

# ACÇÃO POPULAR: CONFLITOS ENTRE IDEAL DE PARTICIPAÇÃO CIDADÃ E INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL TRADICIONAL\*

Delton R. S. Meirelles\*

Baltazar José Vasconcelos Rodrigues\*\*

Silvia Primila Garcia Raskovisch\*\*\*

## RESUMO

É corrente a afirmação de que o direito processual vem sofrendo mudanças desde o século XIX. O surgimento de novas demandas, muitas delas não perfeitamente adaptáveis aos conceitos clássicos dessa disciplina, é apontado como a grande causa para uma reformulação de diversos institutos. A preocupação com a democratização do processo é, também, outro importante vetor destas mudanças. O presente trabalho tem como escopo analisar estas idéias, enfocando a ação popular, importante remédio constitucional brasileiro. O presente artigo busca demonstrar o descompasso entre as expectativas criadas em torno da ação popular, tida como instrumento de participação democrática, e a interpretação jurisprudencial ainda presa ao direito processual tradicional.

## PALAVRAS CHAVES

HERMENÊUTICA; PROCESSO; ACÇÃO POPULAR

## ABSTRACT

It is very common the idea about the changes Procedural Law has been meeting since the nineteenth century. The new demands, many of them non-suitable to the classic concepts of this subject, are meant to be the main cause to the reformulation of many institutes. The concern with process democratization is also other essential vector for these changes. This paper's objective is to analyse this ideas, having as focus the brazilian constitutional institute of citizen action. This paper tries to demonstrate the

\* Trabalho apresentado no XVI Encontro Nacional do CONPEDI (GT Hermenêutica e Processo).

\* Professor assistente do departamento de processualística da Universidade Federal Fluminense (SPP/UFF). Pesquisador associado ao grupo de pesquisa CNPq "Sociedade, Direito e Justiça", vinculado ao programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito (PPGSD/UFF) Doutorando em Direito (UERJ).

\*\* Monitor da disciplina Teoria Geral do Processo na Universidade Federal Fluminense

\*\*\* Monitora da disciplina Teoria Geral do Processo na Universidade Federal Fluminense

incompatibility between the expectations created around the public interest action, known as an instrument of democratic participation, and the jurisprudential interpretation which is still chained to the traditional Procedural Law

## **KEYWORDS**

HERMENEUTIC; PROCEDURE; PUBLIC INTEREST ACTION

## **INTRODUÇÃO**

Não é inédita a afirmação que o direito processual sofreu profundas transformações, desde sua reformulação no século XIX até o quadro atual, mesmo porque o próprio direito vem sofrendo modificações notáveis nestes dois séculos. Se, naquela época, o chamado “processo científico” se preocupava em positivar institutos autônomos em relação ao direito material (numa perspectiva auto-referencial de construção de identidade própria), atualmente suas baterias se voltam em direção a ações mais reconhecíveis social e politicamente (como se percebe especialmente nas políticas públicas de acesso à justiça e efetividade da tutela jurisdicional). Costuma-se estabelecer como marco divisório a derrota dos regimes totalitários na Segunda Guerra Mundial, fato histórico que gera uma onda democratizante<sup>1</sup> e que demanda um novo paradigma para o direito, o qual passa a ser visto como uma rede baseada em processos comunicacionais (FRANÇOIS OST), integrada por uma racionalidade sistêmica (GUNTHER TEUBNER) ou construído a partir de um agir comunicativo (JÜRGEN HABERMAS)<sup>2</sup>.

Esta busca da legitimidade estatal pela participação cidadã ganha fôlego na segunda metade do século XX, primeiro nos países centrais e, posteriormente, espalhando-se pelos sistemas jurídicos periféricos, nos quais ainda se vive um processo de ajuste das instituições a este novo paradigma. No caso brasileiro, por exemplo, há experiências pontuais de democracia participativa em decisões administrativas (orçamento participativo e audiências públicas) e no processo legislativo (plebiscito de 1993 e referendo de 2006). Lamentavelmente, há um descompasso entre as previsões normativas e a realidade

---

<sup>1</sup> Certamente que esta mudança não foi linear nem instantânea. Além da dificuldade em se conceituar homogeneamente o termo “democracia”, mesmo no hemisfério ocidental não poderíamos colocar no mesmo patamar o fenômeno democrático na reconstrução alemã de 1946, o movimento pelos direitos civis das minorias norte-americanas nos anos 1960 e a redemocratização latino-americana nos anos 1980.

<sup>2</sup> ALVIM, Joaquim Leonel de Resende. *O paradigma procedural do direito: traduções da teoria para o direito do trabalho e jurisprudência trabalhista*.

de cotidiana, em que não há adequação entre o ideal formal de participação cidadã e a cidadania tupiniquim. Neste sentido, há a crítica de OLIVEIRA VIANNA, para quem é necessário o estudo do chamado *direito público costumeiro*, o qual tem por objeto o estudo específico das práticas sociais cotidianas<sup>3</sup>. Assim, não seria possível o sucesso de um sistema criado tendo por base uma sociedade alienígena de práticas distintas de nossa realidade, sem que haja uma maior reflexão metodológica e empírica<sup>4</sup>.

A democratização das funções estatais teve que passar pelo campo jurisdicional, exigindo-se uma reconfiguração metodológica da hermenêutica processual, tendo em vista que o direito processual deve migrar da perspectiva judiciária formal para a satisfação dos consumidores de Justiça, conforme a proposta cappellettiana. A situação se torna delicada diante das intervenções jurisdicionais na tutela de interesses difusos e no controle dos atos da Administração pública, conforme se observará neste trabalho.

A questão central deste estudo será o descompasso, ainda presente em nossos tribunais, entre as expectativas criadas em torno da participação cidadã na ação popular e a jurisprudência presa a uma hermenêutica processual individualista e formalista. Para tanto, foram investigados acórdãos que enfrentaram o problema da legitimidade ativa para a propositura da ação popular, verificando-se em que medida o Judiciário brasileiro ainda tem dificuldades na construção de uma hermenêutica permeável às mudanças estruturais do Estado democrático pós-moderno.

## 1. CRISE DA HERMENÊUTICA TRADICIONAL COM A JUDICIALIZAÇÃO DE CONFLITOS PÓS-MODERNOS

Sob uma perspectiva weberiana, os Estados modernos somente puderam construir sua dominação política a partir da apropriação do poder decisório, constituindo o monopólio jurisdicional. Entretanto, a primeira metade do século XX, como bem

---

<sup>3</sup> Em sentido semelhante, CAPPELLETTI & GARTH dizem que “*as relações com a vizinhança, com o sistema judiciário formal e com instituições tais como a polícia, precisam ser cuidadosamente elaboradas, ou a reforma corre o risco de não agradar a ninguém*” (*Acesso à Justiça*, p. 119). Por outro lado, é conhecida a discussão entre teoria e a prática do processo, que influenciam o ideal de legitimidade judicial, como observa CALAMANDREI: “*in reità ciò che plasma il processo, ciò che gli dà la sua fisionomia típica non è la legge processuale, ma è il costume di chi la mette in pratica*” (*Opere giuridiche*, p. 634).

<sup>4</sup> “Um aspecto igualmente óbvio — bem conhecido dos estudiosos de Direito Comparado — é o de que as reformas não podem (e não devem) ser transplantadas simploriamente de seus sistemas jurídicos e políticos. Mesmo se transplantada “com sucesso”, uma instituição pode, de fato, operar de forma inteiramente diversa num ambiente diverso. Nossa tarefa deve consistir, com o auxílio de pesquisa empírica e interdisciplinar, não apenas em diagnosticar a necessidade de reformas, mas também cuidadosamente monitorar sua implementação”. (CAPPELLETTI & GARTH, *Acesso à Justiça*, p. 162).

assinalado por CAPPELLETTI<sup>5</sup>, marca a institucionalização de novas gerações de direitos<sup>6</sup> (inicialmente os chamados *direitos sociais*, seguidos pelos *direitos coletivos*), com a conversão do “Estado legislativo” liberal em *Welfare State*. As constituições do século passado não se limitavam a dizer estatisticamente o que é o direito, e sim estabelecem e impõem, sobretudo, diretrizes e programas dinâmicos de ação futura<sup>7</sup>. Esta transição provocou a expansão do Estado em todos os seus ramos, com uma certa primazia do poder Executivo, o qual passa a manter um aparelho administrativo mais complexo, a fim de integrar e dar atuação prática aos direitos reconhecidos pelo Parlamento<sup>8</sup>.

O papel do governo neste novo Estado (*Welfare State*, “Estado administrativo”, “Estado de polícia” etc.) não pôde mais se limitar a ser um “gendarme” ou “night watchman”, e sim um governo promocional, garantidor dos direitos sociais previstos em suas constituições<sup>9</sup>, surgindo como “*uma alternativa para a resolução de conflitos coletivos, para a agregação do tecido social e mesmo para a adjudicação de cidadania*”<sup>10</sup>. Conseqüentemente, este “*Estado é mais complexo do que outrora e que as relações jurídicas se multiplicaram*”<sup>11</sup> e, conforme adverte CAPPELLETTI, há “*perigo de abusos por parte da burocracia, a ameaça da situação de ‘tutela’ paternalística, quando não de opressão autoritária, sobre os cidadãos por parte do onipresente aparelho administrativo*”<sup>12</sup>.

A partir de então, poder-se-ia verificar a formação do conflito entre maximização dos poderes estatais e autonomia privada. Assim, pode-se adotar uma dicotomia entre Estados reativos e ativos, conforme o grau de intervenção nos conflitos sociais<sup>13</sup>.

Paralelamente ao crescimento da atividade estatal, o século XX também testemunha a crescente judicialização de questões sociais e políticas<sup>14</sup>, a qual demanda um

<sup>5</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*, pp. 31/61.

<sup>6</sup> BOBBIO, Norberto. *Era dos direitos*

<sup>7</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Controle judicial das leis no Direito Comparado*. Destarte, os juízes assumem um papel mais criativo e menos legalista, como observa Trocker: “(...) *si viene a riconoscere ai giudici un potere di integrazione creatrice che si esplica secundum constitutionem e si dirige contra legem: vale a dire, i giudici sono chiamati a sostituire all’inerzia degli organi legislativi per adeguare la legislazione vigente in una determinata matèria al preceito costituzionale rimasto inesequito, o addirittura per creare ex novo una determinata disciplina ‘normativa’*” (*Processo civile e costituzione*, p. 142).

<sup>8</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*

<sup>9</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*, p. 41.

<sup>10</sup> VIANNA, Luiz Werneck *et alii*. *A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, p. 22.

<sup>11</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*, p. 23.

<sup>12</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*, p. 45.

<sup>13</sup> DAMASKA, Mirjan. “I due tipi di Stato e gli scopi del processo”.

<sup>14</sup> CHASE aponta uma “crítica hiperléxica”, no sentido que “*the nation [has suffered] an overreliance on law to solve the many problems of society*”, constituindo “*the cause of a mushrooming caseload and concomitant delay*” (“The Rise of ADR in Cultural Context”, in *Law, Culture and Ritual*, p. 107).

poder Judiciário com um formato institucional compatível com as exigências contemporâneas<sup>15</sup>, sujeito a críticas quanto à sua legitimidade<sup>16</sup>, especialmente para a hermenêutica dos valores constitucionais e a declaração dos direitos fundamentais<sup>17</sup>. Diante disto, ganha força a idéia de se romper o modelo procedimental usual, criando-se ou se aperfeiçoando instrumentos técnicos que assegurem efetivamente decisões judiciais mais legítimas. Se no passado, o direito processual influenciado pelo positivismo se legitimava pela rigidez formal, por meio da conceituação de seus institutos fundamentais, atualmente sua atuação deve se voltar para seus consumidores<sup>18</sup>. Ou, em outros termos, gira-se a perspectiva da atividade técnica do juiz para a tutela jurisdicional efetiva, conforme observa LEONARDO GRECO: “*O Estado de Direito que se reconstruiu após os nefastos regimes autoritários, redefiniu as suas relações com os cidadãos, firmando o primado da dignidade humana e a eficácia concreta dos direitos fundamentais, assegurada pelo amplo acesso à sua tutela através da Justiça*”<sup>19</sup>.

Desta maneira, a pós-modernidade, com suas diferentes concepções, também influencia o papel dos juízes no contexto social. O Judiciário, assim, representa o necessário contrapeso à paralela expansão dos “ramos políticos” do Estado moderno. No entanto, a partir do momento em que o Judiciário passa a apreciar os novos direitos (sociais ou coletivos, que envolvem problemas complexos e dados sociais, econômicos e políticos), deixa de lado seu papel burocrático (no sentido de estabelecer o certo e o errado com base na lei), para assumir uma interpretação mais condizente com esta nova realidade jurídica, pois não pode se limitar às leis e aos precedentes. Esta discricionariedade judicial (qualificada como “criatividade” por CAPPELLETTI) surge “*pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais*

---

<sup>15</sup> “*O Judiciário, antes um poder periférico, encapsulado em uma lógica com pretensões autopiéticas inacessíveis aos leigos, distantes das preocupações da agenda pública e dos atores sociais, se mostra uma instituição central à democracia brasileira, quer no que se refere à sua expressão propriamente política, quer no que diz respeito à sua intervenção no âmbito social*” (VIANNA, Luiz Werneck et alii. *A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil*).

<sup>16</sup> “*Quando o poder judiciário assume um papel politicamente mais ativo e particularmente quando faz valer seu poder de controle constitucional, isto é, quando se produz o que se costuma chamar de ‘ativismo judiciário’, é ele questionado e o argumento usualmente esgrimido é sua origem ‘não democrática’*”. (ZAFFARONI, Eugenio Raul, *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*, p. 33).

<sup>17</sup> Como doutrinas que defendem maior papel político do Judiciário, há a *sociological jurisprudence* e o *legal realism* nos EUA e a *libre recherche scientifique* francesa (CAPPELLETTI. *Juízes legisladores?*, p. 32).

<sup>18</sup> CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*

<sup>19</sup> GRECO, Leonardo. “O princípio do contraditório”, in *Estudos de direito processual*, p. 543.

*amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais*”<sup>20</sup>.

Esta judicialização de novas questões sociais demanda um Judiciário com um formato institucional compatível com as exigências contemporâneas. Com isso, o juiz não pode mais se ocultar detrás da frágil defesa da concepção do direito como norma preestabelecida, clara e objetiva, na qual pode basear sua decisão de forma “neutra”. No entanto, questiona-se a sua legitimidade para interpretar conceitos políticos, típicos dos novos direitos do séc. XX, especialmente para a hermenêutica dos valores constitucionais e os direitos fundamentais.

Neste sentido, os cientistas políticos e os juristas divergem-se quanto a este processo de judicialização da política. Alguns entendem que a invasão da política pelo direito, levaria à perda da liberdade, constituindo um “*paternalismo estatal*” (HABERMAS) ou levando “*à clericalização da burocracia*” (GARAPON). Para MAURO CAPPELLETTI e RONALD DWORKIN, no entanto, as novas relações entre direito e política seriam favoráveis ao enriquecimento das realizações da agenda igualitária, sem prejuízo da liberdade (como nas políticas de Acesso à Justiça), além de representar a efetivação dos direitos fundamentais na Constituição<sup>21</sup>. Conseqüência deste processo, conforme ZAFFARONI, é que “*as estruturas judiciais ampliaram-se, mas não foram realizadas transformações qualitativas necessárias para adaptá-las às novas formas de conflito que devem enfrentar*”<sup>22</sup>.

## **2. O ACESSO À JUSTIÇA COMO POLÍTICA PÚBLICA LEGITIMANTE**

Além da problemática da legitimidade judicial para esse novo papel do Direito, várias são as barreiras à tutela jurisdicional plena, o que levou os Estados a pensarem em políticas públicas inclusivas, conhecidas como movimentos de Acesso à Justiça, analisadas por MAURO CAPPELLETTI e BRYANT GARTH, no revolucionário projeto de Florença.

A busca pela reinterpretação do acesso ao Judiciário e pelo aprimoramento da prestação da tutela jurisdicional têm tido destaque em todo o planeta Terra. O tema tem sido analisado principalmente por meio das chamadas “ondas renovatórias”. Cada

<sup>20</sup> CAPPELLETTI, M. Juízes legisladores?, p. 42.

<sup>21</sup> VIANNA, Luiz Werneck *et alii*. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. RJ: Revan, 1999.

<sup>22</sup> ZAFFARONI, E. R. *Poder Judiciário : crise, acertos e desacertos*, p. 25.

uma dessas “ondas”, na verdade, refere-se a um diferente enfoque dado ao problema, a um ponto a ser abordado para que o sistema cada vez mais se torne efetivo e ajustável às crescentes necessidades da humanidade<sup>23</sup>. Certamente que estas ondas não esgotam as barreiras para o acesso pleno à Justiça, as quais incluem outras questões sociais<sup>24</sup> e culturais<sup>25</sup>, mas se convencionou adotar tal tipologia para compreender estas políticas públicas processuais.

A primeira onda tem por base a discussão da ampla admissão ao processo, com ênfase na eliminação das diferenças econômicas entre os jurisdicionados<sup>26</sup>. Noutras palavras: como diminuir a dificuldade que os hipossuficientes encontram em litigar, considerando os altos custos processuais<sup>27</sup>? Em nosso país, vemos esta preocupação com o implemento da Defensoria Pública (art. 134, CRFB) e com a isenção legal de custas para os reconhecidamente pobres (Lei 1.060/50).

A segunda onda cuida da tutela dos interesses difusos e coletivos, também chamados de transindividuais ou metaindividuais. Com efeito, esses interesses são mais complexos de serem defendidos, tendo em vista que não se apresentam adequadamente adaptados à dinâmica clássica do processo, como se verá à frente. Aqui, para sanar estes

---

<sup>23</sup> Conforme se demonstrará ao longo de nosso trabalho, a revisitação de conceitos e institutos processuais faz-se necessária perante as mudanças do mundo contemporâneo, bem diferente daquele em que viviam os processualistas do século XIX, quando foram criadas as noções clássicas do processo. Exemplo deste tipo pensamento é a oportuna observação de Luís Roberto Barroso: “*por refugirem ao modelo clássico, torna-se indispensável a adaptação das medidas processuais que se cristalizaram no evoluir de realidade diversa, bem como o aporte da contribuição criativa dos novos tempos, para a elaboração de técnicas e institutos aptos a apreenderem as relações supra-individuais*”, in: *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, p. 136. Ademais, a necessidade de revisão das noções clássicas vem sendo exaustivamente defendida por José Carlos Barbosa Moreira em várias de suas obras.

<sup>24</sup> Para T. H. MARSHALL, “*a distância dos tribunais era devida aos tecnicismos do direito e de seu processo que fez com que o cidadão ordinário tivesse de lançar mão de especialistas para orientá-lo quanto à natureza de seus direitos e para auxiliá-lo a obtê-los*” (*Cidadania e classe social*, p. 65.)

<sup>25</sup> Os fatores culturais e sociais são o desconhecimento dos direitos pelos cidadãos mais pobres, a hesitação em propor ações por medo de represálias (como no direito do trabalho) e a falta de acesso a advogados. (SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice*, p. 170). No mesmo sentido, o relatório feito por EARL JOHNSON Jr. (Projeto Florença), para quem “*economic cost is not the only source of inaccessibility for many litigants. For many, the format courts may seem inaccessible in psychological terms. This, of course, is a more subtle phenomenon. It seems compounded of several factors: the anxiety-provoking formality of the typical courtroom setting, the language barrier for some litigants, the mysterious legal machinations for nearly all, and similar considerations*”(Promising institutions: a synthesis essay, p. 878). Também CAPPELLETTI & GARTH dizem que “*o desafio é criar foros que sejam atraentes para os indivíduos, não apenas do ponto de vista econômico, mas também físico e psicológico, de modo que eles se sintam à vontade e confiantes para utilizá-los, apesar dos recursos de que disponham aqueles a quem eles se opõem*” (*Acesso à Justiça*, p. 97.)

<sup>26</sup> O que afeta triplamente as classes mais baixas, em razão das altas custas, a desproporcionalidade entre tais custas e o valor das causas e a lentidão dos processos (SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice*, pp. 168/169)

<sup>27</sup> E a conseqüente superação da máxima *curia pauperibus clausa est*, proferida por Ovídio (*apud* José Afonso da SILVA. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 588).

problemas, foram previstos os institutos da ação civil pública (Lei 7.347/85) e da ação popular (Lei 4.717/65), sem falar no novíssimo Código de Processo Coletivo<sup>28</sup>, já entregue pelo IBDP ao Governo Federal.

Finalmente, a terceira onda é espécie de síntese das anteriores, com o tempero de alguns elementos novos. Segundo Mauro CAPPELLETI e Bryan GARTH<sup>29</sup>, essa onda renovatória é bem heterogênea, composta por tentativas de, por exemplo, implementar novos procedimentos, adequados a algumas causas de grande relevância social<sup>30</sup>, como também a utilização de meio alternativos de solução de conflitos. Mais uma vez nosso país dá apoio a tais idéias, através da criação dos Juizados Especiais (art. 98, I, CRFB, Lei 9.099/95 e Lei 10.259/2001) e do amplo desenvolvimento da arbitragem (Lei 9.307/96)<sup>31</sup>.

Tendo em vista o objeto de nosso estudo, convém falar mais especificamente da segunda onda. Como foi dito, ela se propõe a tratar dos direitos transindividuais. Com efeito, esses direitos compõem o que se convencionou chamar de fenômenos de massa<sup>32</sup>. Vale dizer, há uma grande repetição de causas ligadas a estes direitos no Judiciário, na ampla maioria das vezes tratando exatamente do mesmo objeto, e até com decisões conflitantes entre si.

Por outro lado, conforme pode ser notado ao longo da breve explicação feita acima, o Brasil detém uma vasta gama de instrumentos que efetivam as diversas ondas renovatórias. E não é diferente no tocante à segunda onda<sup>33</sup>. Um de seus mais importan-

---

<sup>28</sup> Cujá autoria é atribuída a vários estudiosos, mas com especial relevo para a Profa. Ada Pellegrini GRINOVER e para o Prof. Kazuo WATANABE. Pode ser facilmente encontrado no sítio do Instituto Brasileiro de Direito Processual: [www.direitoprocessual.org.br](http://www.direitoprocessual.org.br).

<sup>29</sup> *Acesso à justiça*, pp 122-123.

<sup>30</sup> CAPPELLETTI enuncia a idéia do Tribunal de Vizinhança, que seria uma espécie de Tribunal circunscrito à determinada região, onde o procedimento relativo a causas entre vizinho seria extremamente célere e decidido em conjunto por alguns membros da comunidade escolhidos exatamente para tal fim, dentre aqueles de maior atuação na vida social daquela região.

<sup>31</sup> Além disto, há projetos de lei tramitando no Congresso Nacional visando incentivar outros métodos alternativos de conflitos, como a PLC 94/2002, que tem por objeto a mediação.

<sup>32</sup> CAPPELLETTI e GARTH, *ob. cit.*

<sup>33</sup> Segundo leciona Ada Pellegrini GRINOVER: “Nos sistemas do Civil Law, coube ao Brasil a primazia de introduzir no ordenamento a tutela dos interesses difusos e coletivos, de natureza indivisível, antes de tudo pela reforma de 1977 da lei de ação popular. (...) Em relação ao Código-Modelo de Processo Civil para a Ibero-América recepcionou a idéia brasileira da tutela jurisdicional dos interesses difusos, com algumas modificações em relação à legitimação (que inclui qualquer interessado) e ao controle sobre a representatividade adequada (que no Brasil não é expresso). Com relação à coisa julgada, o regime brasileiro do julgado erga omnes, salvo insuficiência de provas, foi igualmente adequado. Neste sentido, o capítulo I do referido Código destina-se a conceituar os interesses ou direitos transindividuais, segundo as categorias de difusos (aos quais foram subsumidos os coletivos, pela terminologia brasileira) e individuais homogêneos, já conhecidas de diversos países ibero-americanos”. Para os interesses individuais homogêneos, buscaram-se no sistema norte-americano os requisitos da predominância das questões comuns sobre as individuais e da utilidade da tutela coletiva no caso concreto, que a experiência brasileira demonstrou serem necessárias. A representatividade adequada – mencionada em muitos estatutos ibero-americanos - é exigida e detalhada, mediante uma

tes instrumentos é a ação popular, regulamentada pela Lei 4.717/65, que tem como escopo a proteção do patrimônio público e seus reflexos. Passemos a examiná-la com mais atenção.

### 3. AÇÃO POPULAR: INSTRUMENTO DE CIDADANIA?

A ação popular é vista sob dois aspectos, complementares e não antagônicos. Numa perspectiva mais técnica é tida, ao lado de outras ações coletivas, como um instrumento de controle da atividade pública<sup>34</sup>. Entretanto, merece destaque a corrente associação entre ação popular e cidadania, entendida como instrumento de atuação política<sup>35</sup>.

Mais do que as demais ações previstas como garantias fundamentais, ao se restringir a legitimidade ativa ao cidadão (art. 5º, LXXIII), a constituição vigente simbolicamente vincula a ação popular ao princípio de participação democrática (art. 1º, §

---

lista exemplificativa de critérios que poderão orientar o juiz em sua avaliação. A legitimação é a mais aberta possível, para atender a todos os modelos já existentes de processos coletivos em Ibero-América. Fica claro que a legitimação é concorrente e autônoma, admitindo o litisconsórcio dos co-legitimados. Não se descarta do papel de fiscal da lei do Ministério Público e se prevê o compromisso administrativo de ajustamento de conduta, a ser tomado pelos legitimados de natureza pública, capaz de evitar ou encurtar o processo, com a formação imediata de título executivo” (“Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América – exposição de motivos”, in LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Tutela Coletiva*. São Paulo, Atlas, 2006).

<sup>34</sup> Neste sentido, o conceito clássico de Hely Lopes Meirelles: “meio constitucional posto à disposição de qualquer cidadão para obter a invalidação de atos ou contratos administrativos ou a estes equiparados – ilegais e lesivos do patrimônio federal, estadual e municipal, ou de suas autarquias, entidades paraestatais e pessoas jurídicas subvencionadas com dinheiros públicos.” (*Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”*, p. 85). Claro que há o grande problema do controle jurisdicional dos atos administrativos pela ação popular, como se observa neste acórdão: “CONSTITUCIONAL. PROCESSO CIVIL. AÇÃO POPULAR. IMPUGNAÇÃO A EMENDA PROMOVIDA NO REGIMENTO INTERNO DO STF. ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA DO TRIBUNAL. ATO “INTERNA CORPORIS”. ILEGITIMIDADE ATIVA DOS AUTORES POPULARES. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. (...) 2. A emenda promovida no regimento interno do Supremo Tribunal Federal para dispor sobre a forma de nomeação de cargos em comissão e, portanto, da organização administrativa da Corte, configura ato “interna corporis”, insuscetível de impugnação por meio de ação popular. 3. Afigura-se correta a sentença monocrática que reconheceu a ilegitimidade ativa dos autores populares como substituto processual da União Federal, bem como a inadequação da via eleita, ante a impossibilidade jurídica do pedido formulado na inicial. (TRF/1ª Região. 5ª Turma. Apelação Cível nº 200134000150630. Dec. un. em 28/6/2004, rel. Des. Selene Maria de Almeida)

<sup>35</sup> Como acentua JOSÉ AFONSO DA SILVA, “(...) a ação popular constitui um instituto de democracia direta, e o cidadão, que a intenta, fá-lo em nome próprio, por direito próprio, na defesa de direito próprio, que é o de sua participação na vida política do Estado, fiscalizando a gestão do patrimônio público, a fim de que esta se conforme com os princípios da legalidade e da moralidade” (“Ação Popular Constitucional”, p. 195). Diz J. M. OTHON SIDOU que “a ação popular não é só uma resultante do Estado organizado; é um imperativo do Estado democrático; não que se trate de uma inconciliabilidade estrutural, porém de um estrabismo conceitual” (*As garantias ativas dos direitos coletivos*, p. 445).

Ressalte-se a existência de relevantes controvérsias sobre os conceitos de cidadania e participação política, as quais mereceriam um estudo bem mais aprofundado e interdisciplinar.

ún.)<sup>36</sup>. Pode-se tomar a observação de J. M. OTHON SIDOU, para quem “a legitimação processual restrita no ‘cidadão’, e restrita deve ser, porque, sem revestir uma ação política, por seu sentido, a ação popular não pode entretanto desvincular-se, ao menos nesse aspecto, da conotação política”<sup>37</sup>.

Entretanto, o conceito de cidadão adotado pela lei 4717/65 é essencialmente formal: ser o autor popular alistado eleitoralmente e poder exercer seu direito ao voto, cuja comprovação é garantida pela apresentação de título de eleitor. São excluídos, conseqüentemente, incapazes ao alistamento eleitoral, os estrangeiros, as pessoas jurídicas<sup>38 39</sup> e aqueles que tiverem suspensos ou declarados perdidos seus direitos políticos<sup>40</sup> (art. 15, CRFB). Com isto, o sistema processual acaba diferenciando instrumentos essencialmente populares (como o direito de petição e *habeas corpus*, que não restringem a legitimidade), o que é justificado por SEABRA FAGUNDES nos seguintes termos:

(...)a circunstância de o texto da Constituição sobre a ação popular e a lei que o complementa empregarem a palavra *cidadão*, sem qualquer qualificativo, deve entender-se que essa palavra, no que concerne ao direito de agir judicialmente, se refere ao titular da cidadania ativa, ou seja, ao eleitor. Com efeito, se ao instituir o direito de petição e representação, a Carta Política o defere a “qualquer pessoa” (...), e ao instituir o direito à propositura da ação popular a “qualquer cidadão”, é porque aqui a titularidade é mais restrita.<sup>41</sup>

<sup>36</sup> Bem verdade que tal instrumento já era previsto desde a constituição de 1934 (art. 113, 38) e, salvo durante a vigência do Estado Novo (1937), permaneceu como garantia fundamental desde então.

<sup>37</sup> “As garantias ativas dos direitos coletivos: *habeas-corpus*, ação popular, mandado de segurança,” p. 466

<sup>38</sup> Súmula 365 do STF: “Pessoa jurídica não tem legitimidade para propor ação popular”

<sup>39</sup> Como já decidi o TJ/RJ, “O diretório estadual de partido político não tem legitimidade para propor ação popular. De acordo com a súmula 365 do STF, pessoa jurídica não tem legitimidade para propor ação popular, a referida súmula não foi alterada pela Constituição de 1988. Qualquer cidadão pode propor ação popular, pessoa física, que deve, para tal, comprovar sua qualidade de eleitor” (14ª Câmara Cível. Apelação cível. Processo nº 2001.001.25253. Dec. un. em 22/04/2003, rel. Des. Walter D Agostino). Na Justiça Federal, temos o seguinte acórdão: “CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO POPULAR. ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE TERAPEUTAS NATURISTAS - ABTN. ILEGITIMIDADE ATIVA. SÚMULA 365 DO STF. REQUISITOS ESPECÍFICOS PARA AJUIZAMENTO. ILEGALIDADE E LESIVIDADE. AUSÊNCIA. AUTONOMIA DIDÁTICO-CIENTÍFICA DAS UNIVERSIDADES. INDEFERIMENTO DA INICIAL. 1. A legitimidade ativa para a ação popular, como decorrência do exposto no art. 5º, LXXIII do texto constitucional e no art. 1º da Lei nº 4.747/65, é imputada ao cidadão, entendido este como o detentor de capacidade eleitoral ativa, atributo insuscetível, por lógico, de ser deferido às pessoas jurídicas (Súmula 365 do STF). Ilegítima, portanto, a Associação Brasileira de Terapeutas Naturistas, para propor Ação Popular Constitucional(...)”.(TRF/1ª Região. 6ª Turma. Remessa ex officio nº 200138000420435. Dec. un. em 13/2/2006, rel. Des. Daniel Paes Ribeiro)

<sup>40</sup> **AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO POPULAR. LEGITIMIDADE ATIVA. CIDADÃO. COMPROVAÇÃO. TÍTULO ELEITORAL.** 1. Consoante o PAR-3 do ART-1, da LEI-4717/65, o documento hábil a fazer prova da cidadania, para ingresso em juízo, é o título eleitoral, ou documento que a ele corresponda. 2. Hipótese em que o agravante, tendo seu título eleitoral cassado pela Justiça Eleitoral, não comprovou sua condição de cidadão brasileiro. 3. Agravo improvido. (TRF/4ª Região. 4ª Turma. Agravo de Instrumento nº 9404372579. Dec. un. em 10/09/1996, rel. Des. Nylson Paim de Abreu)

<sup>41</sup> O Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, p. 371

Neste ponto, temos o conflito entre a necessidade de uma hermenêutica coerente com os valores democráticos e a cultura jurídica formal. A participação é um imperativo do processo contemporâneo, especialmente na tutela de interesses difusos, não sendo razoável tal limitação formal. A contradição é presente não apenas na jurisprudência, mas também na literatura especializada, como se observa nesta passagem do texto de JOSÉ FREDERICO MARQUES:

E a ação popular é uma projeção, no campo da moralidade administrativa, desse direito ao processo. Se é direito da coletividade ter um governo decente e sem mazelas, e se cada **cidadão** pode fazer valer em juízo esse direito, porque é também de seu interesse que a coisa pública não seja malbaratada pela cupidez ou improbidade administrativa – cabe a **qualquer do povo** a faculdade de invocar o Judiciário para que restaure o império da lei e da dignidade das funções públicas, sempre que algum *improbis administrator* venha a lesar o erário ou patrimônio público, com atos indevidos<sup>42</sup> (sem grifos no original)

Como é corrente a desconfiança da política pelos juristas, fruto de uma cultura jurídica influenciada pelo positivismo kelseniano, uma das críticas utilizadas para se rejeitar uma ação popular é um suposto desvio de finalidade deste instrumento<sup>43</sup>. Sem maiores dados empíricos, ADA PELLEGRINI GRINOVER, p. ex., relata que “*frequentemente [tem] contato com ações populares ajuizadas por cidadão, sem qualquer fundamento, que representam apenas fenômenos de vingança política*”<sup>44</sup>, observação que é comungada por ADÍLSON ABREU DALLARI<sup>45</sup>.

<sup>42</sup> “As ações populares no direito brasileiro” in *Liberdades públicas*. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves; GRINOVER, Ada Pellegrini & FERRAZ, Anna Cândida da Cunha, p. 523

<sup>43</sup> ADMINISTRATIVO - AÇÃO POPULAR - CNBB: QUESTIONADO O RECONHECIMENTO DE SUA UTILIDADE PÚBLICA - DESVIO NÃO-CARACTERIZADO – IMPROCEDÊNCIA AO PEDIDO - IMPROVIMENTO AO REEXAME. (...) 2. Límpido que a desfrutar o cidadão em tela de legitimidade ativa, de assento constitucional e assim a o abranger: presente, pois, vínculo de pertinência subjetiva em si, como a qualquer cidadão, nos termos da ação em exame, art 3o, CPC. 3. Flagrante que a não desavençar o que a sustenta, como entidade de utilidade pública, com os reflexos jurídicos daí advindos, a imputada atuação "nociva" da CNBB em cenário pátrio. 4. Sobre tomar o demandante o plano de sua crítica a partir de fragmento de notícia de mídia sobre este ou aquele pretendido "desando", no qual teria incorrido a pretendida/demandada, desconsidera o papel legítima e diuturnamente desempenhado por dita organização, junto ao meio social, no âmbito do tão fundamental apaziguamento espiritual-religioso da comunidade, prevalentemente divulgado também junto ao meio da imprensa, veiculando sua mensagem. (...) 6. Indemonstrado pelo autor malferimento aos desígnios basilares, em função dos quais existe e em razão dos quais foi beneficiada (com o reconhecimento da combatida utilidade pública) a Confederação em causa, de rigor se afigura a improcedência ao pretendido. (TRF/3ª Região. 2ª Seção. Remessa ex officio em apelação cível nº 462974. Dec. un. em 12/2/2003, rel. Des. Juiz Silva Neto)

<sup>44</sup> “Ação civil pública e ação popular: aproximações e diferenças” in *Processo civil e interesse público*, p. 140.

<sup>45</sup> Em palestra publicada na obra coletiva *Processo civil e interesse público*, DALLARI diz: “A Constituição foi de uma generosidade total com relação à ação popular, qualquer pessoa em qualquer circunstância, basta ser eleitor, não tem cuidado nenhum, não há outro requisito senão este, um cidadão que resida lá no interior do Acre pode propor uma ação popular contra um ato do Presidente da República ou do Prefeito de São Paulo, não há limitação alguma, basta ser eleitor. (...) O que eu tenho observado ao longo da vida é uma coisa muito simples: a gente tem uma proliferação de ações populares nos anos eleito-

Com isto, acaba havendo um deslocamento do estudo da ação popular, o qual vem se fundando em critérios eminentemente operacionais e não legitimantes. O problema da manutenção do formalismo reside na deficiência da tutela jurisdicional, simbolizando um grave obstáculo de acesso à Justiça. A proliferação de procedimentos coletivos, em vez de ampliar a proteção de interesses metaindividuais, acaba servindo como desculpa para não se conhecer do conflito. Sem maiores dados, EURICO FERRARESI informa que “na prática, verifica-se que reiteradamente a jurisprudência tem tolhido a iniciativa popular, dizendo, no mais das vezes, que a pretensão levada a juízo não poderia ser conduzida por ação popular e sim por ação civil pública”<sup>46</sup>; reforçando adiante esta idéia, relatando que “os julgados orientam-se principalmente no sentido de tolher a demanda supra-individual. Proposta ação popular, dizem que o caso seria de ação civil pública. Ajuizada ação civil pública exige-se a ação popular”<sup>47</sup>.

Há um apego exagerado a institutos do processo civil tradicional, como se o conflito fosse apenas de interesse do autor popular, e que mereceria um tratamento procedimental idêntico ao do processo individual. A jurisprudência relata casos de indeferimento liminar da petição inicial desprovida de título eleitoral<sup>48</sup> (constituindo-se mais essencial o documento comprobatório do art. 1º, § 3º, da Lei nº 4717/65; do que a representatividade adequada). Há também extinção por superveniente perda da capacidade postulatória<sup>49</sup>.

---

*rais. Nas vésperas das eleições o que se propõe de ação popular não é brincadeira. Acabou a eleição o autor popular se desinteressa, não quer saber de coisa alguma. Claro que ele está interessado na liminar, pois ela tem uma repercussão danada, mas mesmo que não tenha liminar, o fato de alguém estar sendo réu de ação popular tem uma repercussão política muito grande (...). O que eu tiro disso? Nós temos hoje uma desmoralização da ação popular, é muito difícil separar, na prática, o que é uma ação popular séria e o que é uma ação popular meramente política, exatamente por causa dessa abertura fantástica, e que alguns tentam levar mais adiante ainda.” (“Ação civil pública e ação popular: aproximações e diferenças” in *Processo civil e interesse público*, pp. 148/149).*

<sup>46</sup> “A pessoa física como legitimada ativa à ação coletiva” in *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processo coletivo*, p. 137

<sup>47</sup> *Id.*, *ibid.*, p. 138

<sup>48</sup> RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. INAPLICABILIDADE AO CASO, DO ART. 284 DO CPC. ILEGITIMIDADE ATIVA "AD CAUSAM". RECURSO ORDINÁRIO IMPROVIDO. 1. Apenas vem se admitindo a emenda a inicial nas ações de Mandado de Segurança, nos casos de indeferimento da mesma, de forma que inócua esta situação e não fazendo o impetrante prova pré-constituída nos autos de sua legitimação ativa "ad causam", condição indispensável à propositura da ação, impõe-se a extinção do feito sem julgamento do mérito nos precisos termos do art. 267, VI, do CPC. 2. Recurso ordinário a que se nega provimento. (RMS 8.950/ES, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17.08.1998, DJ 21.09.1998 p. 53). No mesmo sentido, 2ª Turma. EDcl no REsp 538240/MG. Dec. un. em 17/04/2007, rel. Min. Eliana Calmon.

<sup>49</sup> PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO POPULAR MOVIDA POR PARLAMENTAR CONTRA O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL E SEU GOVERNADOR – CONCESSÃO DE LIMINAR PARA SUSPENDER O EMPREGO DE PESSOAL E RECURSOS PÚBLICOS NA PRÁTICA DE ATOS RELATI-

No campo jurisprudencial, merece destaque o julgamento do Recurso Especial nº 704570/SP, durante a tramitação do processo originado pela propositura de ação popular por Anna Maria Giovanelli Rosendo dos Santos e outros em face do Município de Guaratinguetá e seu então prefeito, Nelson Antonio Mathídeos dos Santos, sob o fundamento de que o segundo réu, desde sua posse, utilizou-se de publicidade dos atos, programas, obras e serviços dos órgãos públicos municipais para fins de promoção pessoal. Ao chegar ao Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Francisco Falcão, relator originário, admite que a Lei nº 8429/92 seja aplicada, subsidiariamente, às Ações Populares, consoante já havia entendido o mesmo STJ em acórdão relatado pela Ministra Eliana Calmon, admitindo-se que moralidade administrativa pudesse ser resguardada via ação popular<sup>50</sup>. No entanto, prevaleceu a tese do Ministro Luiz Fux, para quem são inacumuláveis as sanções da ação popular com a ação por ato de improbidade administrativa<sup>51</sup>.

---

VOS AO DENOMINADO ORÇAMENTO PARTICIPATIVO – SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DA MEDIDA LIMINAR – AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DECISÃO DO PRESIDENTE DO TRIBUNAL A QUO – NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO, POR FALTA DE CAPACIDADE POSTULATÓRIA DO AGRAVANTE – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 30, INCISO II, DA LEI Nº 8.906/94 – RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO PARA REFORMAR O ACÓRDÃO RECORRIDO E ACOLHER A PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO REGIMENTAL. I – Não há confundir capacidade postulatória com legitimidade processual para propor ação. II – Na ação popular movida por parlamentar (Deputado Federal) contra Estado da Federação, não pode o autor, mesmo em causa própria e na condição de advogado, interpor como signatário único, recurso de agravo regimental, impugnando decisão que, no curso do processo, suspendeu liminar concedida em primeiro grau, porquanto está impedido de exercer a advocacia, no caso, a teor do disposto no artigo 30, inciso II, da Lei nº 8.906/94. (...) (STJ. 1ª Turma. REsp 292985/RS. Dec. un. em 27/03/2001, rel. Min. Garcia Vieira)

<sup>50</sup> "ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL - AÇÃO POPULAR - LESÃO OU DANO AO ERÁRIO. 1. A ação civil pública subsumiu a ação popular que permaneceu importante em razão da específica legitimação para agir. 2. Âmbito da ação popular que não está limitada ao desfalque do patrimônio material. O desfalque pode ser do patrimônio paisagístico, ambiental etc., ou do patrimônio moral. 3. Moralidade administrativa que pode ser resguardada via ação popular. 4. Recurso especial improvido" (REsp nº 260.821/SP, Relatora Ministra ELIANA CALMON, DJ de 19/05/2003, p. 158).

<sup>51</sup> "(...) *No que se refere às suscitadas violações aos arts. 17, da Lei n.º 8.429/92, 1º da Lei n.º 4.717/65 e 2º, 3º e 267, V e VI, § 3º do CPC, atendido o requisito do prequestionamento, muito embora implícito para alguns deles, porquanto debatida a matéria pelo Tribunal a quo referente à ilegitimidade ad causam dos autores populares para ação de improbidade, bem como, em razão de a ação popular ter objeto diverso (nulidade ou anulabilidade do ato) da ação por ato de improbidade, merece ser conhecido o recurso especial.*

*(...) Ademais, são aplicáveis os ditames previstos na Lei nº 8.429/92 à ação popular, de forma subsidiária, relativos às penalidades impostas como o pagamento de multa civil, a proibição de contratação, a obtenção de benefícios e a cassação dos direitos políticos, mormente tal dispositivo legal estar em harmonia com a ação popular, sendo que neste feito é cabível a apreciação de atos ímprobos, lesivos à moralidade administrativa."*

Neste sentido, PAULO ROBERTO DE GOUVÊA MEDINA diferencia ação popular de ação de improbidade, dizendo que "*esta visa, precipuamente, à reparação de um dano ao erário público, enquanto na ação popular esse escopo assume caráter acessório, sendo a desconstituição do ato o objeto principal*" (Direito Processual Constitucional., p. 120)

À luz dos referidos cânones, ressalvadas as hipóteses de aplicação subsidiária textual de leis é inaplicável a sanção, prevista em determinado ordenamento à hipóteses de incidência de outro, por isso que inacumuláveis as sanções da ação popular com a da ação por ato de improbidade administrativa, mercê da distinção entre a legitimidade *ad causam* para ambas e o procedimento o que inviabiliza, inclusive, a cumulação de pedidos.

A analogia sancionatória encerra integração da lei *in malam partem*, além de promiscuir a coexistência das leis especiais, com seus respectivos tipos e sanções. Ante o exposto, divirjo do e. Relator, para conhecer parcialmente do recurso e, nesta parte, dar-lhe provimento, nos termos da fundamentação supra.

Por outro lado, há decisões mais coerentes com o sistema da ação popular, como a possibilidade de pessoa jurídica substituir incidentalmente o cidadão<sup>52</sup>, incluindo o Ministério Público<sup>53</sup>.

Com isto, o interesse-adequação acaba por se impor ao interesse-necessidade, predominando-se a técnica sobre a hermenêutica<sup>54</sup>. Não são raros argumentos para se justificar a especialidade deste procedimento, isolando-o de outros instrumentos de controle dos atos públicos. ADA PELLEGRINI GRINOVER, p. ex., enfoca a legitimidade processual ativa para diferenciar a ação popular da ação civil pública<sup>55</sup>, mas que se torna mais sério quando há excessiva preocupação em separar o interesse legítimo (de

---

<sup>52</sup> PROCESSO CIVIL - AÇÃO POPULAR - LEGITIMIDADE - DESISTÊNCIA DA AÇÃO - PÓLO ATIVO ASSUMIDO POR ENTE PÚBLICO - POSSIBILIDADE - SÚMULA 7/STJ. 1. Qualquer cidadão está legitimado para propor ação popular, nos termos e para os fins do art. 1º da Lei 4.717/65. 2. A pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente (art. 6º, § 3º da Lei 4.717/65. 3. Filio-me à corrente que defende a tese da retratabilidade da posição da pessoa jurídica na ação popular, quando esta, tendo atuado no feito no pólo passivo, se convence da ilegalidade e lesividade do ato de seu preposto, lembrando, inclusive, que o ente pode promover a execução da sentença condenatória (art. 17). 4. Tendo sido homologado (indevidamente) o pedido de desistência da ação pelo autor popular, cumpridas os preceitos do art. 9º da Lei 4.717/65, não tendo assumido a demanda o Ministério Público ou outro popular, inexistente óbice em que o ente público assumo o pólo passivo da demanda, em nome do interesse público. Interpretação sistemática da Lei 4.717/65. (...) (STJ. 2ª Turma. AgRg no REsp 439854/MS. Dec. un. em 08/04/2003, rel. Min. Eliana Calmon)

<sup>53</sup> **Agravo de Instrumento. Ação Popular.** Configurada a inércia do Autor e promovida a publicação do edital na forma disposta no artigo 9º. da Lei nº 4.717/65, a partir da data da última publicação, pode qualquer legitimado ativo superveniente promover o prosseguimento da ação. A legitimação do Ministério Público para integrar o pólo ativo da ação popular como substituto processual não é supletiva, tratando-se de legitimação superveniente concorrente, de forma que durante o decurso do prazo legal, qualquer cidadão ou o membro do parquet estará legitimado a se habilitar, não havendo que se aguardar pelo decurso do prazo de noventa dias, para somente então, na falta de manifestação de quaisquer outros cidadãos, proceder-se à habilitação do parquet. Recurso manifestamente improcedente. Negativa de seguimento pelo Relator (art. 557 do CPC). (TJ/RJ. 16ª Câmara Cível. Agravo de instrumento. Processo nº 2007.002.21495. Dec. un. em 12/09/2007, rel. Des. Mario Robert Mannheimer)

<sup>54</sup> Vale lembrar dos dizeres de JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO, para quem “*a Constituição deve condensar princípios e normas asseguradoras do progresso, da liberdade e da ordem, e precisa evitar casuística minuciosidade, a fim de, se não se tornar demasiado rígida, permanecer útil, flexível, adaptável a épocas e circunstâncias diversas, destinada, como é, à longevidade constitucional*”. (*Direito processual: aspectos contemporâneos*, p. 730).

<sup>55</sup> “Ação civil pública e ação popular: aproximações e diferenças” in *Processo civil e interesse público*, p. 139.

natureza difusa) da violação ao direito subjetivo e particular, como se vê nesta passagem de OTHON SIDOU

se o ato argüido como ofensor de direito – ato ilegal ou abusivo de poder, gerado por autoridade – alveja um indivíduo ou particularmente um grupo de indivíduos, cada um dos quais direto destinatário da ofensa, ou titular de um interesse que só se concentra na pessoa ou no grupo, caso é de mandado de segurança. Se ao contrário o ato da mesma espécie – ilegal ou abusivo de poder, gerado por autoridade – alveja uma coletividade mas não se concentra concretamente numa só pessoa, ou grupo de pessoas particularizadas, caso é de ação popular<sup>56</sup>

Assim, destaca-se à polêmica sobre a natureza da legitimidade conferida ao cidadão. Alguns juristas sustentam que este atua na defesa de direito próprio à participação política e, assim, constituiria uma legitimidade ordinária<sup>57</sup>. Por outro lado, parcela mais considerável entende haver legitimidade extraordinária, já que o cidadão estaria substituindo processual a coletividade<sup>58</sup> ou a pessoa jurídica<sup>59</sup>.

A tutela de interesse particular acaba sendo uma desculpa para se negar a decisão de mérito em vários casos<sup>60</sup>. Apenas em casos pontuais há uma sensibilidade

<sup>56</sup> *As garantias ativas dos direitos coletivos*, p. 468.

<sup>57</sup> SEABRA FAGUNDES, p. ex., rejeita a natureza de legitimidade extraordinária, afirmando que “*se na substituição há sempre um direito subjetivo em jogo (do substituído, que o substituto pede se reconheça), na ação popular poderá haver ou não esse direito. O autor não se põe, então, como substituto processual, pois age em nome próprio, na qualidade de titular de um interesse, que sendo de toda a coletividade, é parcialmente seu, enquanto integrante dela. Nessa hipótese não se pode dizer que na pessoa jurídica se encarne o sujeito ativo de qualquer situação subjetiva. O que se trata é de preservar a ordem jurídica, de executar a lei tal como a traçou o legislador, dentro do seu espírito e atento o interesse coletivo*”. (FAGUNDES, M. Seabra. *O Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 5ª ed. RJ: Forense, 1979, p. 372)

<sup>58</sup> Nas palavras de JOSÉ FREDERICO MARQUES, “*o autor, em uma ação popular, funciona como substituto processual, por isso que não defende direito seu em juízo, e sim o da comunidade, de que é parte integrante*” (“As ações populares no direito brasileiro” in *Liberdades públicas*, p. 528). No mesmo sentido, dá a entender ADA PELLEGRINI GRINOVER (“*Temos que ver verificar qual é o fenômeno que se verifica na hipótese de uma ação do Ministério Público visando à defesa da moralidade administrativa e uma ação popular do cidadão visando ao mesmo objeto. Em primeiro lugar, eu entendo que há uma identidade de partes ativas, muito embora numa esteja o Ministério Público e na outra o cidadão, porque entendo que ambos, nesse caso específico, estão agindo como substitutos processuais da coletividade*”. “Ação civil pública e ação popular: aproximações e diferenças” in *Processo civil e interesse público*, p. 142).

<sup>59</sup> Segundo JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, a ação popular “*em substância, não se dirige contra a pessoa jurídica supostamente lesada, mas, bem ao contrário, se intenta a seu favor, visando à eliminação do ato que se averba de lesivo e à composição do dano porventura dele resultante. Inexiste, a rigor, conflito de interesses entre o autor popular e a pessoa jurídica; existirá, quando muito, contraste de valoração, na medida em que aquele impugna o ato como ilegítimo e dano, enquanto esta o considera isento de vício*” (“A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados ‘interesses difusos’”, in *Temas de Direito Processual – primeira série*, p. 120).

<sup>60</sup> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO POPULAR. CARÊNCIA DE AÇÃO. AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL. A ação popular, sabidamente, é uma garantia constitucional política, pela qual qualquer cidadão possui legitimidade para a manifestação direta da soberania popular. Ela se manifesta como uma garantia coletiva, na medida em que o autor popular é um legitimado para a defesa da coisa pública, visando à tutela de interesses coletivos, não de interesse pessoal. Verifica-se, entretanto, que, in casu, os apelantes buscam a tutela de interesse individual, já que pleiteiam a restituição de valores pagos, bem como a nomeação dos candidatos aprovados. Neste diapasão, o instrumento processual escolhido pelos

maior, em que a jurisprudência consegue desprezar a subjetividade do autor em prol da objetividade da defesa de interesses difusos<sup>61</sup>.

## CONCLUSÃO

Como se observou ao longo do texto, através da análise de julgados dos tribunais pátrios, existe descompasso entre a previsão, contida nos dispositivos legais, quanto à legitimidade ativa dos cidadãos para a propositura de ações populares e a efeti-

---

demandantes não se revela adequado, haja vista que não há compatibilidade objetiva entre aquilo que a ação popular visa tutelar e a pretensão deduzida em juízo. Improvimento da apelação. (TJ/RJ. 14ª Câmara Cível. Apelação cível. Processo nº 2005.001.32745. Dec. un. em 21/03/2006, rel. Des. Jose Carlos Paes). AGRAVO DE INSTRUMENTO. LIMINAR QUE, EM AÇÃO POPULAR, DETERMINA A UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA QUE SE ABSTENHA DE NOVAS CONTRATAÇÕES DE PESSOAL, REGULARIZE A SITUAÇÃO FUNCIONAL DOS CONCURSADOS, SUSPENDA A VIGÊNCIA DOS CONTRATOS EVENTUAIS E REALIZE CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE CARGOS. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS PARA A SUA CONCESSÃO. POSSIBILIDADE DE DANOS AO PRÓPRIO PATRIMÔNIO PÚBLICO E A TERCEIROS. INTERESSE PESSOAL NO DESFECHO DA LIDE. INSUBSISTÊNCIA DA MEDIDA. 1. Mostra-se desarrazoada a concessão de liminar. em ação popular, quando ausentes os pressupostos para a sua concessão, ainda mais sendo palpável que de tal medida, poderão advir sérios riscos de danos ao próprio patrimônio público e a terceiros. 2. O interesse direto dos autores da ação popular no desfecho da lide, compromete a própria legitimidade ativa ad causam, assim como a pertinência da ação popular. 3. Agravo provido para cassar a liminar impugnada. (TRF/4ª Região. 3ª Turma. Agravo de Instrumento nº 9304426634. Dec. un. em 13/09/1994, rel. Des. Ronaldo Luiz Ponzi).

<sup>61</sup> AÇÃO POPULAR. LEGITIMIDADE ATIVA. CIDADÃO. ARTIGO 5º, LXXIII, CF/88. SÓCIO. POSSIBILIDADE. 1- Nos termos da Constituição Federal, tem legitimidade para propor ação popular contra atos lesivos ao patrimônio público, o cidadão, que é aquele que está no pleno exercício de seus direitos políticos, ou seja, o eleitor. 2- Não há qualquer óbice a que o agente público (seja servidor público estatutário, celetista, etc), o sócio da pessoa jurídica de que o Estado participe, ou qualquer outro cidadão que tenha qualquer vínculo jurídico com o Estado (sentido estrito), desde que comprovada a sua condição de cidadão, venha propor a ação popular contra ato lesivo ao patrimônio público. 3- Isto porque, a ação popular mostra-se como o meio pelo qual o cidadão defende os interesses da coletividade, de toda a comunidade e não interesses próprios. Daí o beneficiário direto desta ação não será o autor e sim o povo que tem direito a administração séria e honesta do dinheiro público, que na verdade pertence a todos.(...) (TRF/3ª Região. 4ª Turma. Agravo de Instrumento nº 44926. Dec. un. em 22/03/2000, rel. Juiz Manoel Álvares).

CONSTITUCIONAL - PROCESSUAL CIVIL - ADMINISTRATIVO - MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - PROMOÇÃO - "MANDATO CLASSISTA" ELETIVO E "CARGO PÚBLICO" ELETIVO - AÇÃO POPULAR: (1)LEGITIMAÇÃO ATIVA E (IM)PROPRIEDADE DA VIA ELEITA (DE E POR QUEM TERIA SIDO PRETERIDO À PROMOÇÃO); INÉPCIA DA INICIAL (POR AUSÊNCIA DA LESIVIDADE DO ATO) - PRELIMINARES REJEITADAS - APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL DESPROVIDAS. 1. A legitimidade ativa para a ação popular é conferida pela Constituição a "qualquer cidadão" (CF, art. 5º, LXXIII), a qual ele não perde, nem ela desaparece, (sob pena de redução do alcance do princípio constitucional que é amplo), pelo simples fato de ele, autor, poder ter, por algum mero esforço especulativo, eventual interesse particular subliminar, ocasionalmente não atendido. 2. A lesividade do ato é condição específica da ação popular, podendo originar-se de qualquer tipo de ato, inclusive da promoção funcional de agente ou servidor público que acaso não preencha os requisitos legais para ela exigidos. 3. O obstáculo à promoção, por merecimento, de membro do Ministério Público, inscrito no art. 201, I, da Lei Complementar n. 75/93, de interpretação restritiva por sua natureza, somente alcança aquele "afastado" da carreira para exercer "cargo eletivo", ou a ele concorrer, assim entendido o "cargo público" alcançado por mandato popular em eleições reguladas pela legislação eleitoral, no nível federal, estadual e municipal. 4. A "licença" ao membro do Ministério Público para o desempenho de "mandato classista", de que trata o inciso V do art. 222 da Lei Complementar n. 75/93, é instituto diverso do "afastamento da

vação desta legitimidade à medida que se mantém jurisprudência arraigada a uma hermenêutica processual formalista.

A afirmativa acima mencionada revela a dificuldade pela qual passa o Judiciário brasileiro na construção de uma hermenêutica permeável às mudanças estruturais do Estado democrático pós-moderno, principalmente quando se reconhece a necessidade de o direito processual manter-se voltado para os consumidores de justiça.

Pelo exposto, infere-se que a desobstaculização relacionada à legitimidade ativa quando da propositura das ações populares somente será alcançada quando houver a superação do modelo de hermenêutica formalista adota pelos tribunais nacionais. Com isso, poder-se-á efetivar a participação dos cidadãos: um dos imperativos do processo contemporâneo.

## REFERÊNCIAS

- ALVIM, Joaquim Leonel de Resende. *O paradigma procedural do direito: traduções da teoria para o direito do trabalho e jurisprudência trabalhista*. São Paulo, Ltr, 2006.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- \_\_\_\_\_. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BOBBIO, Norberto. *Era dos direitos*. São Paulo: Editora Campus, 1992.
- CALAMANDREI *Opere giuridiche*. Napoli: Morano, 1965.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores*. Porto Alegre: Ed. Sergio Antonio Fabris, 1993.
- \_\_\_\_\_. "A ideologia no processo civil" [trad. Athos Gusmão Carneiro], in *Ajuris n°23*, pp. 16/33.
- \_\_\_\_\_. "O acesso à Justiça e a função do jurista em nossa época", in *Conferência Nacional da OAB, 13*. Anais. Belo Horizonte: OAB, 1990. p. 115-130.
- \_\_\_\_\_. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre : S.A. Fabris, 1984.
- \_\_\_\_\_. "Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à Justiça", in *Revista de Processo n° 74*.

carreira" (artigos 203 e 204) e não se inclui entre os casos de exclusão do processo de promoção por merecimento. 5. A norma excludente prescrita no art. 102 da Lei n. 8.112/90, como "lei ordinária" e "norma geral", não prevalece, nem pode ser exigida, sobre as disposições de Lei Complementar n. 75/93, "lei complementar", "norma especial", que, ainda sobre ser posterior àquela outra, regulamentou, por inteiro, a matéria quanto ao Ministério Público. 6. Preliminares rejeitadas. Apelação e remessa desprovidas. (TRF/1ª Região. 2ª Turma. Apelação Cível n° 199701000311310. Dec. un. em 5/5/1998, rel. Juiz Luciano Tolentino Amaral).

- \_\_\_\_\_ & GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.
- CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*, Volume II. São Paulo: Classic Book, 2000.
- CHASE, Oscar G.. “The Rise of ADR in Cultural Context”, in *Law, Culture and Ritual*. Nova Iorque: New York University Press, 2005. p. 94/113.
- DALLARI, Adilson. “Ação civil pública e ação popular: aproximações e diferenças” in *Processo civil e interesse público* (coord. SALLES, Carlos Alberto de.). São Paulo: RT, 2003.
- DAMASKA, Mirjan. “I due tipi di Stato e gli scopi del processo”, in *I metodi della Giustizia Civile* (coord. BESSONE, Mario, SILVESTRI, Elisabetta & TARUFFO, Michelle. Padova: CEDAM, 2000, pp. 217/265).
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- FAGUNDES, M. Seabra. *O Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 5ª ed. RJ: Forense, 1979.
- FERRARESI, Eurico. “A pessoa física como legitimada ativa à ação coletiva” in *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processo coletivo* (coord. GRINOVER, Ada Pellegrini, MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro & WATANABE, Kazuo. São Paulo: RT, 2007.
- GRECO, Leonardo. “O princípio do contraditório”, in *Estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. “Ação civil pública e ação popular: aproximações e diferenças” in *Processo civil e interesse público* (coord. SALLES, Carlos Alberto de.). São Paulo: RT, 2003.
- \_\_\_\_\_. “Da class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade”, in *Revista de Processo* nº 101. São Paulo: RT.
- \_\_\_\_\_. “Novas tendências na tutela jurisdicional dos interesses difusos” in *O processo em sua unidade – II*. Rio de Janeiro, Forense, 1984.
- JOHNSON Jr., Earl. “Promising institutions: a synthesis essay” in CAPPELLETTI, Mauro. *Access to Justice*, vol. II. Milão: Giuffrè Editore, pp. 871/903.
- MARSHALL, T. H.. “Cidadania e classe social” in *Cidadania, Classe Social e Status*. Rio de Janeiro: Zahar Editores.
- MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito Processual Constitucional*. 3ª ed. RJ: Forense, 2005
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”*. São Paulo: RT, 1989.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. “A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados ‘interesses difusos’”, in *Temas de Direito Processual – primeira série*. São Paulo: Saraiva, 1977.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 10ª ed. São Paulo: Cortez, 2005.
- SIDOU, J. M. Othon. *As garantias ativas dos direitos coletivos: habeas-corpus, ação popular, mandado de segurança*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- SILVA, José Afonso da. *Ação Popular Constitucional*. São Paulo: RT, 1968.
- SILVA, Ovídio A. Baptista. *Processo e Ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MARQUES, José Frederico “As ações populares no direito brasileiro” in *Liberdades públicas*. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves; GRINOVER, Ada Pellegrini & FER-  
RAZ, Anna Cândida da Cunha. São Paulo: Saraiva, 1978.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Ação Popular Mandatária*. Rio de Janeiro, Forense, 1995.

TROCKER, Nicolò, *Processo civile e costituzione*, Milano, Giuffrè, 1974.

VIANNA, Francisco José Oliveira. *Instituições Políticas Brasileira*, vol. I. 3ª ed. Rio de Ja-  
neiro: Record, 1974.

VIANNA, Luiz Werneck et alii. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. RJ: Revan,  
1997.

VIANNA, Luiz Werneck et alii. *A Judicialização da política e das relações sociais no  
Brasil*. Rio de Janeiro: Revan. 1999.

WEBER, Max. *Economia y sociedad*. Ciudad del Mexico: Fondo de Cultura Económi-  
ca, 1999. p. 179.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*, São Paulo:  
Ed. Revista dos Tribunais, 1995.