lei nº 4.717/65 criou um sistema próprio de vícios dos atos que podem ser objeto de ação popular.⁷⁵ O art. 2º dessa lei determinou a nulidade de atos em razão de incompetência, vício de forma, ilegalidade do objeto, inexistência dos motivos e desvio de finalidade (esses vícios correspondem exatamente à afronta aos cinco elementos do ato administrativo apontados pela doutrina administrativista). O art. 3º do mesmo diploma legal

⁷³ Devemos ressaltar a possibilidade de uso preventivo da ação popular, hipótese em que a lesão não precisa ter sido necessariamente ocorrida, mas sim temida de forma iminente.

⁷⁴ TRF da Quarta Região, 3ª Turma, Apelação Cível nº 592947, Processo nº 200370000327831, Relator Juiz Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, julgado em 25.11.2003.

⁷⁵ Esse sistema próprio da lei nº 4.717/65 não ficou imune a críticas por parte da doutrina. José Afonso da Silva, por exemplo, diz que "o sistema é mais enumerativo e casuístico que doutrinário" (SILVA, José Afonso. *Ação Popular Constitucional*, p. 141). Já Othon Sidou menciona que "mirando como causa unicamente a lesão patrimonial, a Lei nº 4.717/65 despreza não somente os subsídios históricos da invalidade do negócio jurídico, mas também afasta-se dos princípios do moderno direito, civil e administrativo" (SIDOU, J. M. Othon. *"Habeas corpus", mandado de segurança, mandado de injunção, "habeas data", ação popular: as garantias ativas dos direitos coletivos*, p. 511).

menciona que serão anuláveis, segundo as prescrições legais, os atos cujo vício não se enquadre no art. 2º (podemos considerar que esse artigo 3º procurou eliminar lacunas em relação aos atos viciados suscetíveis de impugnação por ação popular). Por fim, o art. 4º da Lei nº 4.717/65 traz rol extenso e casuístico de outras nulidades referentes a atos de admissão ao serviço público remunerado, certas operações bancárias, concorrência pública ou administrativa, compra e venda de bens móveis e imóveis, concessão de licença de exportação e importação e emissão. Conforme José Afonso da Silva, esses “são casos sobre os quais a experiência ensina ter sido sempre campo de abusos danosos ao patrimônio público”.⁷⁶

Cumprе observar que a doutrina tem aceitado que o rol de vícios apontados nos art. 2º, 3º e 4º da Lei nº 4.717/65 é meramente exemplificativo, podendo surgir outros criados por diferentes leis, entendimento este que proporciona uma maior efetividade na proteção do patrimônio público por meio da ação popular.⁷⁷

A respeito do requisito da lesividade ao patrimônio público para propositura de ação popular, verificamos que se trata de um conceito a ser verificado caso a caso. O juiz deverá analisar o mérito do ato questionado para concluir se houve ou não ofensa desarrazoada ao patrimônio público que justifique sua invalidade. Há casos em que a lesão precisa ser comprovada e outros em que ela é presumida pela lei (as hipóteses do art. 4º da lei nº 4.717/65 são exemplos de casos em que a lesividade é presumida).

Lembre-se que a Lei nº 4.717/65 em seu art. 1º, § 1º adotou um conceito amplo de patrimônio público, considerando como tal “os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico”. Além disso, a Constituição Federal de 1988 menciona que estão sujeitos à ação popular os atos lesivos ao patrimônio público, ou a ele equiparado, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

Questão difícil e controvertida na doutrina e jurisprudência é saber se para a propositura de ação popular é preciso necessariamente haver a ocorrência

⁷⁶ SILVA, José Afonso. Obra citada, p. 144.

⁷⁷ Como exemplo de autores que compartilham desse entendimento, ver: SILVA, José Afonso. Idem, p. 141-142 e RAMOS. Elival da Silva. Obra citada, p. 165-166.

simultânea de lesividade e ilegalidade (vício), ou se basta um desses requisitos. Luís Roberto Barroso faz o seguinte comentário acerca dessa controvérsia:

Anteriormente à Constituição de 1988, era consolidado o entendimento de que a declaração de nulidade ou anulação de ato pela via da ação popular fundava-se em dupla ocorrência: ilegalidade e lesividade do ato que se desejava invalidar. A tendência dos últimos anos, todavia, tem sido a de admitir que cada um desses vícios, individualmente, legitima a propositura de ação. Ademais a proteção da moralidade administrativa importa necessariamente na revisão da doutrina tradicional, de vez que ela poderá ser vulnerada sem que haja, diretamente, violação da lei ou lesão ao patrimônio.⁷⁸

De fato, a discussão acerca dos requisitos de lesividade e ilegalidade para propositura de ação popular ganhou novos contornos quando a Constituição Federal de 1988 passou a tutelar, explicitamente, a moralidade administrativa⁷⁹ no seu art. 5º, LXXIII. Alguns autores defendem que a nossa Carta Magna elevou a moralidade administrativa ao *status* de causa autônoma para ação popular, independente dos outros requisitos.⁸⁰ Como argumentos para essa tese, esses autores dizem que, em primeiro lugar, existem atos que violam a moralidade administrativa e que não causam lesão (prejuízo) material ao patrimônio público (nesse caso o requisito da lesividade seria dispensável). A possibilidade de ação popular nos casos de ofensa ao princípio da moralidade sem, no entanto, haver lesividade material tem sido aceita por grande parte da jurisprudência. Defendendo tal entendimento decidiu o STJ:

(...)

5. Restando evidenciada 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-se 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.

6. Consectariamente, a partir da Constituição de 1988 tomou-se possível a propositura da ação popular com o escopo de anular, não só atos lesivos ao patrimônio econômico do Estado, como também ao patrimônio histórico, cultural, ambiental e moral.

⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Obra Citada*, p. 209.

⁷⁹ Devemos deixar claro que a moralidade administrativa, enquanto conceito jurídico, não se confunde com a moralidade comum. A moralidade administrativa está associada à noção jurídica de boa administração. Rodolfo de Camargo Mancuso considera que a afronta à moralidade administrativa pode ocorrer em três formas: abuso do direito, desvio de poder e irrazoabilidade da conduta sindicada. (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Obra citada*, p. 108-109).

⁸⁰ Favoráveis a tese de que a moralidade administrativa é causa autônoma, ver: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Idem*, p. 106-118 e SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 461-462. Contrário a esse entendimento ver RAMOS, Elival da Silva. *Obra citada*, p. 162-163.

7. Precedente do STF: “o entendimento no sentido de que, para o cabimento da ação popular, basta a ilegalidade do ato administrativo a invalidar, por contrariar normas específicas que regem sua prática ou por se desviar de princípios que norteiam a Administração Pública, sendo dispensável a demonstração de prejuízo material aos cofres públicos, não é ofensivo ao 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.” (RE nº 170.768/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 13.08.1999).⁸¹
 (grifou-se)
 (...)

O segundo argumento utilizado para defender a autonomia da moralidade administrativa para propositura da ação popular é o de que também existem atos que embora imorais não violam diretamente a lei, pois, não raramente, o administrador ímprobo procura cercar-se das “formalidades legais” para disfarçar a corrupção (nesse caso o requisito da ilegalidade não poderia ser exigido).

Diante dessas ponderações, entendemos que as exigências de lesividade e ilegalidade só podem persistir a partir de uma interpretação ampla desses termos. Assim, como diz Hely Lopes Meirelles, “embora os casos mais freqüentes de lesão se refiram ao dano pecuniário, a lesividade a que alude o texto constitucional tanto abrange o patrimônio material, quanto o moral, o estético, o espiritual, o histórico”.⁸² Já o requisito da ilegalidade, segundo o mesmo autor, exige que “o ato seja contrário ao direito, por infringir normas específicas que regem sua prática ou por desviar dos princípios gerais que norteiam a Administração Pública”.⁸³ Nesses termos, por exemplo, entendemos que um ato que afronta tão somente a moralidade administrativa lesiona bem público imaterial e consiste em ilegalidade por violar um dos princípios gerais da Administração Pública, preenchendo, em termos amplos, os dois requisitos para propositura da ação popular.

2.4 DIREITOS E GARANTIA DE DIREITOS. A POSIÇÃO DA AÇÃO POPULAR.

No direito brasileiro, Ruy Barbosa foi um dos autores que mais se destacou na tarefa de distinguir direitos e garantias de direitos. Para ele os primeiros são disposições que meramente declaram os direitos previamente reconhecidos,

⁸¹ STJ, 1ª Turma, REsp nº 552691/MG; Recurso Especial 2003/0108424-9, Relator Min. Luiz Fux, julgado em 03.05.2005, Dj de 30.05.2005, p. 216.

⁸² MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”*, p. 109.

⁸³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Idem*, p. 108.

enquanto as garantias são dispositivos que asseguram tais direitos. Assim, os direitos seriam bens e vantagens reconhecidos pela norma, ao passo que as garantias seriam apenas instrumentos de realização e proteção desses bens e vantagens. Nesse sentido, Jorge Miranda, autor português que também se preocupou com a distinção entre direitos e garantias, afirma:

Clássica e bem atual é a contraposição dos direitos fundamentais, pela sua estrutura, pela sua natureza e pela sua função, em direitos propriamente ditos ou direitos e liberdades, por um lado, e garantias, por outro lado.

Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são assessórias e, muitas delas, adjetivas (ainda que possam ser objeto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se direta e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nela se projetam pelo nexó que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se.⁸⁴

José Afonso da Silva reconhece que muitas vezes não são nítidas as distinções entre direitos e garantias, contribuindo para isso o fato de que na Constituição “as garantias são em certa medida declaradas e, às vezes se declaram os direitos usando forma assecuratória”, bem como o fato de que o texto constitucional “(...) não consigna regra que aparte as duas categorias, nem sequer adota terminologia precisa a respeito das garantias”.⁸⁵

O mesmo autor classifica a ação popular com “garantia constitucional ao direito democrático de participação do cidadão na vida pública”.⁸⁶ Diz ele também que a ação popular garante o direito à probidade e à moralidade da Administração.⁸⁷

Elival da Silva Ramos discorda, em certa medida, desse entendimento de José Afonso da Silva ao comentar:

O nosso direito de ação popular é, em si, um direito democrático (político) de participação no poder (vida pública). Não é uma garantia, pois, desse direito, ao menos no conceito de ‘garantia’ por nós adotado.

No entanto, é claro que a ação popular brasileira, como qualquer ação, possui um caráter instrumental, vinculando-se, pois, nesse sentido, à proteção de direitos e interesses substanciais, afirmados pelo autor.⁸⁸

⁸⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, p. 88-89.

⁸⁵ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p.185.

⁸⁶ SILVA, José Afonso. *Ação Popular Constitucional*, p. 88.

⁸⁷ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 416.

⁸⁸ RAMOS, Elival da Silva. *Obra citada*, p. 193-194.

O mesmo autor entende que apenas podemos falar da ação popular como “garantia” de participação política no sentido de instrumento pelo qual ela se realiza.

Cumpra observar que a ação popular enquanto direito político é caracterizada por um duplo grau de instrumentalidade, o que talvez justifique o fato de alguns autores a classificarem como garantia de direitos. Primeiramente, existe a instrumentalidade presente em qualquer ação judicial que consiste na proteção de interesses afirmados pelo autor. A outra instrumentalidade se refere à característica acessória de todos os direitos políticos, como demonstra Daniela Romanelli da Silva:

Como os direitos políticos dizem respeito ao oferecimento de possibilidades para a luta dos cidadãos pelo reconhecimento de seus interesses, bem como de motivos para a obediência às ordens às quais são submetidos, como eles não são um fim em si mesmo, mas instrumentos para busca de interesses que se renovam permanentemente, a sua efetividade dificilmente pode ser aferida durante o tempo em que vigoram.⁸⁹

Além disso, José Afonso da Silva, que considera a ação popular como garantia, não deixa de esclarecer que “as normas constitucionais de garantia são também direitos – direitos conexos com os direitos fundamentais – porque são permissões concedidas pelo Direito Constitucional objetivo ao homem para a defesa desses outros direitos principais e substanciais”.⁹⁰ Ingo Wolfgang Sarlet foi outro autor que analisou o fato de as garantias fundamentais também consistirem verdadeiros direitos:

O que é importante consignar é que estas garantias fundamentais são, na verdade, autênticos direitos subjetivos, já que umbilicalmente ligadas aos direitos fundamentais, bem como por assegurarem ao indivíduo a possibilidade de exigir dos poderes públicos o respeito e a efetivação destes. É nesse sentido que também se fala em direitos-garantia, já que esses dispositivos, além de conterem garantias, normas de competência ou regra para uma atuação estatal com vista à proteção de outros direitos, podem, ao mesmo tempo, fundamentar posições jurídicas subjetivas individuais e autônomas. Não é, portanto, muitas vezes fácil identificar se estamos diante de um direito fundamental autônomo ou perante uma garantia, na medida em que diversas as situações em que ambos os elementos estão contidos na mesma norma definidora de direito fundamental. É por isso que, entre nós, corretamente se apontou a possibilidade de um direito fundamental se exprimir pela norma de garantia, quando nesta se encontra subentendido.

É interessante observar que a maior parte dos dispositivos que integram o capítulo dos direitos individuais e coletivos (art. 5º da CF) se enquadra na categoria dos direitos-garantia, ou seja, das garantias fundamentais, que, além de sua função instrumental (assecuratória e protetiva), podem ser consideradas autêntico direito subjetivo. Além disso, a maior parte desses direitos-garantia encontra-se vinculado ao direito penal, processo penal e direito

⁸⁹ SILVA, Daniela Romanelli da. *Democracia e Direitos Políticos*, p. 115.

⁹⁰ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 188.

processual em geral. Entre estas destacam-se também os assim denominados 'remédios constitucionais', procedimentos de matriz constitucional (e nesse sentido ações constitucionais) (...) ⁹¹

Embora respeitáveis os argumentos a favor do entendimento de que a ação popular é uma garantia de direitos, esta monografia tem o objetivo de ressaltar o instituto enquanto autêntico direito político, mais precisamente como manifestação da democracia participativa.

2.5 A AÇÃO POPULAR COMO DIREITO POLÍTICO E SOB A ÓTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Os direitos políticos constituem um dos tipos de direitos públicos subjetivos, entendidos estes como direitos "assegurados aos particulares (indivíduos e grupos sociais) contra o Estado".⁹² Os direitos políticos consistem nos direitos de participação no poder estatal.⁹³

Durante o tempo em que, sob a influência do antigo liberalismo, a democracia era considerada apenas sob o prisma do modelo representativo, os direitos políticos eram restringidos ao direito de votar e ser votado. Atualmente, porém, a partir das características da democracia participativa, torna-se imprescindível a utilização de um conceito mais abrangente de direitos políticos. Assim Daniela Romanelli da Silva os conceitua da seguinte forma:

Em suma, os direitos políticos se materializam em conjunto de normas jurídicas que qualificam os cidadãos a lutar pelo poder e a controlá-lo, a formar vontades coletivas e a ter essas vontades acolhidas pelo Estado, constituindo a base para o seu funcionamento. Os direitos políticos asseguram, então, que os cidadãos não serão submetidos a ordens arbitrárias, a ordens desprovidas de qualquer conexão com a vontade do conjunto de cidadãos. É que ao garantirem a luta pelo poder e o seu controle, a luta pelo

⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 183.

⁹² RAMOS, Elival da Silva. Obra citada, p. 92. Cabe lembrar que esse autor considera que no direito constitucional positivo brasileiro existem quatro categorias de direitos públicos subjetivos: direitos de liberdade, direitos políticos, direitos econômicos e sociais e direitos civicos.

⁹³ Daniela Romanelli da Silva adverte que existem direitos de participação que não são direitos políticos. De acordo com essa autora, a constituição federal dispõe sobre vários direitos de participação (como a realização de audiências públicas, a participação da comunidade na organização da seguridade social e da saúde etc) que dão mais vigor à democracia, mas não constituem condição de sua existência, como são os direitos políticos. A mesma autora afirma, ainda, que os direitos políticos diferenciam-se dos demais tipos de participação por permitirem uma intervenção mais incisiva dos cidadãos nas deliberações coletivas. (SILVA, Daniela Romanelli da. Obra citada, p. 287-289 e p. 328).

reconhecimento de interesses coletivos e, finalmente, a decisão coletiva, os direitos políticos revestem todos os seus titulares de igual legitimidade para determinar os rumos da vida coletiva.⁹⁴

A partir desse conceito, a mencionada autora aponta que existem alguns requisitos para aquisição de direitos políticos.⁹⁵ O primeiro deles é a nacionalidade que consiste num vínculo jurídico-político do indivíduo com o Estado. O segundo, é a capacidade política (entre outras condições pode ser a estipulação de uma idade mínima, que no Brasil é de 16 anos) que demonstra que o indivíduo tem maturidade suficiente para contribuir com as decisões coletivas que serão impostas ao Estado. A terceira condição é a proibição de que a pessoa esteja em situação que cause perda temporária ou definitiva dos direitos políticos (art. 15, Constituição Federal de 1988). O último requisito é a confirmação das condições anteriores através do procedimento formal de alistamento. Interessante notar que essas condições estão em harmonia com as características da nossa ação popular constitucional, como a legitimação ativa apenas ao cidadão em sentido restrito (nacional no gozo dos direitos políticos de votar e ser votado), o que demonstra, como veremos a seguir, que esse instituto é um verdadeiro direito político.

Daniela Romanelli da Silva classifica os direitos políticos em dois tipos: direitos políticos originários e direitos políticos imanentes. Os primeiros “são aqueles que asseguram ao conjunto de cidadãos o direito de imprimir a sua vontade ao Estado e condicionar o seu funcionamento”.⁹⁶ Assim, são considerados como direitos políticos originários, contemplados pela nossa constituição, o direito de voto, o referendo, o plebiscito e a iniciativa popular. Já os direitos políticos imanentes “são aqueles que facultam a cada membro do corpo político o direito de participar mais ativamente da vida política, seja lutando pela conquista do poder, controlando os atos dos agentes públicos ou mesmo exercendo cargos públicos”.⁹⁷ Portanto, fazem parte desse grupo de direitos políticos, segundo a mencionada autora, a elegibilidade, a filiação a partidos políticos, a propositura de ação popular e o acesso a cargo público.

⁹⁴ SILVA, Daniela Romanelli da. Obra citada, p. 168-169.

⁹⁵ SILVA, Daniela Romanelli da. Idem, p. 141-151.

⁹⁶ SILVA, Daniela Romanelli da. Idem, p. 376.

⁹⁷ SILVA, Daniela Romanelli da. Idem. Ibidem.

Defendendo a tese de que a ação popular é um direito político imanente, na medida em que faculta ao cidadão uma participação mais efetiva na vida política, Daniela da Silva Romanelli comenta:

A ação popular é direito político porquanto consiste em instrumento destinado à correção de atos lesivos aos bens da coletividade. Não importa, portanto, se a ação é proposta por um cidadão ou por outro, pois todo e qualquer titular de direitos políticos tem interesse em seu resultado. Por isso a lei de regência possibilita não apenas que qualquer cidadão proponha ação popular, mas também que qualquer cidadão se habilite como litisconsorte ativo ou assistente do autor da ação. E, caso o autor desista da ação, a lei autoriza qualquer cidadão a dar prosseguimento a ela no prazo de 90 dias (art. 9º da Lei nº 4.717, de 29 de Junho de 1965).⁹⁸

Elival da Silva Ramos também entende que a ação popular é um autêntico direito político. Para demonstrar isso ele considera necessário “vincular o exercício da *actio popularis* a alguma espécie de função pública, que seria, assim, exercida, direta ou indiretamente pelo cidadão-autor”.⁹⁹ Nesse sentido, Elival defende que através da ação popular é exercida indiretamente a função de controle jurídico sobre a gestão da coisa pública,¹⁰⁰ função esta que será analisada adiante, ainda que brevemente, no item 2.6 desta monografia.

Apesar de ser majoritária a tese de que a ação popular configura verdadeiro direito político, tal entendimento não é unânime, o que é perfeitamente compreensível em ciências não exatas, tal qual o direito. Assim, por exemplo, Sérgio Monte Alegre entende que a ação popular não é um direito político por estar localizada na constituição em capítulo diferente daqueles direitos e, principalmente, por considerar que os direitos políticos são somente aqueles em que há participação do indivíduo na produção de normas jurídicas gerais, legislativas, tal qual ocorre no plebiscito, referendo e iniciativa popular.¹⁰¹ Para esse autor a ação popular, por consistir em participação por via judicial e não legislativa, não merece receber o *status* de direito político. Em que pese os argumentos desse autor, todas as idéias

⁹⁸ SILVA, Daniela Romanelli da. *Idem*, p. 402-403.

⁹⁹ RAMOS, Elival da Silva. *Obra citada*, p. 192.

¹⁰⁰ RAMOS, Elival da Silva. *Obra citada*, p. 194-201. Convém destacar que esse autor ressalta que a função de controle vai além da mera fiscalização. O diferencial consiste, segundo Elival, em que o controle implica na aplicação de sanções às condutas irregulares, o que não ocorre na simples fiscalização, onde o cidadão, antes da propositura da ação popular, acompanha a atuação dos atos públicos através, por exemplo, da imprensa.

¹⁰¹ MONTE ALEGRE, José Sérgio. *Ação popular: é mesmo de direito político que se trata?*. In: Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política, p. 63-74.

defendidas nesta monografia nos levam a concluir que a ação popular é sim um verdadeiro direito político.

Por fim, resta analisar os direitos políticos, e portanto também a ação popular, na perspectiva dos direitos fundamentais. Daniela Romanelli da Silva, por exemplo, considera que os direitos políticos constituem uma dimensão dos direitos humanos, ou seja, direitos que todos os seres humanos têm independentemente de qualquer Estado. A mencionada autora lembra que o conceito de direitos humanos é mais abrangente do que o de direitos fundamentais, pois estes últimos referem-se apenas àqueles positivados nas constituições e que refletem os valores básicos de uma sociedade.¹⁰²

Grande parte da doutrina brasileira aponta os direitos políticos como direitos fundamentais de primeira dimensão¹⁰³, ou seja, como aqueles que surgiram no início do constitucionalismo e que eram caracterizados pela ideologia liberal de defesa dos indivíduos contra as arbitrariedades do Estado. Atualmente, como já foi visto, os direitos políticos devem ser conceituados de maneira abrangente, sem restringi-los aos direitos de votar e ser votado. Portanto, embora devam hoje ser interpretados de forma bastante diversa, os direitos políticos continuam sendo direitos fundamentais. Ressalte-se que a valorização da participação política é a característica essencial da democracia participativa, também defendida por Paulo Bonavides como direito fundamental de quarta dimensão.

Assim, a ação popular, enquanto direito político, deve ser analisada sob a ótica dos direitos fundamentais. Portanto, em relação à efetividade, a própria Constituição Federal estabelece em seu art. 5º, § 1º, que os direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata. Isso demonstra que estava correta a jurisprudência que considerava o dispositivo da Constituição Federal de 1946 referente à ação popular como auto-aplicável, mesmo diante da ausência de lei regulamentadora (a lei da ação popular somente foi editada em 1965). Já em termos hermenêuticos, a teoria dos direitos fundamentais nos ensina que deve prevalecer sempre a interpretação que garanta a sua máxima efetividade, regra essa que também devemos respeitar no caso da ação popular. Por fim, é preciso lembrar que

¹⁰² SILVA, Daniela Romanelli da. Obra citada, nota preliminar da autora, p. XVIII.

¹⁰³ Como exemplos ver: BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 516-518 e FURTADO, Luísa Elisabeth Timbó Corrêa. Obra citada, p. 29.

os direitos e garantias fundamentais (entre eles a ação popular) constituem, em nosso sistema jurídico, cláusulas pétreas, o que demonstra a importância desses institutos para a sociedade.

2.6 A AÇÃO POPULAR COMO CONTROLE SOBRE A GESTÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO.

A ação popular possui íntima relação com o princípio republicano, pois se a *res* (coisa) é pública, cabe ao povo fiscalizar e controlar o que é seu. Além disso, a controle das atividades do poder público é característica essencial de um Estado de Direito.

Existem diversas formas de controle do poder público. A primeira delas é o controle interno feito pelos próprios Órgãos, através, por exemplo, das ouvidorias e corregedorias. Existe também o controle externo exercido pelo Poder Legislativo que, além da função típica de criar leis, tem a importante tarefa de exercer uma fiscalização política. Outro importante meio de controle externo é o exercido pelo Poder Judiciário que tem a “última palavra” em termos de controle de legalidade. Por fim, não podemos esquecer que existe um relevante meio de controle exercido pelo povo através dos mecanismos de participação popular, especialmente do exercício de direitos políticos.

A ação popular é um instrumento de controle da legalidade e moralidade administrativa na gestão do patrimônio público em que qualquer cidadão (nacional no gozo dos seus direitos políticos) tem legitimidade para provocar o Poder Judiciário para que este analise as irregularidades e aplique punições aos responsáveis. A respeito do controle exercido por meio da ação popular, manifestaram-se Guilherme Amorim Campos da Silva e André Ramos Tavares:

Afeta a esses elementos de função e controle político do Estado está a Ação Popular, vista como um dos mecanismos e instrumentos de controle jurídico e político da administração da coisa pública, sendo mais uma peça a compor o quadro atual das funções e fins do Estado, na medida em que sendo direito público subjetivo, direito de ação do cidadão, detentor do poder soberano, do qual se dividem várias funções, de um direito de agir e de exigir tutela jurisdicional com o fulcro de se fazer presente diretamente; a vontade popular assim manifestada pela ação popular, acaba por exercer inegável função política de controle do Estado, exigindo-lhe retidão e probidade no trato do público de maneira pronta, dinâmica e

eficaz, de forma a atender-lhes as exigências, destinatário final que é de todas as medidas políticas.¹⁰⁴

Ao julgar uma ação popular, o Poder Judiciário realiza um controle jurídico característico de sua função jurisdicional, mas com uma repercussão político-institucional que distingue esse ato da simples solução de uma controvérsia. Assim, Guilherme Amorim Campos da Silva e André Ramos Tavares comentam:

(...) nas demandas que envolvem a apreciação judicial de atos ou omissões do Poder Público, sobreleva ao aspecto da mera composição de uma pretensão individual, o aspecto de controle da moralidade administrativa, desempenhado pelo Judiciário, em face da evidente repercussão político-institucional. Mais do que apreciar um simples litígio envolvendo a administração, o que se tem é um Judiciário controlando tal Administração, valendo o caso concreto até como advertência aos gestores transitórios do patrimônio público.¹⁰⁵

O Poder Judiciário, no caso da ação popular, funciona como meio para manifestação do controle popular sobre a gestão do bem público, controle este que guarda estreita relação com os princípios democrático e republicano.

2.7 A AÇÃO POPULAR COMO INSTRUMENTO DE DEMOCRACIA PARTICIPATIVA.

Boaventura de Sousa Santos constata que a sociedade contemporânea sofreu nos últimos trinta anos, em nível global, um fenômeno chamado por ele de perda da demodiversidade.¹⁰⁶ O mencionado autor entende que demodiversidade é “a coexistência pacífica ou conflituosa de diferentes modelos e práticas democráticas”. A perda da demodiversidade, segundo Boaventura, é consequência da imposição, feita pelas grandes potências do capitalismo mundial, da democracia liberal, representativa como modelo único e universal. Diante da insuficiência desse modelo hegemônico de democracia¹⁰⁷, surge a necessidade do fortalecimento de modelos alternativos que ampliem os canais de participação popular e atendam,

¹⁰⁴ SILVA, Guilherme Amorim Campos; TAVARES, André Ramos. *Extensão da ação popular enquanto direito político de berço constitucional elencado no título dos direitos e garantias fundamentais dentro de um sistema de democracia participativa*. In: Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política, p. 111.

¹⁰⁵ SILVA, Guilherme Amorim Campos; TAVARES, André Ramos. *Idem*, p. 112.

¹⁰⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Obra citada*, p. 71-73.

¹⁰⁷ Ver, *supra*, item 1.2.2.3 a respeito da crise do modelo representativo.

assim, as necessidades dos setores mais excluídos da sociedade. Diante disso, Boaventura de Sousa Santos nos ensina:

(...) o modelo hegemônico de democracia (democracia liberal, representativa), apesar de globalmente triunfante, não garante mais que uma democracia de baixa intensidade baseada na privação do bem público por elites mais ou menos restritas, na distância crescente entre representantes e representados e em uma inclusão política abstrata feita de exclusão social. Paralelamente a este modelo hegemônico de democracia, sempre existiram outros modelos, como a democracia participativa ou a democracia popular, apesar de marginalizados ou desacreditados. Em tempos recentes, um desses modelos, a democracia participativa, tem assumido nova dinâmica, protagonizada por comunidades e grupos sociais subalternos em luta contra exclusão social e a trivialização da cidadania, mobilizados pela aspiração de contratos sociais mais inclusivos e de democracia de mais alta intensidade.¹⁰⁸

A democracia participativa busca criar novos canais de participação popular e revitalizar outros que, embora já existentes, não são valorizados. Assim, de acordo com o objetivo desta monografia, entendemos que ação popular em sentido estrito, presente pela primeira vez em uma constituição brasileira em 1934, constitui um importante instituto de democracia participativa. Assim também conclui José Afonso da Silva:

A doutrina reconhece, quase sem discrepância, que a ação popular é um instituto de natureza política e essencialmente democrático. Em síntese prevalece a seguinte tese: "Mediante tal instituto atua-se uma forma de participação do cidadão na vida pública. (...)". (...) No sistema brasileiro, tal instituto, efetivamente, atua uma forma de participação na vida política; constitui de fato, uma derrogação, mas derrogação do princípio de que essa participação se faça por meio de representantes. Vale dizer, a ação popular corretiva, como é a nossa, sendo uma forma direta de participação do eleitor na vida política, revela-se como um instituto de democracia direta.¹⁰⁹

Elival da Silva Ramos também entende que a ação popular é um instituto intimamente ligado à democracia:

Com efeito, os três elementos caracterizadores da democracia se encontram presentes no instituto da ação popular: a) Estado de Direito (legalidade e controle dos atos administrativos pelo Judiciário); b) a concepção de um Estado e, portanto, seu patrimônio voltado à realização do povo; c) participação do povo na gestão da coisa pública, (...).

¹⁰⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. Obra citada, p. 32.

¹⁰⁹ SILVA, José Afonso. *Ação Popular Constitucional*, p. 86-87. Elival da Silva Ramos, também defende que a ação popular é um importante instrumento de participação do cidadão na vida pública, mas entende que essa participação é indireta (por via do Judiciário) e não direta. (RAMOS, Elival da Silva. Obra citada, p. 198-200).

A tese da correlação entre democracia e ação popular é ainda bafejada pela própria coincidência cronológica entre o advento das Democracias Liberais e o reaparecimento da produção legislativa sobre as ações concedidas *quivis unus ex populo*.¹¹⁰

Se entendermos que a ação popular também é um verdadeiro direito político¹¹¹, referente ao controle popular da gestão do patrimônio público, a sua ligação com a democracia resta novamente evidenciada. A relação entre democracia e direitos políticos é muito bem analisada por Daniela Romanelli da Silva que conclui que estes últimos são o cerne do regime democrático.¹¹² Assim, a mencionada autora defende:

Tal análise dos direitos políticos deixa claro que o tipo de democracia que se tem depende, em grande medida, de quais são os direitos políticos outorgados aos cidadãos. Mas uma democracia mais democrática certamente pressupõe que os cidadãos tenham uma significativa gama de direitos políticos que os autorizem a formar vontades coletivas e a tê-las reconhecidas e acolhidas pelo Estado. Para tanto, são necessários não apenas poderes de decisão, mas também direitos de luta pelo poder e de controle do poder.¹¹³

Também defendendo a grande relação entre direitos políticos e democracia, Elival da Silva Ramos comenta:

Se os direitos políticos são direitos de participação, direta ou indireta, no poder, fica claro que o rol de direitos dessa espécie albergados no ordenamento jurídico varia sensivelmente em função do sistema político vigorante, de acordo com a maneira de se encarar a participação política.

No sistema democrático, que tem na participação um elemento indispensável à sua configuração, os direitos políticos assumem uma dimensão vital, tendendo a se multiplicar. Durante muito tempo a Democracia não reconheceu importância à participação política fora da relação de mandato representativo. Daí, a identificação que se fazia entre direitos políticos e os direitos de votar e ser votado (direito eleitoral ativo e passivo). (...)

Dentro de uma ótica de Democracia Participativa, o ordenamento jurídico cria novos canais de participação e revitaliza os existentes, de sorte que novos direitos políticos vão agregar-se aos direitos clássicos dessa natureza, não sendo rara a descoberta da característica política de direitos já positivados a até então vistos sob outro prisma.¹¹⁴

A respeito do regime democrático, outro aspecto importante a ser analisado é que o seu sucesso depende de fatores históricos, sociais, econômicos e políticos, entre outros. No caso brasileiro, vemos que a democracia praticada está muito aquém daquela preconizada pela constituição, o que pode ser justificado a partir de

¹¹⁰ RAMOS, Elival da Silva. Obra citada, p. 122.

¹¹¹ Ver, supra, item 2.5 sobre a ação popular como direito político.

¹¹² SILVA, Daniela Romanelli da. Obra citada, p. 437-438.

¹¹³ SILVA, Daniela Romanelli da. Idem, p. 169.

¹¹⁴ RAMOS, Elival da Silva. Obra citada, p. 105.

algumas peculiaridades de nosso país, entre elas: grandes desigualdades existentes em um país de proporções continentais; predomínio do personalismo na política (poucos cidadãos dão importância, por exemplo, aos programas partidários); dificuldades econômicas típicas de um país em desenvolvimento.

As dificuldades de implementação no Brasil, assim como nos demais países periféricos, de um regime democrático em que haja maior participação popular são agravadas pela criação de um círculo vicioso: o povo não participa porque vive em condições sócio-econômicas ruins que não permitem que isso aconteça de maneira mais intensa e, em razão dessa pequena participação, essas condições desfavoráveis não são melhoradas.

A valorização da democracia participativa e dos instrumentos que a efetivam constitui um dos caminhos para enfrentarmos os problemas que impedem o pleno desenvolvimento de nosso país. Tais problemas jamais serão verdadeiramente solucionados sem uma expressiva e consciente participação popular.

Assim, entendemos que a ação popular é um importante instrumento para o fortalecimento da democracia no Brasil.¹¹⁵ Escândalos de corrupção noticiados pela mídia são cada dia mais freqüentes em nosso país, o que demonstra a necessidade de institutos de participação direta do cidadão, como é o caso da ação popular.

Também, precisamos enfatizar que o exercício do direito de ação popular tem virtudes pedagógicas, pois proporciona uma educação política para toda a sociedade, com o aumento do sentimento de respeito pela coisa pública e o crescimento da participação popular.

3 AÇÃO POPULAR. ESTUDO DE UM CASO CONCRETO.

Dedicaremos a última parte desta monografia ao estudo de um caso concreto de ação popular julgada por nossos tribunais, objetivando demonstrar na prática algumas das reflexões desenvolvidas anteriormente.

¹¹⁵ Vale lembrar que, como qualquer outro direito, o exercício da ação popular pode ser desvirtuado e utilizado para fins contrários ao interesse público. Assim, devemos ter algumas cautelas na utilização desse importante instrumento democrático.

3.1 A ESCOLHA DO CASO.

Com o intuito de escolher um caso concreto para analisarmos aqui, realizamos uma pesquisa jurisprudencial restrita aos seguintes tribunais: STF, STJ, TRF da 4ª Região e Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Um primeiro aspecto que nos chamou a atenção foi o pequeno número de ações populares julgadas procedentes. Grande parte delas não obteve sucesso em virtude da ausência de demonstração efetiva dos requisitos de lesividade e ilegalidade do ato. Algumas fracassaram por tratarem da invalidação de lei em tese ou de atos administrativos discricionários, casos não admitidos pela jurisprudência.

As ações pesquisadas que tiveram êxito versavam sobre variados assuntos, dentre os quais destacamos os seguintes: anulação de procedimentos licitatórios, ou a ausência injustificada de licitação, por não atenderem às normas jurídicas pertinentes; invalidação de atos referentes a concursos públicos que afrontaram princípios básicos como o da moralidade, isonomia e publicidade; anulação de contratos administrativos contendo cláusulas lesivas ao patrimônio público; anulação de leis de efeitos concretos lesivas ao patrimônio público; invalidação de atos lesivos ao meio ambiente.

Dentre as ações populares analisadas que foram julgadas procedentes, escolhemos um caso de proteção ambiental ocorrido no Município de Itapema, Estado de Santa Catarina. A riqueza de detalhes do acórdão proferido, especialmente do voto do relator, nos permite um bom conhecimento do caso e de sua importância para a defesa do meio ambiente e da moralidade administrativa.

3.2 ANÁLISE DO CASO CONCRETO DE ITAPEMA.

O caso escolhido para analisarmos nesta monografia foi julgado em grau de recurso pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região em 06 de agosto de 2002 depois de mais de treze anos do ajuizamento da ação. Trata-se da Apelação Cível nº 2001.04.01.045587-9/SC¹¹⁶ interposta contra sentença do Juiz da 3ª Vara Federal de Florianópolis que julgou procedente ação popular ajuizada para anular atos

¹¹⁶ Ver acórdão no anexo 3.

lesivos ao meio ambiente em virtude da indevida construção, ainda em curso, de um edifício residencial em terreno de marinha na localidade de Morretes, praia de Itapema/SC. Lembre-se que a Constituição Federal de 1988 inovou ao dispor que a proteção ambiental é causa para a propositura de ação popular.

As partes dessa ação popular são as seguintes: como autor está o senhor Luiz Antônio Palhares, tendo sido a União Federal aceita posteriormente como litisconsorte ativa; como réus estão José Higino Furtado (ex-prefeito de Itapema), Edson Kratz (ex-secretário de obras de Itapema), Prefeitura Municipal de Itapema, J. Guesser Construtora e Incorporadora Ltda., Sílvia Sell Duarte Pilloto, Mário Sell Duarte e Nelson Sell Duarte (todos proprietários do terreno em que se construiu a obra em questão nos autos).

O objeto mediato da ação consiste nos atos administrativos de aprovação e de autorização da obra.

O autor Luiz Antônio Palhares pediu a desconstituição desses atos porque, segundo ele, as obras para construção do edifício residencial foram iniciadas mesmo havendo parecer contrário da Fundação de Amparo à Tecnologia e ao Meio Ambiente (FATMA), pois o então Prefeito de Itapema e cunhado do construtor, José Higino Costa, assinou certidão falsa, declarando que o Órgão ambiental havia aprovado o projeto. Afirmou também que o engenheiro técnico responsável era o então Secretário de Obras do Município, Edson Kratz. Sustentou, ainda, que houve desrespeito às normas de direito ambiental e administrativo em vigor, bem como que as obras provocariam graves danos ao ecossistema local. Todos esses argumentos correspondem aos fundamentos de fato e de direito da demanda, ou seja, constituem a causa de pedir. Lembre-se que no caso da ação popular os fundamentos de fato referem-se à demonstração de ilegalidade e lesão ao patrimônio público (amplamente considerado) provocadas pelo ato impugnado.

Interessante notar que a União Federal atuou nos autos como litisconsorte ativa em razão do seu interesse na causa por tratar-se de construção em terreno de Marinha. Essa participação da União contribuindo com o autor popular para o sucesso da ação evidencia a importância do caso para a defesa do meio ambiente local e do interesse público. A Fundação de Amparo à Tecnologia e ao Meio Ambiente (FATMA) também foi intimada e afirmou sua posição contrária à obra,

juntando pareceres que comprovam que a execução do projeto causaria graves danos ao meio ambiente.

Em contestação os réus J. Gueser Construtora e Incorporadora Ltda., José Higino Furtado (ex-prefeito de Itapema), Edson Kratz (ex-secretário de obras de Itapema) e a Prefeitura de Itapema alegaram o seguinte: que a FATMA e a Capitania dos Portos deram autorização para a realização das obras por telefone, mas que disso não há registro; que com a abertura da avenida beira-mar toda a orla será edificada; que não há tráfegos de veículos pesados na praia causado pelas obras; que a área onde está sendo executada a obra é uma região urbana, residencial e sem fauna ou flora a serem protegidas, nem dunas; que as relações familiares e profissionais apontadas entre os agentes municipais e o construtor não constituem óbice à construção do edifício residencial.

Os réus Silvia Sell Duarte Pilloto, Mário Sell Duarte e Nelson Sell Duarte (todos proprietários do terreno em que se construiu a obra em questão nos autos) contestaram sustentando preliminarmente a prescrição e, no mérito, que o autor foi movido por motivos meramente pessoais, já que o imóvel seria construído em terreno vizinho ao seu.

Foi deferido o pedido de liminar determinando a interrupção das obras, providência esta contemplada pelo art. 5º, § 4º da Lei nº 4.717/65 que prevê uma medida preventiva, qual seja, a suspensão imediata e provisória do ato lesivo impugnado em ação popular.

Em fase instrutória foram realizadas duas perícias (a primeira por um engenheiro civil e a segunda por um biólogo) para avaliar os efetivos danos que poderiam ser causados pela obra ao meio ambiente. Algumas informações dos laudos técnicos produzidos foram cruciais para a solução da demanda, entre elas: o local em se pretendia edificar é de marinha; a área possui um único acesso através da areia da praia; o terreno não possui ligações ao sistema de água e esgoto público; a vegetação local é classificada como de restinga em fase herbácea arbustiva e composta, em sua maioria, por ervas pioneiras; essa vegetação local tem a função, entre outras, de fixar as dunas frontais, ajudando a preservar a linha da costa; o trânsito de caminhões de material de construção em praias gera impactos ambientais como a emissão de gases poluentes, ruídos, compactação da areia, poluição visual, além da intranquilidade gerada pelos riscos de acidentes com os

freqüentadores da praia; o nível de lençol freático no local é alto, próximo à superfície; houve supressão da vegetação de restinga na área em que foi iniciada a obra, o que, apesar de não ser mensurável com exatidão, certamente causará danos ao meio ambiente.

Importante salientar a postura ativa do juiz ao designar uma segunda perícia para esclarecer alguns pontos importantes para a solução da controvérsia (exclusivamente relacionados à influência, inclusive potencial, da obra sobre o meio ambiente local), mas que ainda permaneciam obscuros. Em sua sentença, o magistrado justifica, inclusive, tal atitude a partir da importância da ação popular que visa tutelar interesses públicos difusos.

A sentença proferida pelo juízo monocrático demonstrou que a obra em questão efetivamente afronta vários dispositivos da legislação ambiental em vigor, razão pela qual ficou comprovado que o Órgão ambiental competente (FATMA) se manifestou formalmente contrário à execução do projeto, o que foi negado pelos réus.

Também ficou evidenciado que o ex-prefeito José Higino Furtado chegou a certificar que a Municipalidade autorizou a obra conforme projeto autorizado pela FATMA e com parecer favorável do Ministério da Marinha, sendo absolutamente falsa a informação de que esses dois últimos Órgãos manifestaram concordância.

A partir da análise das perícias produzidas, a sentença concluiu, ainda, que a execução da obra realmente causaria graves danos ao meio ambiente local. Além das lesões ambientais, o juiz de primeira instância não deixou de ressaltar a afronta à moralidade administrativa causada pelos fatos descritos nos autos. Essa afronta ficou evidenciada tanto pelo mau comportamento do ex-prefeito ao mentir a respeito da aprovação do projeto pelo FATMA e pelo Ministério da Marinha quanto pelas atitudes do ex-secretário de obras que, enquanto engenheiro civil, estava presumidamente ciente das limitações legalmente impostas às edificações, mas, não obstante, foi o responsável técnico do empreendimento irregular.

Diante da comprovação da ilegalidade e lesividade do ato, a decisão proferida em primeiro grau julgou procedente a ação popular, desconstituindo os atos de aprovação e de autorização da obra e condenando os réus a remover os materiais empregados na construção e a promover no local o replantio de espécies nativas da restinga e ao pagamento das custas e dos honorários periciais e

advocáticos. Convém observar que a sentença, além de desconstituir os atos lesivos, determinou obrigações de fazer aos réus, quais sejam, as de retirar os materiais utilizados nas obras e realizar o replantio de espécies nativas. Esse caráter mandamental da decisão, bem como a busca pela tutela específica e não apenas a condenação em perdas e danos, decorrem das peculiaridades da ação que envolve proteção ambiental.

Inconformados os réus interpuseram recurso de apelação.

O voto do relator da Apelação Cível nº 2001.04.01.045587-9/SC cita trechos da sentença proferida em primeiro grau em que se demonstra que a obra em questão efetivamente afronta vários dispositivos da legislação ambiental em vigor e que causaria graves danos ao meio ambiente. O relator menciona, ainda, o Parecer do Ministério Público Federal (MPF) que opinou pela manutenção da condenação dos réus. Assim, adotando os fundamentos da sentença atacada e do Parecer do MPF, o relator votou pelo não provimento dos recursos apresentados pelos réus, entendimento este aceito por unanimidade pelos demais integrantes da Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

CONCLUSÃO

A partir das reflexões propostas nesta monografia, podemos estabelecer algumas breves conclusões que possuem apenas o objetivo de completar logicamente a linha de raciocínio aqui traçada, mas que absolutamente não têm a pretensão de esgotar os temas apresentados.

Primeiramente, embora a democracia tenha sido objeto de estudo de muitos pensadores ao longo da história, jamais se atingiu um consenso sobre o seu significado, pois se trata de um conceito histórico. Apesar disso, muitos autores adotam a célebre definição de Lincoln, segundo o qual democracia é o “governo do povo, pelo povo e para o povo”. A democracia pode ser conceituada apenas como um regime político ou, de maneira mais abrangente, como uma filosofia de vida.

Ao analisar a evolução histórica da democracia, adotando como critério a forma pela qual o povo participa do poder, identificamos três etapas: democracia direta, democracia indireta ou representativa e democracia semidireta ou mista.

A democracia direta é aquela em que o povo exerce diretamente, por si próprio, os poderes governamentais. Esse tipo de democracia, embora com objetivos completamente diversos dos regimes democráticos do mundo moderno, surgiu na Antigüidade nas sociedades grega e romana, especialmente em Atenas. A democracia direta é hoje considerada apenas como uma reminiscência histórica, pois a complexidade das sociedades contemporâneas tornou impossível a sua implantação.

A democracia indireta ou representativa consiste no regime político em que o povo, fonte originária de todo poder, delega as funções de governo aos seus representantes. As revoluções liberais do século XVIII, especialmente a Revolução Francesa, marcaram a expansão desse tipo de democracia na Europa. O modelo representativo de democracia, adequado aos princípios do Estado Liberal, prevaleceu no mundo moderno e de acordo com esse sistema, a participação política dos cidadãos estava restrita aos direitos de votar e ser votado. Com o aparecimento do Estado Social o modelo representativo foi alterado e os partidos políticos se tornaram o principal instrumento de participação popular.

Mas no século XX, o modelo representativo entrou em crise em razão de suas deficiências históricas e surgiu a necessidade de reconstrução do regime

democrático para ampliar as formas de participação do povo, dando origem à chamada democracia semidireta ou mista. Esse terceiro tipo de democracia combina elementos dos dois modelos anteriores (democracia direta e indireta) de forma a maximizar as vantagens de cada um deles. Nesse contexto é que surge a chamada democracia participativa que consiste em uma nova interpretação do regime democrático a partir da valorização e ampliação da participação política dos cidadãos que passa a ser considerada como a força criadora do sistema.

Um dos instrumentos jurídicos que concretiza o princípio da democracia participativa esculpido no artigo 1º, parágrafo único da Constituição Federal de 1988 é a ação popular prevista no artigo 5º, inciso LXXIII da nossa Carta Magna e regulamentada pela Lei nº 4.717 de 1965. Através de tal ação é possível que qualquer cidadão participe da vida política do país e exerça uma forma de controle sobre a gestão do patrimônio público em sentido amplo.

No direito romano encontramos as origens do instituto da ação popular. Tal instituto teve aplicação reduzida na Idade Média e no período do Absolutismo, mas foi fortalecido com o surgimento das modernas teorias democráticas. No direito brasileiro, a constituição imperial de 1824 já contemplava a ação popular, embora apenas no sentido amplo do termo. A constituição de 1891 não fez referência a ação popular, mas a constituição de 1934 inovou ao introduzir a ação popular em sentido estrito em nosso sistema constitucional positivo. Com exceção da Carta de 1937, todas as nossas constituições posteriores contemplaram a ação popular em sentido estrito, estando tal instituto consagrado no artigo 5º, LXXIII da Constituição Federal de 1988. Em nível infraconstitucional, a ação popular foi regulamentada pela Lei nº 4.717/65.

A legitimidade ativa para propor ação popular é de qualquer cidadão, entendido este como o nacional no gozo de seus direitos políticos de votar e ser votado, já que o art. 1º, § 3º da Lei nº 4.717/65 dispôs que a prova da cidadania é o título de leitor ou documento equivalente. Portanto, não podem propor ação popular os estrangeiros, os nacionais privados definitiva ou temporariamente de seus direitos políticos e as pessoas jurídicas, embora, principalmente em relação a estas últimas, exista corrente doutrinária que defenda a ampliação da legitimidade ativa.

A legitimidade passiva da ação popular, por sua vez, será das pessoas públicas ou privadas envolvidas na gestão do patrimônio público em sentido amplo;

autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado e dos beneficiários diretos desse ato.

Os atos sujeitos à invalidação através da ação popular exigem sempre a participação de entidades públicas ou que administrem o patrimônio público em sentido amplo.

A ação popular pode, segundo entendimento majoritário da doutrina e jurisprudência, ser proposta contra procedimentos omissivos, embora o texto constitucional se refira a “anular ato”.

Os atos administrativos vinculados são os principais objetos das ações populares, embora os atos discricionários, respeitado o campo do mérito administrativo, não sejam imunes ao controle pelo Judiciário. Aliás, é justamente nos casos de discricionariedade que o controle judicial se torna mais importante para a defesa dos direitos dos cidadãos.

Os atos legislativos apenas em sentido formal (também conhecidos como “leis de efeitos concretos”) também poderão ser objeto de ação popular. Já os atos legislativos materiais, segundo entendimento jurisprudencial e doutrinário majoritários, com o qual concordamos unicamente em razão das características do nosso sistema de controle abstrato de constitucionalidade, não poderão ser objeto principal de ação popular. Portanto, não é possível a invalidação de ato normativo em tese por meio da ação popular, devendo ser praticado algum ato concreto que possa ser impugnado por meio dessa ação.

Os atos materialmente jurisdicionais também não poderão ser objeto de ação popular, mas aqueles apenas formalmente jurisdicionais e que tenham natureza administrativa poderão ser anulados através desse instituto.

Para que um ato possa ser invalidado por meio da ação popular, deve atender a dois requisitos: lesividade e ilegalidade. Mas para que tais requisitos possam ser exigidos, devemos interpretá-los de forma ampla. Assim, a lesividade deve abranger tanto o patrimônio material, quanto o imaterial, como é o caso da moralidade. Já a ilegalidade deve ser considerada como ato contrário ao direito, seja diretamente contra regras específicas ou apenas contra princípios do sistema.

A partir da clássica distinção entre direitos e garantias de direitos, entendemos que a ação popular constitui um autêntico direito político. Adotando um conceito abrangente de direitos políticos, sem restringi-los ao direito de votar e ser

votado, percebemos que a ação popular pertence a essa categoria de direitos por permitir ao cidadão uma participação mais ativa na vida política do país através do controle sobre a gestão do patrimônio público.

Por tratar-se de um direito político, a ação popular deve ser analisada sob a ótica dos direitos fundamentais. Portanto, quanto à efetividade, esta ação possui aplicação imediata (art. 5º, § 2º, CF); em termos hermenêuticos, deve prevalecer sempre a interpretação que garanta sua máxima efetividade; e, finalmente, por ser um direito fundamental, tal instituto constitui cláusula pétrea em nosso sistema jurídico.

Através da ação popular o cidadão exerce uma importante função de controle sobre a administração do patrimônio público em sentido amplo e isso demonstra que esse instituto possui estreita relação com os princípios democrático e republicano.

O estudo das características da ação popular, principalmente a constatação que ela consiste em um verdadeiro direito político, nos permite concluir que esse instituto revela-se como um importante instrumento de democracia participativa e que pode, desde que bem utilizado, contribuir muito com o fortalecimento do regime democrático brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEGRE, José Sérgio Monte. Ação popular: é mesmo de direito político que se trata?. **Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 1, n. 02, p. 63-74, janeiro-março de 1993.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito Constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da constituição brasileira. 6. ed. atual. Rio de Janeiro, 2002.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 4 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 11. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2002.

_____. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Editora Malheiros, 2001.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2002.

_____. **O Estado Liberal ao Estado Social**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

_____. A Democracia Participativa como Alternativa Constitucional ao Presidencialismo e ao Parlamentarismo. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba: [s.n], n. 3, p. 477-493, 2003.

BRASIL. Constituição Política do Imperio do Brazil de 1824 disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 31 ago. 2005.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 31 ago. 2005.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 31 ago. 2005.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 1 de 1969 disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 31 ago. 2005.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Os “writs” na constituição de 1988**: mandado de segurança, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, “habeas data”, “habeas corpus”, ação popular. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2005.

FURTADO, Luísa Elisabeth Timbó Corrêa. **Ação popular**: mecanismo de controle dos atos da administração pública pelo cidadão. São Paulo: Ltr, 1997.

KOZICKI, Katya. Conflito e estabilização: comprometendo radicalmente a aplicação do direito com a democracia nas sociedades contemporâneas. Florianópolis, 2000. Tese (Doutorado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

LEDUR, José Felipe. O contributo dos direitos fundamentais de participação para a efetividade dos direitos sociais. Curitiba, 2002. Tese (Doutorado em Direito) - Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação popular**: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data"**. 18. ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros, 1997.

_____. **Direito Administrativo Brasileiro**. 25. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, 2000.

MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. Trad. Jean Melville. São Paulo: Editora Martin Claret, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da participação política**: legislativa, administrativa, judicial: (fundamentos e técnicas constitucionais de legitimidade). Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1992.

PACHECO, José da Silva. **O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas**: mandado de segurança, mandado de segurança coletivo, "habeas data", mandado de injunção, ação de inconstitucionalidade, ações constitucionais de responsabilidade civil, ações de desapropriação, ação popular. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

PERRINI, Raquel Fernandes. A ação popular como instrumento de defesa ambiental. **Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 3, n. 11, p. 183-208, abril-junho de 1995.

RAMOS, Elival da Silva. **A Ação Popular como Instrumento de Participação Política**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

ROUSSEAU, Jean Jaques. **Do Contrato Social**. Trad. J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. São Paul: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SADER, Emir. Para outras democracias. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org). **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2002, p. 651-675.

SANTANA, Jair Eduardo. **Democracia e cidadania: o referendo como instrumento de participação política**. Belo Horizonte: Editora Del Rei, 1995.

SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Introdução: para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org). **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2002, p. 39-82.

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SIDOU, J. M. Othon. **“habeas Corpus”, mandado de segurança, mandado de injunção, “habeas data”, ação popular: a garantia dos direitos coletivos**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

SILVA, Daniela Romanelli da. **Democracia e Direitos Políticos**. Campinas: [s.n], 2005.

SILVA, Guilherme Amorim Campos da; TAVARES, André Ramos. Extensão da ação popular enquanto direito político de berço constitucional elencado no título dos direitos e garantias fundamentais dentro de um sistema de democracia participativa. **Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 3, n. 11, p. 106-122, abril-junho de 1995.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

_____. **Ação Popular Constitucional: doutrina e processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968.

TUMA, Ricardo Pavão. Democracia Representativa e Partidos Políticos. Curitiba, 1997. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

WOLKMER, Antonio Carlos. Crise de representação e cidadania participativa na Constituição de 1988. In: SARLET, Ingo (Org). **O direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruchel**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 39-48.

ANEXO 1 – LEI Nº 4.717/65 (LEI DA AÇÃO POPULAR)

Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

LEI Nº 4.717, DE 29 DE JUNHO DE 1965.

Regula a ação popular.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

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 ou histórico.~~

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

§ 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 a requisições, a que se refere o inciso anterior, sejam atendidas dentro dos prazos ficados 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 Ficarà 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 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

Este texto não substitui o publicado no DOU de 5.7.1965 e republicado no DOU de 8.4.1974

**ANEXO 2 – APELAÇÃO CÍVEL Nº 96.04.50216-6/SC
(CASO DE FLORIANÓPOLIS)**



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

APELAÇÃO CÍVEL Nº 96.04.50216-6/SC

RELATOR : JUIZ JOSÉ GERMANO DA SILVA

APELANTE(S) : MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS

APELADO(S) : ANDRÉ FREYESLEBEN FERREIRA E OUTROS

REMETENTE : JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA FEDERAL DE FLORIANÓPOLIS/SC

**INTERESSADOS : ADIR GENTIL E OUTROS
EDSON ADRIANO ANDRINO DE OLIVEIRA
JOSÉ CARLOS GIL LABATUT E OUTRO
INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA**

**ADVOGADOS : Eleazar Miguel do Nascimento
Cesar D'Ávila Winckler e outro
Marco Antonio da Cunha e outros
Paulo Leonardo Medeiros Vieira
Pericles Luiz Medeiros Prade e outros
Ricardo Philippi Porto
José Carlos Leme Junior**

E M E N T A

AÇÃO POPULAR. DANOS AO MEIO AMBIENTE. LEI MUNICIPAL Nº 3099/88. CONSTRUÇÃO DE VIA PÚBLICA EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE (LEI Nº 4771/65, ART. 2º, "F").

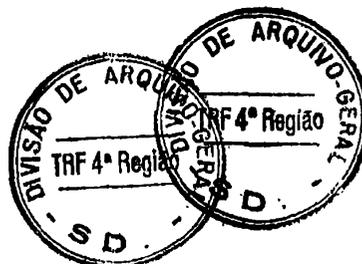
1. O município não tem liberdade irrestrita para legislar acerca de assuntos de interesse local. O art. 30, I, da CF deve ser lido em consonância com os demais preceitos constitucionais. No caso dos autos, interessa a leitura em conjunto com o art. 24, VI, da CF, o qual confere à União, aos Estados e ao Distrito Federal competência concorrente para legislar acerca de proteção ao meio ambiente. Desse dispositivo conclui-se que a Lei nº 4771/65 foi recepcionada pela atual Carta Magna, devendo as leis de hierarquia inferior respeitar os seus preceitos.
2. A criação de uma via pública dentro de uma área de preservação permanente contraria frontalmente os interesses defendidos pela Lei nº 4771/65, art. 2º, "F", não só porque implicará na retirada parcial da cobertura vegetal existente, mas também porque favorecerá a especulação imobiliária e outras formas de agressão à área, reconhecida como de grande valor ecológico.
3. Ilegalidade da Lei Municipal nº 3099/88.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, **por unanimidade, rejeitar as preliminares e negar provimento à apelação e à remessa oficial**, na forma do relatório e notas taquigráficas que ficam fazendo parte do voto.

g:\vp\96502166.doc

ACÓRDÃO PUBLICADO
NO D. J. U. DE
21 OUT 1998





PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

Porto Alegre, 22 de setembro de 1998 (data do julgamento).


JOSE GERMANO DA SILVA
RELATOR



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

APELAÇÃO CÍVEL Nº 96.04.50216-6/SC

RELATOR : JUIZ JOSÉ GERMANO DA SILVA
APELANTE(S) : MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS
APELADO(S) : ANDRÉ FREYESLEBEN FERREIRA E OUTROS
REMETENTE : JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA FEDERAL DE
FLORIANÓPOLIS/SC
INTERESSADOS : ADIR GENTIL E OUTROS
EDSON ADRIANO ANDRINO DE OLIVEIRA
JOSÉ CARLOS GIL LABATUT E OUTRO
INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS
RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA

RELATÓRIO

Trata-se de ação popular ajuizada contra o Município de Florianópolis e os vereadores Edson Adriano Andrino de Oliveira, Gualberto Cezar dos Santos, Otto Entres Filho, Aldo Belarmino, Lauro Andrade, Icuriti Pereira, Almir Saturnino de Brito, Adir Gentil e Michel Curi. Os autores alegaram que a lei municipal nº 3099/88 acrescentou ao plano diretor do município uma via pública que cortará uma área de preservação permanente, causando danos ao meio-ambiente. Aduziram que a lei é nula, por inexistência de motivos e ilegalidade do objeto. Sustentaram que a referida lei violou o art. 2º, "f", da Lei Federal nº 4771/65, que declarou de preservação permanente a vegetação fixadora de dunas nas restingas, pois o traçado da rodovia implicará, necessariamente, a retirada da vegetação. Pediram a concessão de liminar, suspendendo a execução da Lei Municipal nº 3099/88 e a declaração de nulidade da referida lei, por inexistência de motivos e ilegalidade do objeto.

A liminar foi deferida após as contestações e intervenção do IBAMA.

O MM. Juízo "a quo" julgou procedente o pedido, considerando inconstitucional a lei municipal nº 3099/88, condenando os réus a cessarem quaisquer atividades que guardem por fulcro a construção da via pública ligando a rua Osvaldo Clímaco em Ingleses à Praia Grande ou de Moçambique, malferindo área de preservação permanente. Deixou de fixar verbas indenizatórias por não caracterizada agressão ao meio-ambiente que possa ser atribuída aos réus. Condenou-os ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da causa.

Irresignado, apelou o Município de Florianópolis. Aduziu que a Lei Municipal nº 3099/88 apenas acrescentou ao sistema viário municipal mais uma via pública, significando que a autorização legislativa não teve o condão, de imediato, tornar concreto o ato contra o qual se insurgiram os autores, acarretando a declaração de inconstitucionalidade de lei em tese, julgamento para o qual o magistrado era incompetente. Sustentou ser incabível a ação popular, por inexistência de atos concretos. Argüiu que o magistrado "a quo" não indicou qual dispositivo da Constituição foi vulnerado e que as formações dunosas não se incluem dentre os bens da União. Independentemente de cogitar-se acerca do domínio, alegou que a competência para determinar o plano urbanístico é do município, como dispõe o art. 30 da Constituição. Pediu a improcedência da ação.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

O Ministério Público opinou pelo improvimento do recurso.

É o relatório.


JOSE GERMANO DA SILVA
RELATOR



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

APELAÇÃO CÍVEL Nº 96.04.50216-6/SC

RELATOR : JUIZ JOSÉ GERMANO DA SILVA
APELANTE(S) : MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS
APELADO(S) : ANDRÉ FREYESLEBEN FERREIRA E OUTROS
REMETENTE : JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA FEDERAL DE
FLORIANÓPOLIS/SC
INTERESSADOS : ADIR GENTIL E OUTROS
EDSON ADRIANO ANDRINO DE OLIVEIRA
JOSÉ CARLOS GIL LABATUT E OUTRO
INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS
RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA

VOTO

No concernente à alegação de que a ação popular não é cabível para a anulação de lei em tese, cabe referir que no caso dos autos a lei é de efeitos concretos, equiparável a ato normativo. Assim, no entender da jurisprudência, é atacável pela via da ação popular. Nesse sentido, RJTJESP 103/169, referida por Theotonio Negrão, na obra "Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor", 28ª edição, pg. 707.

Quanto à alegação de que o juízo "a quo" não tinha competência para declarar a inconstitucionalidade de lei em tese, convém referir que não foi isso o que ocorreu nos autos. Na verdade, o julgador monocrático declarou a inconstitucionalidade da lei municipal nº 3099/88 mediante o chamado controle incidental da constitucionalidade das leis, competência de todo e qualquer juiz de primeiro grau neste país.

Em verdade, o apelante está confundindo o que seria uma ação contra lei em tese com uma ação preventiva, uma vez que não chegou a ser iniciada a construção da via pública. Diz-se que a ação é contra lei em tese quando o julgamento não é baseado em nenhum caso concreto. Nos autos existe um caso concreto, qual seja, a construção da via pública ligando a rua Osvaldo Clímaco, em Ingleses, à via existente e frontal à Praia Grande ou de Moçambique, com traçado já definido nos croquis em anexo ao projeto de lei (fls. 22/32). Exigir-se que a construção da via fosse iniciada, para só então aceitar-se o cabimento da prestação da tutela jurisdicional impediria a prevenção do dano, contrariando os interesses que a Lei da Ação Popular se propõe proteger.

Quanto à ausência, na sentença, de indicação de qual o dispositivo constitucional vulnerado, não implicaria nulidade da sentença, porque ainda que dela se excluísse a declaração de inconstitucionalidade, não se alteraria a procedência do pedido, uma vez que a sentença fundamentou-se, também, na ilegalidade da lei municipal.

Assim, rejeitam-se as preliminares.

No mérito, a matéria controvertida é a lesividade da Lei Municipal nº 3099/88 ao meio ambiente, por ser ilegal a via pública nela criada.

g:\rpl\96502166.doc



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

Segundo as numerosas fotografias existentes nos autos, o traçado da via pública criada pela Lei nº 3099/88 situar-se-ia integralmente sobre campos dunares fixos por vegetação de restinga e móveis. Também há nos autos parecer do prof. Daniel de Barcellos Falkenberg, da Coordenadoria do Horto Botânico da UFSC (fls. 50/54) e laudo técnico firmado por engenheiros-agrônomo do IBAMA (fls. 139/144), discorrendo acerca das características da área, sua importância para o meio ambiente e a sua fragilidade quando retirada a cobertura vegetal.

O art. 2º, "f", do Código Florestal (Lei nº 4771/65) dispõe:

"Art. 2º - Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:

...

f - nas restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues".

Desse modo, incidindo a norma legal, conclui-se que as dunas de que tratamos nos autos são área de preservação permanente.

Aliás, os réus não contestaram a caracterização da área como de preservação permanente; apenas alegaram que a Constituição confere competência ao município para legislar acerca de seu plano urbanístico, restringindo-o ou ampliando-o, conforme sua conveniência.

Tenho, entretanto, que ao município não é conferida liberdade irrestrita, como quer fazer crer a parte ré.

É verdade que a criação do seu plano diretor caracteriza-se como assunto de interesse local (art. 30, I, da CF), mas isso não significa que não deva ser lido em consonância com os demais dispositivos da Constituição, em particular, com o art. 24, VI, da CF:

"Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

...

VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;

...

§ 1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas legais".

Como vemos, a Lei nº 4771/65, embora anterior à Constituição de 1988, foi por ela recepcionada, impondo-se seja respeitada pelas leis de hierarquia inferior, tais como as leis municipais em geral.

Soma-se a essa situação, a existência de preceito constitucional garantindo a todos o direito ao meio-ambiente equilibrado (art. 225 da CF).

A criação da via pública de que estamos tratando, dentro de uma área de preservação permanente contraria frontalmente os interesses defendidos pela Lei nº 4771/65, art. 2º,

g:\vp\96502166.doc



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

“P”, não só porque implicará na retirada parcial da cobertura vegetal existente, mas também porque favorecerá a especulação imobiliária e outras formas de agressão à área, reconhecida como de grande valor ecológico.

Ademais, como se vê do abaixo-assinado inserto nos autos (fls. 37/48), a comunidade repudiou a criação da via pública.

Ante o exposto, voto no sentido de rejeitar as preliminares e negar provimento à apelação e à remessa oficial.


JOSE GERMANO DA SILVA
RELATOR

**ANEXO 3 – APELAÇÃO CÍVEL Nº 2001.04.01.045587-9/SC
(CASO DE ITAPEMA)**



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2001.04.01.045587-9/SC

**RELATOR : DES. FEDERAL CARLOS EDUARDO THOMPSON
FLORES LENZ**
APELANTE : MARIO SELL DUARTE e outros
ADVOGADO : Izaias Joaquim Gonzaga e outro
APELANTE : MUNICIPIO DE ITAPEMA e outros
ADVOGADO : Tarciso Mafra e outros
APELANTE : UNIAO FEDERAL
ADVOGADO : José Diogo Cyrillo da Silva
APELADO : (Os mesmos)
ADVOGADO : LUIZ ANTONIO PALHARES
ADVOGADO : Luiz Antonio Palhares

RELATÓRIO

O parecer do MPF, a fls. 817/820, expõe com precisão a controvérsia, *verbis*:

*“1. Tratam-se de recursos de **Apelação Cível** interpostos contra a sentença do Exmo. Sr. Juiz da 3ª Vara Federal de Florianópolis - Seção Judiciária do Rio Grande do Sul, prolatada nos autos da Ação Popular promovida por **Luiz Antônio Palhares**, objetivando a proteção do meio ambiente em Itapema/SC, onde se concluiu pela procedência do pedido.*

Luiz Antônio Palhares ajuizou a presente ação popular sob o argumento de que estaria sendo construído, pela J. Guesser Construtora e Incorporadora Ltda., um edifício residencial em terreno de marinha na localidade de Morretes, praia de Itapema/SC, de propriedade de Sílvia Sell Duarte Pillotto, Mário Sell Duarte e Nelson Sell Duarte, e que a construção do mesmo se afigurava uma ameaça ao meio ambiente.

Aduziu que as obras começaram mesmo com o parecer da Fundação de Amparo à Tecnologia e ao Meio Ambiente - FATMA - ter se dado no sentido contrário às mesmas, pois o então Prefeito de Itapema e cunhado do construtor, José Higinio Furtado, assinara certidão falsa, declarando que o órgão ambiental aprovara o projeto. Acrescentou que o engenheiro técnico responsável era o Secretário de Obras do Município, Edson Kratz.

Sustentou que teria havido desrespeito às normas de direito ambiental e administrativo vigentes, bem como que as obras provocariam graves danos ao ecossistema local e, face ao acesso ao terreno se dar apenas





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

pela beira-mar, a saúde dos banhistas também estaria ameaçada pelo tráfego de veículos.

Em razão disso, requereu a intimação da FATMA e da União Federal para, querendo, integrar o feito na condição de litisconsortes ativas, e, liminar e definitivamente, que fosse interrompida a obra, recomposto o ecossistema afetado e anulado o ato que autorizou a sua execução.

Intimadas, a FATMA afirmou sua posição contrária à obra e juntou pareceres que comprovam que a execução do projeto acarretaria graves danos ao meio ambiente, e a União Federal manifestou seu interesse em integrar o pólo ativo da demanda - o que foi deferido - por tratar-se de construção em terreno de marinha e estar em risco o meio ambiente.

A liminar pleiteada foi indeferida.

Citados, os réus J. Guesser Construtora e Incorporadora Ltda., José Higino Furtado, Edson Kratz e a Prefeitura Municipal de Itapema contestaram sustentando o seguinte: - que a Fatma e a Capitania dos Portos deram autorização para realizar a obra por telefone, mas que disso não há registro; - que com a abertura da avenida beira-mar toda a orla será edificada; - que não há tráfego de veículos pesados na praia causado pelas obras; - que a área onde está sendo executada a obra é uma região urbana, residencial e sem fauna ou flora a serem protegidas, tampouco dunas; - que as relações familiares e profissionais apontadas, entre os agentes municipais e o construtor, não constituem óbice à construção do edifício residencial.

Em suas réplicas, Luiz Antônio Palhares e a União Federal reiteraram o pedido de liminar para paralisação das obras.

O Ministério Público ratificou o pedido de liminar e opinou pela citação dos permissionários do terreno de marinha e pela procedência do pedido.

A liminar pleiteada foi deferida, sendo determinada a interrupção das obras.

Citados, Mário Sell Duarte, Maria Salette Granzto Duarte, Nelson Sell Duarte, Mariza Pillotto Duarte, Mário Pillotto e Sílvia Sell Duarte contestaram sustentando: - prescrição; - que o autor é movido por motivos meramente pessoais, posto que o imóvel seria construído em terreno vizinho ao seu.





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

Os autores apresentaram réplica, onde repisaram o já exposto.

Instadas as partes à produção de provas, foi requerida a produção de prova pericial.

Foram realizadas perícias conduzidas por engenheiro civil e por biólogo para analisar a potencialidade de dano ao meio ambiente e a viabilidade da obra.

A sentença afastou a prejudicial e julgou procedentes os pedidos, desconstituindo os atos de aprovação e de autorização da obra e condenando os réus a remover os materiais empregados na construção e a promover no local o replantio de espécies nativas de restinga e ao pagamento das custas e dos honorários periciais e advocatícios, arbitrados estes em R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) ao autor Luiz Antônio Palhares, não sendo devidos honorários à União.

Inconformados, os ocupantes legais do terreno de marinha apelaram, reafirmando o já exposto.

Inconformada, a Prefeitura de Itapema interpôs recurso de apelação sustentando: - que o atual Governo Municipal é dotado da mais alta consciência ecológica, como demonstram seus projetos neste sentido; - que a municipalidade não pode ser responsabilizada por atos irregulares cometidos pelo ex-Prefeito.

O autor Luiz Antônio Palhares veio aos autos informar que há um novo imóvel sobre o terreno, construído por prepostos da J. Guesser para sua própria moradia, consistindo em uma casa de madeira.

Foi determinada a demolição do imóvel construído em terreno de marinha indicado pelo autor. Contra a decisão que determinou a demolição do imóvel foram interpostos recursos de agravo de instrumento pelos ocupantes legais do terreno e pela Prefeitura, tendo sido concedido efeito suspensivo aos agravos.

Inconformada, a União Federal interpôs recurso apelatório, onde postulou a fixação de honorários advocatícios em seu favor.

A União Federal ofereceu contra razões, onde reafirmou o já exposto.

O cerne da questão, pois, cinge-se, além da questão processual, em verificar se a execução da obra nos moldes rejeitados pela FATMA acarretaria riscos ao meio ambiente.”





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

É o relatório.

À revisão.

Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz
Relator





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2001.04.01.045587-9/SC

RELATOR : **DES. FEDERAL CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ**
APELANTE : **MARIO SELL DUARTE e outros**
ADVOGADO : **Izaias Joaquim Gonzaga e outro**
APELANTE : **MUNICIPIO DE ITAPEMA e outros**
ADVOGADO : **Tarciso Mafra e outros**
APELANTE : **UNIAO FEDERAL**
ADVOGADO : **José Diogo Cyrillo da Silva**
APELADO : **(Os mesmos)**
: **LUIZ ANTONIO PALHARES**
ADVOGADO : **Luiz Antonio Palhares**

VOTO

Em sua elaborada sentença, após minucioso exame da prova, a fls. 640/8, anotou o ilustre Magistrado, *verbis*:

“- Intervenção do Ministério Público Federal. Prazo.

O Ministério Público Federal assume, nas ações populares, posição destacada na medida em que desempenha atividades múltiplas, como fiscal da lei e promotor da instrução da causa e da responsabilidade civil e criminal (art. 6º, § 4º), bem como a de legitimado ativo ou de exequente.

Nessa situação, é preciso reconhecer a procedência da ponderação manifestada pelo Parquet em seu parecer final, no terceiro parágrafo da fl. 622.

A Secretaria concedeu o prazo de apenas 5 (cinco) dias - fl. 619, que, por equidade, deveria estender-se por mais 5 (cinco) dias - art. 7º, V, da Lei nº 4.717.

Todavia, cumprido o ato no prazo processual deferido, mediante o oferecimento do Parecer de fls. 620/626, encontra-se ultrapassada a irregularidade.

- Prescrição.

Mário Sell Duarte e Maria Salette Granzotto Duarte, Nelson Sell Duarte e Mariza Pillotto Duarte, Mário Pillotto e Silvia Sell Duarte Pilloto, argüiram, na resposta apresentada, a ocorrência de prescrição.





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

A respeito, já houve decisão proferida às fls. 421 e 422, que não foi objeto de qualquer recurso.

Com a publicação da Lei nº 7.661, de 16 de maio de 1988, foi instituído o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro (PNGC), instrumento constitutivo da Política Nacional do Meio Ambiente.

De acordo com o seu art. 3º, o PNGC deve prever o zoneamento de usos e atividades na Zona Costeira e dar prioridade à conservação e proteção, entre outros, dos seguintes bens: I - recursos naturais, renováveis e não renováveis; recifes, parcéis e bancos de algas; ilhas costeiras e oceânicas; sistemas fluviais, estuarinos e lagunares; baías e enseadas; praias, promontórios, costões e grutas marinhas; restingas e dunas; florestas litorâneas, manguezais e pradarias submersas.

Já o art. 6º da Lei nº 7.661 dispõe que o licenciamento para parcelamento e remembramento do solo, construção, instalação, funcionamento e ampliação de atividades, com alterações das características naturais da Zona Costeira, deverá observar, além do disposto nesta Lei, as demais normas específicas federais, estaduais e municipais, respeitando as diretrizes dos Planos de Gerenciamento Costeiro.

A Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispôs sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, entre outras disposições, estabeleceu como instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente, o licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras (art. 9º, IV).

Por sua vez, o Decreto nº 99.274, de 6 de junho de 1981, que regulamentou a Lei nº 6.938, esclareceu que a construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimento de atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras, bem assim os empreendimentos capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento do órgão estadual competente integrante do SISNAMA, sem prejuízo de outras licenças legalmente exigíveis.

De tudo resulta a conclusão de que o licenciamento para a edificação pretendida por J. Guesser - Construtora e Incorporadora Ltda., com o beneplácito do Prefeito José Higino Furtado e do Secretário do Departamento de Obras do Município de Itapema Edson Kratz e pelos beneficiários da construção Mário Sell Duarte e Maria Salette Granzoto Duarte, Nelson Sell Duarte e Mariza Pillotto Duarte, Mário Pillotto e Sílvia Sell Duarte, era requisito indispensável para a realização da obra.





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

Todavia, conforme expressa manifestação da Fundação Catarinense de Amparo à Tecnologia e ao Meio Ambiente - FATMA, não houve esse licenciamento.

No Parecer nº 014/88 da FATMA, lavrado pela Superintendência de Recursos Naturais em 10 de maio de 1988, há manifestação contrária à implantação do edifício na área indicada, por infração às leis do Código Florestal, da Legislação Ambiental do Estado de Santa Catarina, a Resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente e à própria Legislação Municipal (fl. 34 e 42).

Esta posição da FATMA foi ratificada em Parecer Técnico Interno, sobretudo porque (a) existe a presença de pequenos cômodos frontais que servem de proteção do mar, (b) a construção, próxima de riacho, não obedece disposição do Código de Águas e (c) trata-se de área non aedificandi (fls. 27 e 29).

Mais tarde, em 26 de outubro de 1988, a mesma Fundação Catarinense de Amparo à Tecnologia e ao Meio Ambiente opôs-se, através do Parecer nº 049/88, à implantação do edifício na área indicada (fl. 25).

Havia, portanto, formal manifestação da FATMA, ao contrário do que dizem as contestações dos réus, que dão pela sua inexistência (item 7 da resposta - fl. 198).

Nessa situação, não poderia a Prefeitura Municipal de Itapema consentir o início da obra e, posteriormente, a sua continuidade.

Entretanto, sua orientação, ou melhor, a orientação adotada pelo Prefeito José Higino Furtado e a do Secretário do Departamento de Obras da Prefeitura Municipal de Itapema, Engenheiro Civil Edson Kratz, foi no sentido diverso.

O primeiro chegou a certificar que a Municipalidade autorizou a mesma firma (J. Guesser - Construtora e Incorporadora Ltda.), a implantar as obras de infraestrutura urbana, conforme projeto aprovado pela FATMA (destaquei) e com parecer favorável do Ministério da Marinha, na área de marinha onde esta firma está construindo um prédio de alvenaria. Também esta última parte da certidão, juntada em fotocópia (fl. 32), tendo em conta as provas nos autos, não corresponde à informação prestada pelo Capitão-de-Mar-e-Guerra Luiz Sergio Cerqueira Cavalcanti, de que a Capitania dos Portos do Estado de Santa Catarina multou e autuou a Construtora J. Guesser por não haver solicitado a prévia autorização para a obra em questão, sendo-lhe concedido um prazo de trinta dias para regularizar sua situação diante da Capitania dos Portos (fl. 22).





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

Já o segundo, na condição de Secretário do Departamento de Obras da Prefeitura Municipal de Itapema, formado em Engenharia Civil e, portanto, presumidamente ciente das limitações legalmente impostas às edificações, era o Responsável Técnico do próprio empreendimento irregular (fls. 25, 30 e 149).

Um outro aspecto destacado pelos réus na contestação também deve ser apreciado: o de que a alegação de parentesco não impede que uma pessoa possa construir no município dirigido por seu cunhado e que contrate os serviços de um engenheiro capaz, de plena confiança do Prefeito Municipal, portador de todas as boas informações para desempenhar a contento, o seu contrato. Na qualidade de funcionário da Municipalidade, não existe impedimento legal no exercício de sua profissão nas horas de folga. (fl. 198).

Com efeito, o exercício de função eletiva não é fato impeditivo do direito de construir, assegurado também a quem possua, em relação ao Prefeito, relação de afinidade, como aqui ocorre, sem impugnação, em segundo grau na linha colateral (cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições, vol. V, 6ª ed., p. 181, Rio de Janeiro: Forense, 1987).

*Não havendo vedação legal para o cúmulo de atividades, também não se obriga o profissional técnico, no exercício de função pública, abster-se de sua profissão de engenheiro civil na realização de projetos privados. Todavia, na condição de Secretário do Departamento de Obras do Município de Itapema, o Engenheiro Edson Kratz não deve ignorar o Código de Ética Profissional do Engenheiro, do Arquiteto e do Engenheiro Agrônomo, aprovado pela Resolução nº 205, de 30 de setembro de 1971, do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, vinculado então ao Ministério do Trabalho e Previdência Social. Segundo o mesmo é dever do profissional de Engenharia '1. Interessar-se pelo **bem público** (destaquei) e com tal finalidade contribuir com seus conhecimentos, capacidade e experiência para melhor servir à humanidade; 6. Atuar dentro da melhor técnica e do mais elevado espírito **público** (destaquei), 7. Exercer o trabalho profissional com lealdade, dedicação e honestidade para com seus clientes e **empregadores** (destaquei) ou chefes.*

A possibilidade, todavia, quando materializa vantagem particular à conta de agressão ao patrimônio comunitário, compromete a moralidade administrativa, princípio fundamental da Administração Pública, nos termos do art. 37, caput, da Constituição Federal.

Para a apreciação da existência de lesão causada pela construção do edifício residencial na denominada localidade de Morretes, na praia de Itapema, faz-se a seguir referência, sobretudo, aos laudos periciais.





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

Em 11 de dezembro de 1996, foi determinada a produção de prova técnica (fl. 423).

A Secretaria da 3ª Vara Federal de Florianópolis, em cumprimento à decisão proferida, nomeou profissional qualificado na área de Engenharia Civil, o qual apresentou o laudo juntado às fls. 453/457.

Do trabalho realizado, considero inicialmente relevantes as respostas aos quesitos 01.01. e 01.03., segundo os quais, a área em que se pretendia edificar é área de marinha. Seu único acesso, no momento, é através da areia da praia até uma outra rua que termina na mesma praia um pouco mais adiante; a área não tem tais ligações (aos sistemas de água e esgoto público). Se os proprietários da construção quando concluída não fizerem um sistema de tratamento dos efluentes, lançando-os ao riacho, certamente irão proporcionar um incremento à sua contaminação.

Posteriormente, o perito supriu as deficiências do laudo, juntando as respostas aos quesitos oferecidos pela União (fls. 483/485). Desse conjunto, foi importante a resposta nº 1, em que afirma o expert que o imóvel objeto da presente ação enquadra-se nos domínios da União, como terreno de marinha.

Todavia, as demais questões, sobretudo as relacionadas ao meio ambiente, o engenheiro civil Léo Saraiva Caldas, de reconhecida capacidade em sua área de atuação, não me pareceu habilitado a responder.

Disso resultou a necessidade de designação de nova perícia, cuja realização foi determinada para esclarecer pontos exclusivamente relacionados à influência, inclusive potencial, da obra sobre o local aonde se pretendia realizá-la.

O ato processual renovado, que encontra seu fundamento formal no art. 437 do Código de Processo Civil, justifica-se mais ainda em ação popular, em que o interesse público difuso que é seu objeto reclama atuação jurisdicional de inquirição mais minudente.

Nesse sentido, a lição de Rodolfo Camargo Mancuso (in Ação Popular, Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1993): No processo da ação popular, (...), de um lado se lobrigam questões de ordem pública, e, de outro, o interesse que está em lide é o interesse público, dado que o autor não está ali sustentando posição jurídica própria, mas agindo como um alter ego da sociedade. Daí que a postura do juiz nessa ação resulta especial, aproximando-se do juiz de instrução, existente, v. g., no ordenamento italiano.





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

A segunda perícia, realizada pelo Biólogo Walter Martin Widmer, regularmente registrado no Conselho Regional de Biologia, revelou aspectos substanciais para a solução da demanda.

O primeiro diz respeito à existência de vegetação, suas características, e seu enquadramento legal.

*Conforme o laudo pericial, de acordo com as espécies vegetais encontradas e o tipo de solo presente (arenoso), conclui-se que a vegetação do local é classificada como restinga em fase herbácea-arbustiva. É composta, em sua maioria, por ervas pioneiras como a batateira-da-praia (*Ipomea pescaprae*), o capotiraguá (*Blutaparon portulacoides*), a acariçoba (*Hydrocotyle bonariensis*), a grama-da-praia (*Paspalum vaginatum*) e o pinheiro-da-praia (*Remirea maritima*). Encontram-se também o camará (*Lantana camara*), a aroeira vermelha (*Schinus terebentifolius*), o rabo-de-mico-da-praia (*Dalbergia ecastaphyllum*), a vassoura vermelha (*Dodonea viscosa*), o guamirim-da-praia (*Eugenia catharinae*), entre outras.*

Essa vegetação, de restinga, nos termos da Resolução nº 10, de 1º de outubro de 1993, do Conselho Nacional do Meio Ambiente, contribui para o não alagamento pelo efeito das marés, em processo dinâmico de fixação das dunas. De acordo com a resposta ao item 9, a vegetação encontrada no terreno em questão é uma vegetação que tem, entre outras funções, a de fixar as dunas frontais, ajudando a preservar a linha de costa.

As fotografias juntadas ao laudo, sobretudo as identificadas com as letras C e E (fls. 533 e 534) esclarecem visualmente o que afirma o expert.

Se o acesso ao imóvel não pode ser feito senão pela areia da praia (item 1 - fl. 530), após atravessar o rio das Oliveiras (item 2 - fl. 530) presume-se que toda essa vegetação, cedo ou tarde, seria sacrificada para o fim de permitir a entrada de veículos, o que, de fato, chegou a ocorrer (fls. 16, 56, 57, 58, 59 e 60). Na resposta ao quesito nº 1, formulado pelos beneficiários da construção, o trânsito de caminhões de material de construção em praias gera impactos ambientais como emissão de poluentes gasosos (CO e CO₂), emissão de ruído, compactação de areia, poluição visual, além da intranquilidade gerada pelos riscos de acidentes com os freqüentadores da praia. (fl. 536).

O segundo aspecto diz respeito à potencialidade do empreendimento embargado em causar poluição. O perito afirmou que o nível do lençol freático no local é alto, próximo à superfície (item 3 - fl. 539). Além disso, disse que a área não possui rede de água nem de coleta de esgotos.





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

O esgoto gerado teria que ser tratado e lançado no riacho ou infiltrado no terreno. Apesar da grande capacidade autodepuradora da água do mar em relação ao esgoto doméstico, ambas alternativas apresentam riscos de contaminação do riacho e do mar, podendo afetar a balneabilidade da praia. O tratamento desses efluentes deve ser muito bem projetado, executado, operado e fiscalizado para que esse risco seja reduzido a um nível aceitável (*item 3 - fl. 530*).

Para a Fundação de Amparo à Tecnologia e ao Meio Ambiente, entretanto, esse tratamento não teria a menor eficácia tendo em conta o projeto apresentado por J. Guesser Construtora e Incorporadora Ltda. Conforme a entidade estadual responsável, 'o lençol freático é altíssimo nessa área, daí, o dimensionamento dos filtros anaeróbicos e fossas, integrantes do sistema de tratamento proposto, não atender corretamente as prescrições da Norma Técnica NBR 7229/82. Além disso, o filtro e a fossa do Bloco B (...) localizados cerca de 4,90 (quatro metros e noventa) além do terreno - SITUANDO-SE NO TERRENO DO VIZINHO. Deverão ser relocados e ter redimensionados os tamanhos dos filtros e fossas, referentes aos Blocos A e B. Entretanto, o lançamento dos efluentes, mesmo após serem tratados em unidades bem dimensionadas - através de fossas sépticas complementares com filtros anaeróbicos, somente poderão ser lançados ou dispostos em águas superficiais, desde que não prejudicassem ou modificassem significativamente suas qualidades ou as condições adequadas à vida aquática. Entretanto, o riacho ou lagoinha marginal, por ser um criadouro de peixes e crustáceos (principalmente 'pitús') ou camarão de água doce, será seriamente afetado caso o sistema de tratamento de efluentes esteja mal dimensionado ou ocorram problemas em funcionamento, por saturação ou falta de manutenção adequada. A alternativa de lançamento de efluentes na areia da praia - ou diretamente no mar - implicará em problemas sanitários (balneabilidade) e sociais facilmente previsíveis.' (*fl. 37*).

Quanto aos danos produzidos, apurou a perícia, em resposta a quesito formulado pelo Ministério Público Federal, que houve supressão da vegetação de restinga na área em que foi iniciada a obra (item 1 - fl. 536). Esse dano, reputado como o principal, não se dimensiona com exatidão, conquanto seja consensual a noção de que a supressão de vegetação de restinga traz conseqüências prejudiciais ao meio ambiente (item 4 - fl. 536).

A Constituição Federal de 1988 previu, no art. 225, § 4º, que a Zona Costeira constitui patrimônio nacional, devendo sua utilização ser feita na forma da lei.





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

O Código Florestal em vigor na data da agressão ambiental, instituído pela Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965, considera de preservação permanente as formas de vegetação natural situadas nas restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues (art. 2º, alínea f).

Por sua vez, o Conselho Nacional do Meio Ambiente, na Resolução nº 4, de 18 de setembro de 1985, define como reserva ecológica as formas de vegetação natural situadas nas dunas como vegetação fixadora (art. 3º, IX).

À vista dessa legislação de regência, o autor promoveu acertadamente, com fundamento no art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal de 1988, ação popular com o objetivo de invalidar o ato lesivo ao meio ambiente e corrigir seus efeitos.

Não reconheço que tenha se servido dessa ação de ordem constitucional exclusivamente para resguardar interesses pessoais. Ainda que se considere que venha a beneficiar-se da decisão diretamente, tendo presente as informações nos autos que dão pela existência de imóvel de sua família na praia de Itapema, sobra-lhe a legitimidade em assegurar a defesa do interesse público manifestamente atingido pela atos impugnados. A atuação do autor, no exercício do direito de propor ação popular, constitucionalmente assegurado, não remete, no caso, à figura do improbus litigator, devendo, também nesse ponto, ser rejeitadas as alegações da parte contrária (fls. 362 e 363).

Através da produção de provas documentais e, também, a partir da apresentação do segundo laudo técnico, de inequívoca qualidade, bem como do laudo juntado aos autos pela Assistente Técnica do Ministério Público Federal (fls. 545 a 588), que igualmente desenvolveu trabalho detalhado e esclarecedor para atingir conclusões semelhantes as do perito nomeado, dá-se pela ocorrência da ilegalidade e da lesividade dos atos praticados pelos réus.

A jurisprudência apresenta caso semelhante, a seguir reproduzido:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO POPULAR. PRELIMINARES DE PRESCRIÇÃO E DE ILEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA 'AD CAUSAM' INACOLHIDAS. LOTEAMENTO E URBANIZAÇÃO DE ÁREA DE RESTINGA. ERRADICAÇÃO DE VEGETAÇÃO FIXADORAS DE DUNAS. LESÃO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. ANULAÇÃO DO ATO DE LICENCIAMENTO. PERÍCIA. RENOVAÇÃO. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. INDENIZAÇÃO. ÔNUS SUCUMBENCIAIS.

1 -





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

2 - A LEGITIMAÇÃO PASSIVA DOS BENEFICIÁRIOS DO ATO IMPUGNADO EM AÇÃO POPULAR (LEI N. 4.717/65, ART. 6.) NÃO SE ALTERA, POR HAVER CESSADO, NO CURSO DA AÇÃO, A ATIVIDADE LESIVA DELE DECORRENTE.

3 - A AÇÃO POPULAR CONSTITUCIONAL TEM POR ESCOPO A DESCONSTITUIÇÃO DE ATO LESIVO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO, ASSIM CONSIDERADOS OS BENS E DIRITOS DE VALOR ECONÔMICO, ARTÍSTICO, HISTÓRICO OU TURÍSTICO (LEI N. 4.717/65, ART. 1.,.1).

4 - INTEGRA O PATRIMÔNIO PÚBLICO VEGETAÇÃO FIXADORAS DE DUNAS, EM ÁREA DE RESTINGA, INCUMBINDO AO PODER PÚBLICO VELAR PELA SUA PRESERVAÇÃO PERMANENTE (LEI N. 4.771/65, ART. 2., LETRA 'F').

5 - PROVADO, PERICIALMENTE, QUE A ÁREA OBJETO DE LITÍGIO E DE RESTINGA, E QUE AS OBRAS DE LOTEAMENTO E URBANIZAÇÃO NELA REALIZADAS IMPLICAM A DESTRUIÇÃO DA VEGETAÇÃO FIXADORA DE DUNAS, ALI EXISTENTE, IMPÕE-SE A ANULAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO DO LICENCIAMENTO.

6 -

7 -

8 -

9 -

(AC nº 89.0210246-7-RJ, TRF 2ª R., Relª Juíza Celia Georgakopoulos, 4ª T., unân., julg. em 22.08.96; publ. em 12.02.96).”

Nesse sentido, o parecer do douto MPF, a fls. 820/7, *verbis*:

“2.1. Prejudicial.

2.1.1. Quanto à prescrição.

O mundo ocidental, como é por todos sabido, sofreu decisiva influência das idéias liberais que determinaram a Revolução Francesa, onde o objetivo principal foi limitar o poder do Estado e exaltar o homem enquanto ser individual. Isso veio a se refletir também na ordem jurídica, salvo no que respeita à jurisdição criminal, de modo que o funcionamento do Poder Judiciário ficou na dependência da vontade do titular do ‘direito individual’ invocado, enquanto a legislação material, como não poderia deixar de ser, passou a também regular exclusivamente relações jurídicas de ordem individual (relação de base). Sobre a matéria não se pode deixar de trazer à balha a lição de JOSÉ DE ALBUQUERQUE ROCHA:





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

'Conclusão: a legitimação dos entes coletivos apresenta perfil singular. Por isso, exige ruptura com os critérios classificatórios clássicos, ancorados nos dogmas do liberalismo, que vê o conflito social como choque de interesses interindividuais, visão insuficiente para explicar a atual realidade sócio-jurídica, caracterizada pelo surgimento dos conflitos coletivos e difusos.' (Teoria Geral do Processo, p. 194, São Paulo, Malheiros Editores, 1996). Sem grifos no original.

E foi inspirado no liberalismo que também se estabeleceram os princípios que regem a prescrição e a decadência, ou, melhor dizendo, resultaram de considerações que tinham em mira as relações de natureza individual, sem embargo de já se considerar determinados interesses que, por suas nuances próprias, eram julgados indisponíveis.

*O fundamento da prescrição - instituto que faz perecer a **actio** romana (ação de direito material), um dos efeitos do fato jurídico beneficiador do credor, inviabilizando a ação processual contra seu devedor - está exatamente na necessidade de criação de mecanismos de defesa das relações jurídicas **individuais**, cuja eficácia não pode durar indefinidamente, pelo menos quando se tem em vista as conseqüências de ordem econômica.*

*Ao lado dela, instituiu-se também a decadência, cuja ocorrência faz perecer o próprio 'direito subjetivo', cujo fundamento, apesar de também ter em mira a segurança das relações jurídicas, é a proteção daquelas relações jurídicas individuais cujo **interesse público** reclama um tratamento mais rígido na sua manutenção, razão pela qual instituiu-se um prazo diminuto para a ação visando sua desconstituição.*

Por fim, existem determinados direitos que, por seu interesse individual e social, não podem estar sujeitos à prescrição, como é o caso dos direitos de personalidade (vida, liberdade, etc.) e daqueles relacionados ao estado da pessoa (condição de filho, de esposo, etc.), salvo no que respeita aos efeitos econômicos dele derivados.

Como se observa, até mesmo o sistema jurídico inspirado no liberalismo reconhece a existência de direitos que não podem, por razões de interesse público, estar sujeitos à prescrição. Em outras palavras, mesmo o direito oriundo das idéias que se fizeram ecoar na Revolução Francesa reconhece a necessidade de criar mecanismos protetivos contra a extinção de determinadas relações jurídicas, a exemplo do que se vê nos casos de decadência e de imprescritibilidade, o que era e continua sendo justificado pelo interesse social.





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

Em tudo isso resta a certeza de que o instituto da prescrição, nos moldes como foi concebido, não teve qualquer objetivo de regular os denominados interesses difusos e coletivos de efeitos sociais. Daí a indagação: é possível sua aplicação para os interesses que reclamam a tutela por intermédio da ação popular ou da ação civil pública, excluídos os individuais homogêneos? A resposta é no sentido de que as razões que explicam a imprescritibilidade de determinados direitos individuais são inteiramente aplicáveis aos interesses que reclamam a tutela jurisdicional coletiva (interesses difusos e coletivos de efeitos sociais).

A propósito, imagine-se a hipótese de o poluidor sustentar a prescrição da ação que ataca sua conduta, reclamando, assim, o direito de continuar poluindo ou fazer permanecer os efeitos da poluição. Esse exemplo singelo demonstra a impossibilidade de se aceitar a prescrição de ato violador da ordem jurídica, quando ofensivo ao interesse público. Essa forma de encarar a questão encontra respaldo na doutrina de EDIS MILARÉ, a saber:

'A ação civil pública não conta com disciplina específica em matéria presencial. Tudo conduz, entretanto, à conclusão de que se inscreve ela no rol das ações imprescritíveis.

A doutrina tradicional repete unísona que só os direitos patrimoniais é que estão sujeitos à prescrição. Precisamente, os direitos patrimoniais é que são prescritíveis. Não há prescrição senão de direitos patrimoniais, afirma o grande Clóvis Beviláqua.

.....
Ora, a ação civil pública é instrumento para tutela jurisdicional de bens-interesses de natureza pública, insuscetíveis de apreciação econômica, e que têm por marca característica básica a indisponibilidade. Versa, portanto, sobre direitos não patrimoniais, direitos sem conteúdo pecuniário.

Qual, por exemplo, o valor do ar que respiro? Da praça onde se deleitam os velhos e crianças? Do manancial que abastece minha cidade?

É claro que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não é um direito patrimonial, muito embora seja passível de valoração, para efeito indenizatório.' (A Ação Civil Pública na Nova Ordem Constitucional, pp. 15/16, São Paulo, Saraiva, 1990).

No caso concreto, portanto, não é aceitável a aplicação da prescrição, posto que implicaria na continuidade de ocorrência de atos prejudiciais ao meio ambiente e na manutenção de toda degradação ambiental ocorrida ao longo do tempo.





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

2.2. No mérito.

2.2.1. Quanto à responsabilidade da Prefeitura e dos permissionários.

Sustenta a Prefeitura Municipal de Itapema, em sua petição recursal, que o atual Governo é dotado da mais alta consciência ecológica e que não caberia a responsabilização da Prefeitura por ato ímprobo do ex-Prefeito, que lavrou certidão falsa acerca da viabilidade da construção do edifício residencial.

Ora, em que pese a alegação de que a Prefeitura atualmente busca incessantemente preservar e defender o meio ambiente - saliente-se que não foi o que se verificou no andamento do processo, como adiante se demonstrará - e de que o ato atacado foi praticado unilateralmente pelo ex-Prefeito, sem o respaldo da Municipalidade, permanece para a Prefeitura os deveres elencados no § 1º do art. 225 da CF.

O Prefeito, embora seja o Chefe do Executivo Municipal, deve-se igualmente submeter-se à lei, e a Prefeitura e a Câmara de Vereadores devem zelar para que o mesmo obedeça aos limites estritos da legalidade. Ora, se o ex-Prefeito de Itapema lavrou certidão de conteúdo falso aprovando a execução da obra, tal ato deveria ter sido desconstituído ainda administrativamente, pois cabe ao Poder Público zelar pela preservação do meio ambiente, conforme explicitado no art. 225 da CF.

Ademais, o Poder Público Municipal, mesmo 'dotado da mais alta consciência ecológica' - conforme afirma em sua apelação -, descumpriu novamente o que estabelece o art. 225, § 1º, VII, ao permitir que fosse construída no terreno objeto desta lide uma residência, sem que fosse avaliado o impacto ambiental que uma moradia no local, aparentemente sem ligação à rede de tratamento de esgoto, causaria, e tudo isso após instaurado este processo, no qual foi determinada a interrupção da construção do edifício residencial exatamente face à potencialidade de dano ao meio ambiente, em especial à flora e ao lençol freático.

Por outro lado, sustentam os permissionários que o autor Luiz Antônio Palhares estaria motivado apenas por motivos pessoais, posto que a construção de um edifício residencial em terreno limítrofe ao seu certamente lhe prejudicaria a paisagem. Aduziram, ainda, que não desejaram em momento algum causar dano ao meio ambiente ou à coletividade.

No tocante aos motivos que levaram o autor popular a ajuizar a presente ação, não há qualquer evidência no sentido de que estes seriam apenas particulares, sem a menor preocupação com a defesa do meio ambiente.





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

Não obstante ser de fácil constatação o fato de que a construção de um edifício em terreno lindeiro ao seu fosse lhe trazer alguns transtornos, igualmente é de fácil constatação o fato de que a execução do projeto rejeitado pela FATMA traria graves prejuízos não só ao autor, mas também ao meio ambiente e à coletividade, em especial face à contaminação do lençol freático e da possível alteração das condições de balneabilidade da praia próximo ao prédio.

Ademais, também a União Federal viu interesse na presente lide, face à área em que o prédio seria construído ser terreno de marinha e a execução da obra se configurar em inequívoca ameaça ao meio ambiente. Assim, não deve subsistir a tese de que o feito deva ser julgado improcedente por ter sido o autor motivado por interesses meramente individuais.

*E, no que concerne à alegação de que os permissionários jamais desejaram causar dano ou ameaça ao meio ambiente, deve ser destacado que a Constituição Federal prevê a responsabilidade 'objetiva', isto é, independentemente de culpa, em casos de dano ao meio ambiente. Isso não impede, como evidente, a responsabilização solidária do Poder Público, por **faute du service**, o que acarreta apenas a exigência da ocorrência de culpa (responsabilidade subjetiva).*

No caso concreto, percebe-se que enquanto à Municipalidade compete a expedição de certidão atestando a aprovação do órgão ambiental para o início das obras, caberia aos construtores e permissionários do terreno o dever de iniciar as obras apenas após a aprovação de seu projeto pela FATMA.

Evidente que a Municipalidade, pelo fato de atuar no âmbito da autorização para construir, não se despe do seu dever de proteger o meio ambiente, direito de toda coletividade e dever imposto ao Poder Público, conforme se infere do art. 225 da Constituição Federal.

Em tal situação, no momento da autorização deveria exigir do beneficiário todas as medidas necessárias e aptas à defesa do meio ambiente, compatibilizando a atividade de construção civil com as exigências de preservação dos recursos naturais, especialmente a flora e aqueles de natureza hídrica.

Não o fazendo ou deixando de exigir a realização das medidas necessárias ao equilíbrio ambiental, deve ser responsabilizada pela omissão.

Os permissionários, do mesmo modo, enquanto titulares da concessão do terreno de marinha em que o edifício seria construído, deveriam





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

condicionar sua autorização para a construtora J. Guesser construir à elaboração de um projeto que respeitasse as normas ambientais. Deste modo, caracteriza-se a condição de infratores também aos permissionários, pois concorreram para a concretização do efeito danoso. Consulte-se:

'A obrigação de reparação do dano ecológico compete, imediatamente, ao responsável pela atividade poluidora. Pode ocorrer, porém, que haja mais de um responsável, ocorrendo solidariedade, conforme a regra do art. 1.518, parágrafo único, do CC.

.....
Rodolfo de Camargo Mancuso, finalmente, aponta o art. 225, § 3º, da CF, que impõe indistintamente a todos os infratores das normas de proteção ambiental, além das sanções penais e administrativas, a obrigação de reparar os danos.

.....
Conforme a doutrina administrativista, a falta de serviço significa ausência, o não funcionamento ou o funcionamento deficiente dos serviços públicos. Importa sempre numa omissão ou, ao menos, num déficit. Muitas vezes, significa a falta do efetivo exercício do poder de polícia. Deixando sem a devida fiscalização determinada atividade, permite-se que seja desrespeitado o regulamento pertinente, sobrevivendo o evento danoso.

Respeitáveis autores entendem que, mesmo nessas hipóteses, há responsabilidade da administração pública.

*Se a omissão administrativa é a causa única do dano, não há dúvida sobre a incidência da regra constitucional do art. 37, § 6º. Contudo, se entre a falta, v. g., da fiscalização e o dano interpõe-se o ato comissivo do causador direto do evento, parece mais razoável perquirir-se da culpa da administração, como propõe Celso Antônio Bandeira de Mello, ainda que se possa partir de uma presunção **juris tantum** de responsabilidade.' (ADALBERTO PASQUALOTTO, Responsabilidade Civil por Dano Ambiental: considerações de ordem material e processual, in Dano Ambiental, Prevenção, Reparação e Repressão, obra coordenada por ANTONIO HERMAN VASCONCELOS E BENJAMIM, pp. 451/452, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993).*

*Percebe-se, então, que no caso de **faute du service**, pelo menos em razão de culpa, está o ente estatal encarregado da fiscalização obrigado a responder solidariamente pelo dano ambiental.*

Ademais, está claro nas perícias requeridas e nos pareceres da FATMA o risco de graves danos ao meio ambiente, com perigosa poluição dos





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

recursos hídricos utilizados pela população da região, fato ameaçador para a saúde e vida de toda ela, conforme é também reconhecido.

E, no tocante à situação atual do terreno, verifica-se que a Prefeitura mais uma vez falhou no seu dever de defesa e preservação do meio ambiente ao permitir que fosse construída no local objeto da presente lide uma residência aparentemente não conectada à rede de esgoto - sabe-se que à época da realização das perícias a rede de esgoto não se estendia até o terreno em questão -, e que não teve o projeto de sua construção avaliado pelo órgão ambiental competente, a fim de se examinar se a execução do projeto desta casa colocaria em risco o meio ambiente.

De igual forma, os permissionários mais uma vez deram prova de que o discurso de que não desejaram em momento algum causar dano ao meio ambiente nada mais é do que um discurso, sem haver a menor demonstração prática de que os mesmos buscam a tutela ambiental juntamente com de seus interesses, e não apenas a destes.

Assim, tenho que deve ser interditada a residência construída no terreno em debate até que seja concluído um estudo sobre o impacto ambiental causado pela moradia que se encontra no local com a indicação de procedimentos que tornem aceitável o impacto ambiental e a recuperação do meio ambiente, se aplicável. Isso sem prejuízo da remoção dos materiais referentes à construção do edifício residencial que teve seu projeto reprovado pelo órgão ambiental e da recuperação ecológica da área.

2.2.2. Quanto à fixação de honorários em favor da União Federal.

O art. 20 do CPC, diante da consideração de algumas circunstâncias previstas no seu § 3º, estabelece que os honorários advocatícios devem ser fixados entre 10% (dez por cento) e 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação.

No caso em tela, no entanto, não houve o arbitramento da verba honorária em favor da União Federal por se entender que a sua atuação no feito fora meramente opinativa e de menor importância, comparativamente à do autor popular.

Entretanto, muito embora a participação da União Federal não tenha sido tão relevante quanto a de seu litisconsorte, tenho que ela não foi tão somente opinativa, tal como entendeu a sentença. Ao longo desses mais de treze anos do ajuizamento da ação, a União atuou zelosamente no feito, despendendo recursos consideráveis no acompanhamento da demanda.





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

Assim, vislumbro certa insuficiência na não fixação de honorários em favor do ente público, posto que este atuou zelosamente e com considerável dispêndio de tempo, face à natureza e importância da matéria. Por conseguinte, entendo que deva haver fixação da verba honorária em favor da União, na razão de 50% do quantum arbitrado em favor de Luiz Antônio Palhares.

3. Pelo exposto, opina esta Procuradoria Regional da República pelo provimento do recurso da União e pelo desprovimento dos demais recursos.”

Dessa forma, nos termos dos pronunciamentos antes transcritos, cujos fundamentos adoto, impõe-se a manutenção da r. sentença, que concluiu pela procedência da ação, acolhendo-se, porém, o apelo da União, no que concerne aos honorários advocatícios.

Por esses motivos, acolhendo o parecer do MPF, conheço da apelação da União e dou-lhe provimento, negando provimento aos demais recursos, inclusive à remessa oficial.

É o meu voto.

Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz
Relator





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2001.04.01.045587-9/SC

RELATOR : DES. FEDERAL CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ
APELANTE : MARIO SELL DUARTE e outros
ADVOGADO : Izaias Joaquim Gonzaga e outro
APELANTE : MUNICIPIO DE ITAPEMA e outros
ADVOGADO : Tarciso Mafra e outros
APELANTE : UNIAO FEDERAL
ADVOGADO : José Diogo Cyrillo da Silva
APELADO : (Os mesmos)
ADVOGADO : LUIZ ANTONIO PALHARES
ADVOGADO : Luiz Antonio Palhares

EMENTA

ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. PRESCRIÇÃO. OBRIGAÇÃO DE REPARAR O DANO ECOLÓGICO.

1. Quanto à prescrição.

O mundo ocidental, como é por todos sabido, sofreu decisiva influência das idéias liberais que determinaram a Revolução Francesa, onde o objetivo principal foi limitar o poder do Estado e exaltar o homem enquanto ser individual. Isso veio a se refletir também na ordem jurídica, salvo no que respeita à jurisdição criminal, de modo que o funcionamento do Poder Judiciário ficou na dependência da vontade do titular do 'direito individual' invocado, enquanto a legislação material, como não poderia deixar de ser, passou a também regular exclusivamente relações jurídicas de ordem individual (relação de base). Sobre a matéria não se pode deixar de trazer à balha a lição de JOSÉ DE ALBUQUERQUE ROCHA:

“Conclusão: a legitimação dos entes coletivos apresenta perfil singular. Por isso, exige ruptura com os critérios classificatórios clássicos, ancorados nos dogmas do liberalismo, que vê o conflito social como choque de interesses interindividuais, visão insuficiente para explicar a atual realidade sócio-jurídica, caracterizada pelo surgimento dos conflitos coletivos e difusos.” (Teoria Geral do Processo, p. 194, São Paulo, Malheiros Editores, 1996). Sem grifos no original.

E foi inspirado no liberalismo que também se estabeleceram os princípios que regem a prescrição e a decadência, ou, melhor dizendo, resultaram de considerações que tinham em mira as relações de natureza individual, sem embargo de já se considerar determinados interesses que, por suas nuances próprias, eram julgados indisponíveis.

O fundamento da prescrição - instituto que faz perecer a *actio* romana (ação de direito material), um dos efeitos do fato jurídico beneficiador do credor, inviabilizando a ação processual contra seu devedor - está exatamente na necessidade de criação de mecanismos de defesa das relações jurídicas individuais, cuja eficácia não pode durar indefinidamente, pelo menos quando se tem em vista as conseqüências de ordem econômica.





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

Ao lado dela, instituiu-se também a decadência, cuja ocorrência faz perecer o próprio 'direito subjetivo', cujo fundamento, apesar de também ter em mira a segurança das relações jurídicas, é a proteção daquelas relações jurídicas individuais cujo interesse público reclama um tratamento mais rígido na sua manutenção, razão pela qual instituiu-se um prazo diminuto para a ação visando sua desconstituição.

Por fim, existem determinados direitos que, por seu interesse individual e social, não podem estar sujeitos à prescrição, como é o caso dos direitos de personalidade (vida, liberdade, etc.) e daqueles relacionados ao estado da pessoa (condição de filho, de esposo, etc.), salvo no que respeita aos efeitos econômicos dele derivados.

Como se observa, até mesmo o sistema jurídico inspirado no liberalismo reconhece a existência de direitos que não podem, por razões de interesse público, estar sujeitos à prescrição. Em outras palavras, mesmo o direito oriundo das idéias que se fizeram ecoar na Revolução Francesa reconhece a necessidade de criar mecanismos protetivos contra a extinção de determinadas relações jurídicas, a exemplo do que se vê nos casos de decadência e de imprescritibilidade, o que era e continua sendo justificado pelo interesse social.

Em tudo isso resta a certeza de que o instituto da prescrição, nos moldes como foi concebido, não teve qualquer objetivo de regular os denominados interesses difusos e coletivos de efeitos sociais. Daí a indagação: é possível sua aplicação para os interesses que reclamam a tutela por intermédio da ação popular ou da ação civil pública, excluídos os individuais homogêneos? A resposta é no sentido de que as razões que explicam a imprescritibilidade de determinados direitos individuais são inteiramente aplicáveis aos interesses que reclamam a tutela jurisdicional coletiva (interesses difusos e coletivos de efeitos sociais).

A propósito, imagine-se a hipótese de o poluidor sustentar a prescrição da ação que ataca sua conduta, reclamando, assim, o direito de continuar poluindo ou fazer permanecer os efeitos da poluição. Esse exemplo singelo demonstra a impossibilidade de se aceitar a prescrição de ato violador da ordem jurídica, quando ofensivo ao interesse público. Essa forma de encarar a questão encontra respaldo na doutrina de EDIS MILARÉ, a saber:

“A ação civil pública não conta com disciplina específica em matéria presencional. Tudo conduz, entretanto, à conclusão de que se inscreve ela no rol das ações imprescritíveis.

A doutrina tradicional repete unísona que só os direitos patrimoniais é que estão sujeitos à prescrição. Precisamente, os direitos patrimoniais é que são prescritíveis. Não há prescrição senão de direitos patrimoniais, afirma o grande Clóvis Beviláqua.

.....
Ora, a ação civil pública é instrumento para tutela jurisdicional de bens-interesses de natureza pública, insuscetíveis de apreciação econômica, e que têm por marca característica básica a indisponibilidade. Versa, portanto, sobre direitos não patrimoniais, direitos sem conteúdo pecuniário.

Qual, por exemplo, o valor do ar que respiro? Da praça onde se deleitam os velhos e crianças? Do manancial que abastece minha cidade?





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

É claro que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não é um direito patrimonial, muito embora seja passível de valoração, para efeito indenizatório.” (A Ação Civil Pública na Nova Ordem Constitucional, pp. 15/16, São Paulo, Saraiva, 1990).

No caso concreto, portanto, não é aceitável a aplicação da prescrição, posto que implicaria na continuidade de ocorrência de atos prejudiciais ao meio ambiente e na manutenção de toda degradação ambiental ocorrida ao longo do tempo.

No mérito.

Quanto à responsabilidade da Prefeitura e dos permissionários.

Sustenta a Prefeitura Municipal de Itapema, em sua petição recursal, que o atual Governo é dotado da mais alta consciência ecológica e que não caberia a responsabilização da Prefeitura por ato ímprobo do ex-Prefeito, que lavrou certidão falsa acerca da viabilidade da construção do edifício residencial.

Ora, em que pese a alegação de que a Prefeitura atualmente busca incessantemente preservar e defender o meio ambiente - saliente-se que não foi o que se verificou no andamento do processo, como adiante se demonstrará - e de que o ato atacado foi praticado unilateralmente pelo ex-Prefeito, sem o respaldo da Municipalidade, permanece para a Prefeitura os deveres elencados no § 1º do art. 225 da CF.

O Prefeito, embora seja o Chefe do Executivo Municipal, deve-se igualmente submeter-se à lei, e a Prefeitura e a Câmara de Vereadores devem zelar para que o mesmo obedeça aos limites estritos da legalidade. Ora, se o ex-Prefeito de Itapema lavrou certidão de conteúdo falso aprovando a execução da obra, tal ato deveria ter sido desconstituído ainda administrativamente, pois cabe ao Poder Público zelar pela preservação do meio ambiente, conforme explicitado no art. 225 da CF.

Ademais, o Poder Público Municipal, mesmo ‘dotado da mais alta consciência ecológica’ - conforme afirma em sua apelação -, descumpriu novamente o que estabelece o art. 225, § 1º, VII, ao permitir que fosse construída no terreno objeto desta lide uma residência, sem que fosse avaliado o impacto ambiental que uma moradia no local, aparentemente sem ligação à rede de tratamento de esgoto, causaria, e tudo isso após instaurado este processo, no qual foi determinada a interrupção da construção do edifício residencial exatamente face à potencialidade de dano ao meio ambiente, em especial à flora e ao lençol freático.

Por outro lado, sustentam os permissionários que o autor Luiz Antônio Palhares estaria motivado apenas por motivos pessoais, posto que a construção de um edifício residencial em terreno limítrofe ao seu certamente lhe prejudicaria a paisagem. Aduziram, ainda, que não desejaram em momento algum causar dano ao meio ambiente ou à coletividade.

No tocante aos motivos que levaram o autor popular a ajuizar a presente ação, não há qualquer evidência no sentido de que estes seriam apenas particulares, sem a menor preocupação com a defesa do meio ambiente. Não obstante ser de fácil constatação o fato de que a construção de um edifício em terreno limítrofe ao seu fosse lhe trazer alguns transtornos, igualmente é de fácil constatação o fato de que a execução do projeto rejeitado pela FATMA traria graves prejuízos não só ao autor, mas também ao meio ambiente e à coletividade, em especial face à contaminação do lençol freático e da possível alteração das condições de balneabilidade da praia próximo ao prédio.





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

Ademais, também a União Federal viu interesse na presente lide, face à área em que o prédio seria construído ser terreno de marinha e a execução da obra se configurar em inequívoca ameaça ao meio ambiente. Assim, não deve subsistir a tese de que o feito deva ser julgado improcedente por ter sido o autor motivado por interesses meramente individuais.

E, no que concerne à alegação de que os permissionários jamais desejaram causar dano ou ameaça ao meio ambiente, deve ser destacado que a Constituição Federal prevê a responsabilidade 'objetiva', isto é, independentemente de culpa, em casos de dano ao meio ambiente. Isso não impede, como evidente, a responsabilização solidária do Poder Público, por *faute du service*, o que acarreta apenas a exigência da ocorrência de culpa (responsabilidade subjetiva).

No caso concreto, percebe-se que enquanto à Municipalidade compete a expedição de certidão atestando a aprovação do órgão ambiental para o início das obras, caberia aos construtores e permissionários do terreno o dever de iniciar as obras apenas após a aprovação de seu projeto pela FATMA.

Evidente que a Municipalidade, pelo fato de atuar no âmbito da autorização para construir, não se despe do seu dever de proteger o meio ambiente, direito de toda coletividade e dever imposto ao Poder Público, conforme se infere do art. 225 da Constituição Federal.

Em tal situação, no momento da autorização deveria exigir do beneficiário todas as medidas necessárias e aptas à defesa do meio ambiente, compatibilizando a atividade de construção civil com as exigências de preservação dos recursos naturais, especialmente a flora e aqueles de natureza hídrica.

Não o fazendo ou deixando de exigir a realização das medidas necessárias ao equilíbrio ambiental, deve ser responsabilizada pela omissão.

Os permissionários, do mesmo modo, enquanto titulares da concessão do terreno de marinha em que o edifício seria construído, deveriam condicionar sua autorização para a construtora J. Guesser construir à elaboração de um projeto que respeitasse as normas ambientais. Deste modo, caracteriza-se a condição de infratores também aos permissionários, pois concorreram para a concretização do efeito danoso. Consulte-se:

“A obrigação de reparação do dano ecológico compete, imediatamente, ao responsável pela atividade poluidora. Pode ocorrer, porém, que haja mais de um responsável, ocorrendo solidariedade, conforme a regra do art. 1.518, parágrafo único, do CC.

.....
Rodolfo de Camargo Mancuso, finalmente, aponta o art. 225, § 3º, da CF, que impõe indistintamente a todos os infratores das normas de proteção ambiental, além das sanções penais e administrativas, a obrigação de reparar os danos.

.....
Conforme a doutrina administrativista, a falta de serviço significa ausência, o não funcionamento ou o funcionamento deficiente dos serviços públicos. Importa sempre numa omissão ou, ao menos, num déficit. Muitas vezes, significa a falta do efetivo exercício do poder de polícia. Deixando sem a devida fiscalização determinada atividade, permite-se que seja desrespeitado o regulamento pertinente, sobrevindo o evento danoso.





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

Respeitáveis autores entendem que, mesmo nessas hipóteses, há responsabilidade da administração pública.

Se a omissão administrativa é a causa única do dano, não há dúvida sobre a incidência da regra constitucional do art. 37, § 6º. Contudo, se entre a falta, v. g., da fiscalização e o dano interpõe-se o ato comissivo do causador direto do evento, parece mais razoável perquirir-se da culpa da administração, como propõe Celso Antônio Bandeira de Mello, ainda que se possa partir de uma presunção *juris tantum* de responsabilidade.” (ADALBERTO PASQUALOTTO, Responsabilidade Civil por Dano Ambiental: considerações de ordem material e processual, *in* Dano Ambiental, Prevenção, Reparação e Repressão, obra coordenada por ANTONIO HERMAN VASCONCELOS E BENJAMIM, pp. 451/452, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993).

Percebe-se, então, que no caso de *faute du service*, pelo menos em razão de culpa, está o ente estatal encarregado da fiscalização obrigado a responder solidariamente pelo dano ambiental.

Ademais, está claro nas perícias requeridas e nos pareceres da FATMA o risco de graves danos ao meio ambiente, com perigosa poluição dos recursos hídricos utilizados pela população da região, fato ameaçador para a saúde e vida de toda ela, conforme é também reconhecido.

E, no tocante à situação atual do terreno, verifica-se que a Prefeitura mais uma vez falhou no seu dever de defesa e preservação do meio ambiente ao permitir que fosse construída no local objeto da presente lide uma residência aparentemente não conectada à rede de esgoto - sabe-se que à época da realização das perícias a rede de esgoto não se estendia até o terreno em questão -, e que não teve o projeto de sua construção avaliado pelo órgão ambiental competente, a fim de se examinar se a execução do projeto desta casa colocaria em risco o meio ambiente.

De igual forma, os permissionários mais uma vez deram prova de que o discurso de que não desejaram em momento algum causar dano ao meio ambiente nada mais é do que um discurso, sem haver a menor demonstração prática de que os mesmos buscam a tutela ambiental juntamente com de seus interesses, e não apenas a destes.

Assim, tenho que deve ser interditada a residência construída no terreno em debate até que seja concluído um estudo sobre o impacto ambiental causado pela moradia que se encontra no local com a indicação de procedimentos que tornem aceitável o impacto ambiental e a recuperação do meio ambiente, se aplicável. Isso sem prejuízo da remoção dos materiais referentes à construção do edifício residencial que teve seu projeto reprovado pelo órgão ambiental e da recuperação ecológica da área.

Quanto à fixação de honorários em favor da União Federal.

O art. 20 do CPC, diante da consideração de algumas circunstâncias previstas no seu § 3º, estabelece que os honorários advocatícios devem ser fixados entre 10% (dez por cento) e 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação.

No caso em tela, no entanto, não houve o arbitramento da verba honorária em favor da União Federal por se entender que a sua atuação no feito fora meramente opinativa e de menor importância, comparativamente à do autor popular.

Entretanto, muito embora a participação da União Federal não tenha sido tão relevante quanto a de seu litisconsorte, tenho que ela não foi tão somente opinativa, tal como entendeu a sentença. Ao longo desses mais de treze anos do ajuizamento da





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

ação, a União atuou zelosamente no feito, despendendo recursos consideráveis no acompanhamento da demanda.

Assim, vislumbro certa insuficiência na não fixação de honorários em favor do ente público, posto que este atuou zelosamente e com considerável dispêndio de tempo, face à natureza e importância da matéria. Por conseguinte, entendo que deva haver fixação da verba honorária em favor da União, na razão de 50% do *quantum* arbitrado em favor de Luiz Antônio Palhares.

2. Provimento da apelação da União e improvimento dos demais recursos, inclusive a remessa oficial.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos entre as partes acima indicadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação da União Federal e negar provimento às demais apelações e à remessa oficial, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 06 de agosto de 2002.

Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz
Relator

