

TIPOLOGIA E PROPOSITURA DA AÇÃO POPULAR E A VIA PARALELA E SALUTAR DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Cecília Teresa de Menezes Oliveira

TYPOLOGY AND BRINGING OF THE POPULAR ACTION AND THE
UITABLE AND SALUTARY ADMINISTRATIVE MISCONDUCT LAW

RESUMO

O artigo consagra a ação popular como garantia, remédio constitucional e cláusula pétrea presente na Constituição Federal para a impugnação de atos lesivos ao patrimônio público moral e material. Discorre, também, sobre a vertente salutar da ação de improbidade administrativa para formulação das pretensões deduzidas em ações populares: ambas as ações pertencem ao microsistema de tutela de direitos coletivos; todavia, os procedimentos são diferentes e, dependendo da espécie de ato questionado, uma ação é mais vantajosa que a outra. A pesquisa baseou-se em consulta doutrinária e jurisprudencial. Breves comentários ao procedimento específico da ação popular foram necessários; ressalta-se que, entre a ação popular e a ação fundada na lei de improbidade, sem prejuízo da identidade da causa de pedir, haverá mera continência e não litispendência. O tema é relevante em razão do contexto histórico atual do Brasil. Buscou-se comparar a finalidade e a sistemática procedimental da ação popular com a da ação de improbidade administrativa. O atual Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) também poderá ser utilizado de forma benéfica tanto na ação popular como na de improbidade administrativa. Esse sistema processual geral promove a atitude ativa do magistrado, a economia processual e a instrumentalidade, tendo em vista a aplicação dos princípios da não surpresa, da presunção racional, da efetividade da prestação jurisdicional, do combate ao formalismo exacerbado, da adaptabilidade e da adequação do procedimento. Conclui-se que a ação de improbidade administrativa é mais ampla e que é maior a efetividade jurisdicional dela, para punir os que lesionam o patrimônio público, bem jurídico sensível e caro à sociedade.

» PALAVRAS-CHAVE: AÇÃO POPULAR. PROCEDIMENTOS. IMPROBIDADE. TUTELA COLETIVA.

ABSTRACT

This research establishes the Brazilian popular action as guarantee, constitutional remedy and entrenchment clause for impugnation of harmful acts to public patrimony. This article discusses about salutary aspect of civil action for administrative misconduct for formulating deducted in class actions claims: both actions belong to the collective rights of guardianship microsystem, however, the procedures are different and depending on the kind of questioned act, an action is more advantageous than other one. The inquiry was based on doctrinal and jurisprudential query. Brief comments to the specific procedure of popular action were needed; it is noteworthy that among the popular action and action based on the administrative misconduct law, notwithstanding the identity of cause of action, there will be mere continence and no lis pendens. The theme is relevant at the current historical context of Brazil. It was looked to compare the finality and procedural scheme of the popular action at the administrative misconduct action. The current Civil Procedure Code (Law No. 13,105 / 2015) can also be used beneficially by popular author in view of the principles of no surprise, rational presumption, the effectiveness of judicial assistance, combating exacerbated formalism. The overall procedural system promotes active attitude of the magistrate, judicial economy and instrumentality. Concluded that the administrative misconduct action conduct is broader, with greater judicial effectiveness of this for punishment those who injure the money from the government, propriety so sensitive and costly to society.

» KEYWORDS: POPULAR ACTION. PROCEDURES. MISCONDUCT. COLLECTIVE PROTECTION.

INTRODUÇÃO

A origem da ação popular é remota, pois já existia em Roma, na época da República, e aí tinha um campo de atuação considerável. Com a ação popular, defendia-se o patrimônio da entidade pública ou do erário e, também, o de pessoas privadas, como o pupilo prejudicado por atos de seu

tutor, em cujo caso se pode dizer que esse patrimônio estava em primeiro lugar, mas, ao defendê-lo, restabelecia-se a ordem jurídica alterada pelo ato irregular (BIELSA, 1954).

Essa espécie de ação é mais que meio jurisdicional idôneo para defesa do interesse da coletividade: é remédio, garantia constitucional, cláusula pétrea, e qualquer abordagem didática que a envolva deve, primordialmente, enaltecer o disposto no artigo 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal:

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

No Brasil, a supracitada norma constitucional alargou a proteção conferida ao patrimônio histórico e cultural pela Lei 4.717/1965, lançada no âmbito da Constituição Federal de 1946. Conjuntamente com as ações civis públicas em geral (ação coletiva em sentido estrito), com os mandados de segurança coletivos e com as ações de improbidade administrativa (art. 37, §4º, da Constituição Federal), a ação popular pertence ao mesmo microsistema de tutela de direitos coletivos.

Todavia, para alcançar a proposta deste artigo, que apontará os pontos importantes do procedimento da ação popular, o qual, muitas vezes, é sucedâneo de ações de improbidade administrativa – quando os legitimados se omitem ou não têm ciência dos atos lesivos ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural –, vale a leitura do sermão do Padre Antônio Vieira¹, que estampou, em 1655, o antigo e ainda vigente desequilíbrio das forças dos que estão no Poder e dos “administrados” tutelados pelo Estado:

[...] O texto de Santo Agostinho fala geralmente de todos os reinos, em que são ordinárias semelhantes opressões e injustiças, e diz que, entre os tais reinos e as covas dos ladrões — a que o santo chama latrocínios — só há uma diferença. E qual é? Que os reinos são latrocínios, ou ladroeiros grandes, e os latrocínios, ou ladroeiros, são reinos pequenos: *Sublata justitia, quid sunt regna, nisi magna latrocinia? Quia et latrocinia quid sunt, nisi parva regna?* É o que disse o outro pirata a Alexandre Magno. Navegava Alexandre em uma poderosa armada pelo Mar Eritreu a conquistar a Índia, e como fosse trazido à sua presença um pirata que por ali andava roubando os pescadores, repreendeu-o muito Alexandre de andar em tão mau ofício; porém, ele, que não era medroso nem lerdo, respondeu assim. — Basta, senhor, que eu, porque roubo em uma barca, sou ladrão, e vós, porque roubais em uma armada, sois imperador? — Assim é. O roubar pouco é culpa, o roubar muito é grandeza; o roubar com pouco poder faz os piratas, o roubar com muito, os Alexandres. Mas Sêneca, que sabia bem distinguir as qualidades e interpretar as significações, a uns e outros definiu com o mesmo nome: *Eodem loco pone latronem et piratam, quo regem animum latronis et piratae habentem*. Se o Rei de Macedônia, ou qualquer outro, fizer o que faz o ladrão e o pirata, o ladrão, o pirata e o rei, todos têm o mesmo lugar, e merecem o mesmo nome.

[...]

Rei dos reis e Senhor dos senhores, que morrestes entre ladrões para pagar o furto do primeiro ladrão, e o primeiro a quem prometestes o Paraíso foi outro ladrão, para que os ladrões e os reis se salvem, ensinaí com vosso exemplo, e inspirai com vossa graça a todos os reis, que, não elegendo, nem dissimulando, nem consentindo, nem aumentando ladrões, de tal maneira impidam os furtos futuros, e façam restituir os passados, que em lugar de os ladrões os levarem consigo, como levam, ao inferno, levem eles consigo os ladrões ao Paraíso, como vós fizestes hoje: *Hodie mecum eris in Paradiso*.” (VIEIRA. Antônio (1655). Sermão do bom ladrão. Disponível em <http://www.dominio-publico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action&co_obra=16404>. Acesso em: 25.jul.2016.)

Os atuais conflitos na sociedade brasileira empolgam as massas que são reapresentadas à ação popular, cuja legitimidade ativa pertence a qualquer um, diferentemente da ação de improbidade administrativa.

A ação popular é educativa, e o seu exercício faz do cidadão um colaborador da moralidade e da legalidade onde mais falta faz o seu controle.

Com base no liame típico da ação popular, presente em Estados Democráticos de Direito, verifica-se que ela vem sendo mal utilizada para defesa de interesses pessoais e políticos, ou seja, a intenção, muitas vezes, é manejar a ação em contendas desprovidas de interesse público.

Mesmo assim, a ação popular é a porta do cidadão que, nos termos da lei, não pode ingressar como legitimado ativo em outras espécies de ações que visam à proteção do patrimônio público moral ou material.

Nesse contexto, este artigo visa auxiliar na definição da legitimidade e do interesse jurídico do autor popular, bem como identificar a causa de pedir e os pedidos que devem ser formulados.

Após essa análise, comparar-se-á a finalidade da ação popular com outro instrumento de reparação e punição de danos ao patrimônio público material ou moral: a ação de improbidade administrativa.

1 DA TIPOLOGIA E DA FINALIDADE DA AÇÃO POPULAR

Para se perquirir sobre o tipo em que se enquadram a ação popular e seu respectivo processo, convém fazer uma prospecção sobre aquilo que pode constituir o seu objeto (MANCUSO, 2015).

Consideram-se patrimônio público, para os fins referidos no artigo 2º da Lei 4.747/1965 (Lei das Ações Populares), os bens e os direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico. E são nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades públicas citadas no artigo 1º da referida Lei nos casos de incompetência, vício de forma, ilegalidade do objeto, inexistência dos motivos e desvio de finalidade.

Para a conceituação dos casos de nulidade, observar-se-ão as seguintes normas do parágrafo único do artigo 2º da Lei das Ações Populares:

- 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.

Ressalte-se que, entre a ação popular e a ação fundada na Lei de Improbidade, sem prejuízo da identidade da causa de pedir, haverá mera continência (e não litispendência), como no final deste artigo será demonstrado.

Indicada a topologia da norma e a sua finalidade, passar-se-á à análise dos principais pontos procedimentais imprescindíveis para o sucesso da demanda popular.

2 FASE POSTULATÓRIA E PROBATÓRIA DA AÇÃO POPULAR

2.1 A FORMAÇÃO DA PETIÇÃO INICIAL E OS ELEMENTOS DE CONSTRUÇÃO

O atual Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) também poderá ser utilizado de forma benéfica pelo autor popular, tendo em vista os princípios da não surpresa, da presunção racional, da efetividade da prestação jurisdicional, do combate ao formalismo exacerbado, da adaptabilidade e da adequação do rito, dentre outros preceitos (MEDINA, 2016, p. 281-296).

Inexistem óbices na legislação especial para a aplicabilidade desses; todavia, os citados princípios devem ser contrabalanceados com as disposições legais específicas, principalmente com o previsto em alguns artigos da Lei 4.717/1965, que consagram requisitos específicos da inicial de uma ação popular, não previstos para outras ações civis. Veja-se um exemplo:

Art. 1º [...] § 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.

Com foco no citado exemplo de dispositivo legal, ressalte-se que as normas de conduta processual aplicáveis ao juiz (artigo 139 e seguintes do Código de Processo Civil) resultam no dever-poder de o magistrado, considerada a legislação específica das ações populares, valorizar a efetiva prestação jurisdicional, ou seja: deve determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais; deve assegurar às partes igualdade de tratamento; deve determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária etc.

Agora, as normas positivadas passam a ser regra de conduta e serão exploradas pelos que buscam a valorização do patrimônio público seja pela ação popular, seja pela ação de improbidade administrativa, tendo em vista a nova realidade social do litígio, com menos formalismo e mais ativismo.

A participação ativa de partes, advogados e magistrados no processo vem em socorro principalmente daqueles titulares de parcela do direito ou de interesse deduzidos em juízo, os quais, exatamente pelo caráter de massa do conflito, estão incapacitados de adentrar no tribunal e acompanhar diretamente o desenrolar da disputa (BENJAMIN, 2012).

Nesse contexto inicial da ação, caberá ao juiz, também, analisar e tentar sanar problemas referentes à legitimidade e ao interesse do autor popular, à causa de pedir e aos pedidos formulados. O autor deve indicar especificamente a causa de pedir, o ato maléfico que pretende combater, não devendo formular pedido excessivamente genérico (MANCUSO, 2015, p. 117).

O autor popular age em legitimação ordinária e, desde as origens romanas, o exercício da ação popular esteve condicionado ao pleno gozo dos direitos políticos. A Constituição Federal é clara: qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular. O clássico livro de José Afonso da Silva, *Ação Popular Constitucional*, cuja primeira versão foi impressa no ano de 1968, cita lição altruísta de Rafael Bielsa (1956, *Revista Forense* 157-34 e ss):

O autor popular é uma espécie de ‘cavalheiro cruzado’ da legalidade e da moralidade pública ou da defesa do meio ambiente. Nele se vê uma expressão de solidariedade para com todos os cidadãos honestos ou animados de espírito cívico ou preocupados com o equilíbrio ambiental.

Quanto ao litisconsórcio, conquanto o ente político (União, Estado, Município, Distrito Federal) e os órgãos da administração indireta não possam experimentar prejuízo algum com a eventual procedência da ação proposta (já que, em princípio, ela é proposta em seu favor), o interesse processual que determina sua citação e, pois, sua condição de cointegrante do polo passivo, repousa na razão técnica de que tal litisconsórcio é do tipo necessário,

[...] assim qualificado aquele que vem determinado *ex vi legis* ou quando assim o imponha a própria natureza da relação de direito material, de maneira que a eficácia do julgado fica a depender da citação de todos os legítimos contraditores (CPC/1973, art. 47; novo CPC, arts. 114, 115, II) (MANCUSO, 2015, p. 247).

Na 8ª edição da obra *Ação Popular*, Rodolfo Camargo Mancuso (2015, p. 247) cita Ruy Armando Gessinger (1985, p. 42) com o objetivo de explicar a espécie de litisconsórcio para ser observada na ação em comento (art. 47, CPC/1973, e artigos 114, 115, II, CPC/2015):

No ponto, Ruy Armando Gessinger observa: “Sendo um só o ato arguido de ilegítimo, tal circunstância faz nascer uma comunhão de interesses entre os seus sujeitos passivos, que conduz ao litisconsórcio necessário (CPC, art. 47).”

Com relação ao pretensão ato, para ser anulado ou declarado nulo, deve ser indicado de forma objetiva, observando-se as normas dos artigos 1º a 4º da Lei 4.717/1965, na qual, especificamente no último artigo, a jurisprudência e a doutrina constatam que a lesividade é presumida.

Quanto aos pedidos formulados, estes também não podem ser excessivamente genéricos, nem demonstrar natureza estritamente particular e subjetiva ou serem realizados em nome de terceiro sem autorização deste. Podem ser condenatórios (ressarcimento ao erário; restituição de bens e valores, conforme artigo 14 e parágrafos), desconstitutivos (nulidade ou rescisão do ato lesivo), o que qualifica a ação como predominantemente pessoal nos termos da doutrina de José Afonso da Silva (2011, p. 217).

Quanto ao interesse jurídico, logicamente o cidadão, como ser individual, via de regra, ingressa com uma ação popular em defesa de interesse particular e subjetivo. O problema, como a seguir será exposto, é constar esse interesse individual como causa de pedir.

Nesse ponto, são oportunos alguns comentários de José Afonso da Silva (2007, p. 152), nos quais sintetiza que:

[...] a ação popular consiste num 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. Diretamente, é certo, o interesse defendido não é do cidadão, mas da entidade pública ou particular sindicável e da coletividade, por consequência. Mas é seu também, como membro da coletividade.

De forma exemplificativa, o fato de o autor da ação popular ter algum interesse pessoal no resultado do processo não afasta sua legitimidade.

O que importa é que ele também vise ao benefício do patrimônio público, da moralidade administrativa ou do meio ambiente.

Aliás, todas as vezes em que ajuizar uma ação popular, o autor sempre terá um interesse pessoal, ao menos indireto, por ser um dos integrantes da coletividade que é titular dos bens difusos ofendidos. Portanto, ainda que o autor seja o maior interessado na procedência de uma ação popular, como, por exemplo, caso vise anular uma licitação na qual sua empresa saiu vencedora, estará legitimado a agir, embora seu interesse jurídico ou pessoal não deva constar na causa de pedir (ANDRADE et al., 2011, p. 267).

Dessa forma, o interesse particular, mas não exclusivo, jamais poderá ser motivo para indeferimento da inicial de uma ação popular sob pena de o Judiciário ferir direito constitucional individual e fundamental do cidadão.

Quando da análise da admissibilidade da ação, no que tange ao interesse de agir (e, consequentemente, à legitimidade), é preciso que o julgador, no mínimo, ressalve os fatos que aparentam ser relevantes e demonstram, pelo menos perfunctoriamente, atos que ferem a moralidade, o meio ambiente e o interesse público.

Quanto à competência para ajuizamento da ação popular, Mancuso afirma que (2011, p. 217):

Ocorre que a ação popular apresenta certas peculiaridades, v.g., o fato de lobrigar questões de ordem pública, indisponíveis; o fato de sempre envolver ato ou omissão de autoridade, servidores, e mesmo de terceiros; a circunstância de apresentar um polo passivo subjetivamente complexo, abrangendo autoridades e agentes públicos de mais de um nível de governo e até de mais de um Poder; o fato de seu objeto, por vezes, concernir a mais de um Estado da Federação, ou a mais de um nível do governo. Singularidades essas que, tomadas em conjunto, induziram o legislador a regular a competência para essa ação através de certos critérios especiais, por vezes derogatórios das regras do CPC.

E continua discorrendo sobre três critérios especiais de competência. O primeiro critério estabelece que a causa seja proposta no foro ou juízo relativo ao ente político interessado (por ser competência territorial, a Súmula 33 do STJ é aplicável). Já o segundo ressalta que aquela *vis attractiva* competência territorial em favor do ente político interessado também se aplica a ente paraestatal. O terceiro critério vale ser citado de forma direta (MANCUSO, 2011, p. 219):

Quando ao ato ou à omissão sindicados na ação concernem a mais de um nível de governo (v.g., uma hidrelétrica que está sendo construída com recursos de um Município e de um fundo federal), a competência se desloca em favor do ente político mais proeminente, no caso a União, o mesmo se dando se a concomitância de interesses envolver Estado e Município (LAP, § 2.º do art. 5.º).

Os levantamentos das questões iniciais e breves sobre a formação da petição inicial da ação popular e os pressupostos mais importantes servirão para refletir, em seguida, sobre o recebimento da petição inicial de uma ação popular e a repercussão dela decorrente.

2.2 O INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL

Ressaltados os pontos importantes quanto à legitimidade, ao interesse jurídico do autor popular, à necessidade de individualização objetiva e à comprovação mínima, logo na inicial, dos atos lesivos impugnados, entende-se que o indeferimento da petição inicial acarretará tão somente nova propositura da demanda, situação que não se mostra compatível com os princípios da inafastabilidade da jurisdição, da economia e da celeridade processuais, da adequação e da adaptabilidade.

Dessa forma, sabendo-se que o Código de Processo Civil se aplica ao que for compatível com sua lei específica (art. 22 da Lei 4.717/1965), não se olvida que o juiz, ao aplicar o ordenamento jurídico, inclusive no procedimento das ações populares, atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência (Art. 8º da Lei 13.105/2015).

Salutar entendimento do Superior Tribunal de Justiça ressalta a necessidade de seguimento das demandas populares para apuração da lesividade aduzida, pois presumida, e valoriza a pacificação social, senão vejamos:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. INDEFERIMENTO DA INICIAL. DESMEMBRAMENTO DE TERRENO. CONSTRUÇÃO DE RESIDENCIAL. DESCUMPRIMENTO DE TERMO DE OBRIGAÇÕES. QUESTIONAMENTO DE LICENÇAS. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO OCORRÊNCIA. LESIVIDADE PRESUMIDA. COGNIÇÃO SUMÁRIA. PROSSEGUIMENTO DA DEMANDA.

[...] 6. Para o cabimento da Ação Popular, basta a ilegalidade do ato administrativo por ofensa a normas específicas ou desvios dos princípios da Administração Pública, dispensando-se a demonstração de prejuízo material. Nesse sentido: “mesmo não havendo lesão no sentido pecuniário, de prejuízo econômico para o Estado, a ação popular é cabível, uma vez que visa proteger não apenas o patrimônio pecuniário, mas também o patrimônio moral e cívico da administração” (Resp 849.297/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, Dje 8.10.2012). Confira-se ainda: “A ação popular é instrumento hábil à defesa da moralidade administrativa, ainda que inexistente dano material ao patrimônio público. Precedentes do STJ: AgRg no REsp 774.932/GO, DJ 22.03.2007 e Resp 552.691/MG, DJ 30.5.2005” (REsp 474.475/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 09/09/2008, Dje 6.10.2008. No mesmo sentido, os precedentes do STF: RE 120.768/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU de 13.8.99; RE 160.381/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 12.8.94; RE 170.768/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 13.8.1999. 7. O debate sobre o indeferimento da inicial indica que se está diante de juízo de deliberação. Na presença de dúvida fundada a respeito do ato, deve o magistrado permitir o prosseguimento da demanda, como tripla garantia: a) ao autor, que terá oportunidade de robustecer em instrução suas ponderações; b) ao réu, que, finalizado o trâmite processual, obterá resposta definitiva que, se lhe for favorável, estará albergada pela coisa julgada material, em situação de efetiva pacificação, e não meramente formal, como decorre do indeferimento da petição inicial; e c) à coletividade, cuja proteção é a finalidade última da Ação Popular. 8. No mais, a) a efetiva lesividade – os efeitos da construção – é matéria que será dirimida em cognição exauriente; b) o conteúdo preciso do termo de obrigações não foi objeto de análise final pelo acórdão recorrido e não pode ser examinado agora, sob pena de violação da Súmula 5/STJ, embora inequívoca a natureza jurídica *propter rem* das restrições voluntariamente assumidas pelos gestores originais do empreendimento hoteleiro; c) o art. 1.299 do CC, que afirma o axioma do direito de construir, e o art. 10 da Lei 6.766/1979 não têm (sic), neste momento processual, comando suficiente para alterar o posicionamento atacado, dado que o cerne da discussão está nos motivos da restrição, apreciados sob enfoque de dimensão diferenciada; d) analisar aqui se a vontade das partes envolvidas teria suplantado/distratado o conteúdo do termo de obrigações demanda reexame de matéria fática, inviável de acordo com a Súmula 7/STJ. [...] 11. Recursos Especiais não providos. (STJ, REsp 1252697/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 27/11/2012, Dje de 2/2/2015.)

Recente julgado do Supremo Tribunal Federal entendeu ofensiva ao inciso LXXII do art. 5º da CF a sentença que julgou sem mérito a ação popular; o Juízo *a quo* entendeu ser condição da ação demonstrar haver lesão ao patrimônio público material concomitantemente com lesão ao patrimônio imaterial (moralidade), senão vejamos:

DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO POPULAR. CONDIÇÕES DA AÇÃO. AJUIZAMENTO PARA COMBATER ATO LESIVO À MORALIDADE ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO QUE MANTEVE SENTENÇA QUE JULGOU EXTINTO O PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, POR ENTENDER QUE É CONDIÇÃO DA AÇÃO POPULAR A DEMONSTRAÇÃO DE CONCOMITANTE LESÃO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO MATERIAL. DESNECESSIDADE. Conteúdo do art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal. Reafirmação de jurisprudência. Repercussão geral reconhecida.

1. O entendimento sufragado no acórdão recorrido de que, para o cabimento de ação popular, é exigível a menção na exordial e a prova de prejuízo material aos cofres públicos, diverge do entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal.
2. A decisão objurgada ofende o art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal, que tem como objetos a serem defendidos pelo cidadão, separadamente, qualquer ato lesivo ao patrimônio material público ou de entidade de que o Estado participe, ao patrimônio moral, ao cultural e ao histórico.
3. Agravo e recurso extraordinário providos. 4. Repercussão geral reconhecida com reafirmação da jurisprudência. (STF, ARE 824781 RG, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 27/8/2015, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral – Mérito, DJe de 9/10/2015.)

Confira-se o seguinte apontamento de Vicente Greco Filho (1999, p. 91) quanto à importante definição do elemento fático e da causa de pedir para viabilidade jurídica da ação proposta por um cidadão, com fulcro no inciso LXXIII do art. 5º da Constituição Federal:

[...] a causa de pedir é constituída do elemento fático e da qualificação jurídica que dele decorre, abrangendo, portanto, a '*causa petendi*' próxima e a '*causa petendi*' remota. A causa de pedir próxima são os fundamentos jurídicos que justificam o pedido, e a causa de pedir remota são os fatos constitutivos.

Assim, o tema relacionado à formação da petição inicial e seu indeferimento não se esgota pelo exposto. A aferição pelo juízo da existência de preponderante interesse pessoal como causa de pedir e a necessidade de adequação do pedido para afastar o mencionado interesse da parte (que desqualifica a finalidade da ação em comento) são atos que convergem para o interesse da coletividade.

2.3 A TRAMITAÇÃO DA AÇÃO POPULAR E O CONJUNTO PROBATÓRIO

O respeito aos artigos 1º a 4º da aludida Lei da Ação Popular combinados com as regras processuais para elaboração da petição inicial (artigo 319 do CPC/2015) facilitam o sucesso da empreitada jurídica do cidadão.

Todavia, muitas vezes, na petição inicial, não consta, de forma definida, qual ato o autor popular pretende impugnar, apesar de a narrativa ser coesa. Isso ocorre por vários motivos, por exemplo, por falta de definição de qual ato está lesando o patrimônio público, por se tratar de ato omissivo. Outro é a alegação de falta de licitação e contratação direta.

Dessa forma, Mancuso (2011, p. 262) expõe que o autor coletivo deve:

[...] ao momento da petição inicial: i) juntar a prova documental de que dispõe, inclusive, sendo o caso, a prova pré-constituída que tenha adrede preparado; ii) requerer sejam requisitadas, junto às entidades sindicadas, as certidões e outros assentamentos (Lei 4.717/65, art. 7º, I, b), embora o juiz possa fazê-lo também de ofício; iii) protestar pelas demais provas que intente produzir (testemunhal, pericial, depoimentos pessoais, expedição de ofícios e precatórias), ficando ciente de que, se por ocasião da fase em que seria possível "julgamento conforme o estado do processo" (CPC, art. 329) vier a 'requerer' prova oral ou pericial, tal comunicação determinará que o rito do processo passe a ser o ordinário (LAP, art. 7º, V).

Quanto ao item ii supracitado, que dispõe sobre a requisição às entidades sindicadas, o §4º do art. 1º da Lei 4.717/1965 é claro:

§ 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.

Note-se que a ação popular é densamente documental e, em menor intensidade, pericial (MANCUSO, 2011, p. 263).

Sobre esse ponto, muitas vezes o autor popular encontra dificuldade burocrática (má vontade em alguns casos) nos órgãos públicos, sejam municipais, sejam estaduais ou federais, não sendo possível abstrair se realmente o autor buscou as informações relacionadas aos atos administrativos que impugna, principalmente, no que tange à comprovação de atos omissivos.

Nesse ponto, alguns entendem que a normativa e a sistemática do microsistema de normas coletivas em defesa dos interesses difusos e coletivos são capazes de solucionar a problemática: basta o protocolo de petição para demonstrar o questionamento e o não atendimento deste (MANCUSO, 2011, p. 209).

Por outro lado, verifica-se que “o juiz, na ação popular, está autorizado a gerenciar a massa probatória, tendo ainda poderes censórios bem mais acentuados” (MANCUSO, 2011, 245). Quanto a esse ponto, a função do Judiciário no caso de ações populares é repleta de nuances desde antes da vigência da atual legislação processual.

Os poderes instrutórios do juiz são amplos em relação aos demais procedimentos cíveis, todavia não desincumbem as partes de atentarem à natureza contenciosa da ação popular. Mancuso (2011, p. 243-244), em belos apontamentos, esclarece que:

A Ação Popular possibilita um tipo de contencioso civil de dúplice natureza: 1) de um lado, é um “processo das partes”, ocorrendo, naturalmente, uma pretensão do autor popular no sentido de que certo ato ou omissão foi ilegal e resultou lesivo ao patrimônio público, donde seu pedido à desconstituição do ato e/ou condenação dos responsáveis ao ressarcimento ou à restituição dos fatos ao “*statu quo ante*”; paralelamente, as autoridades, agentes públicos e terceiros aos quais se imputa a responsabilidade ou o locupletamento, oferecerão a resistência que tiverem; 2) de outro lado, porém, registra-se a existência de um “contencioso objetivo de legalidade” [...], na medida em que se tem o Judiciário procedendo a um contraste objetivo entre a conduta da Administração, ou da autoridade, e o modelo que vem indicado na norma de regência, presente a consideração de que os atos administrativos são em sua maioria vinculados e, portanto, somente são válidos quando se realizam conforme a norma (relações entre os particulares: *permissit quod non prohibetur*). Essa dúplice função da ação popular acarreta algumas particularidades na produção da prova, como veremos nos itens a seguir.

E complementa Mancuso (2011, p. 244, citando ALVIM NETTO, Revista de Processo nº 32/163, 1983):

[...] como se sabe, o Juiz é destinatário da prova, mas no âmbito da ação popular sua missão é um tanto diversa da que ele exerce nas demais ações civis [...], ao passo que na ação popular, como bem observado por José Manoel Arruda Alvim, o juiz se coloca “numa postura mais envergadamente inquisitória”, que nessa ação ocorre “uma substancial mudança no tradicional comportamento do Juiz no tocante à aferição da prova, tudo para melhor proteção do interesse da coletividade e do patrimônio público lesado.

Essa postura do juiz na ação popular será lembrada no tópico que trata sobre o ônus probatório nessa espécie de ação.

Por fim, sobre a tramitação da ação popular, vale ressaltar que os seguintes parágrafos do artigo 1º da Lei 4.717/1965 dispõem que poderá o Juízo requerer as informações ou as certidões negadas pelos órgãos e pelas entidades competentes, salvo em razão de segurança nacional:

§ 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.

No ponto relacionado ao ônus da prova, o atual Código de Processo Civil tenta corroborar a postura mais envergadamente inquisitória do juiz. Em paralelo, “ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade” (artigo 378 do CPC/2015).

E incumbe “ao terceiro, em relação a qualquer causa: I – informar ao juiz os fatos e as circunstâncias de que tenha conhecimento; II – exhibir coisa ou documento que esteja em seu poder”. Igualmente, o texto legal ainda prevê que “poderá o juiz, em caso de descumprimento, determinar, além da imposição de multa, outras medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias” (artigo 380 do CPC/2015).

No que tange à tramitação e ao conjunto probatório, a natureza jurídica das ações populares já levava à conclusão de que, caso o Juízo entenda aplicável o rito ordinário, este não extinguiria a ação; o magistrado deve transformar o rito da ação popular para aquele rito, passando a ter tratamento infraconstitucional: aplicação dos princípios da adequação e da adaptabilidade, que passaram a ser regra no processo civil brasileiro, com a vigência da Lei 13.150/2015.

Sob o foco da tramitação da ação popular, seguindo na análise da fase probatória, dispensa-se item específico deste artigo para tratar do ônus da prova na ação popular.

» 2.3.1 O ÔNUS DA PROVA NA AÇÃO POPULAR – POSSIBILIDADE DA DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS E DE INVERSÃO

No processo da ação popular, “de um lado, lobrigam-se 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”. Seguindo esse raciocínio, Rodolfo de Camargo Mancuso estabelece que “daí que a postura do juiz nessa ação resulta especial, aproximando-se do juiz de instrução, existente, v.g., no ordenamento italiano” (MANCUSO, 2011, p. 245).

Quanto aos poderes instrutórios do juiz, o item anterior deste artigo discorreu sobre a postura do magistrado na tramitação de uma ação popular. Destacou-se a ressalva da Lei n. 4.717/1965, no artigo 22 mais especificamente, que conclama as regras do Código de Processo Civil (de 2015) para aquilo que não contrariar os dispositivos da Lei que regula a Ação Popular nem a natureza específica da ação.

Com o atual Código Processual, pode-se afirmar que a citada postura se tornou regra geral, tendo em vista o dever de colaboração e a legalização do entendimento jurisprudencial e doutrinário que defendia a distribuição dinâmica do ônus da prova na ação popular.

A admissão da distribuição dinâmica do ônus da prova na teoria geral das provas (no Código de Processo Civil) está assim positivada nos parágrafos 1º e 2º:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:
I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;
II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

Nesse contexto, continua sendo regra a distribuição estática do ônus da prova. Leia-se Rodolfo Camargo (2011, p. 262):

No plano substancial, onde incidirá, propriamente, a decisão sobre o mérito da controvérsia, deve o autor popular desincumbir-se do ônus de provar o fato constitutivo de sua pretensão. Não basta alongar-se acerca das conotações jurídicas da lide: as regras *'da mihi factum dab tibi jus'* e *'jura novit curia'*, indicam que a tarefa primacial do autor é relatar com previsão os fatos, sobrelevando-lhes todos os aspectos mais importantes e, principalmente, calçando-os desde logo com as provas documentais de que dispuser; ao depois cuidará de atribuir-lhes a consequência jurídica que entenda pertinente.

A Lei das Ações Cíveis Públicas e a Lei de Improbidade Administrativa não dispõem de mecanismo de distribuição do ônus probatório diverso do estático.

O fato de a Constituição Federal de 1988 ter alargado as hipóteses de cabimento da ação popular não tem o efeito de eximir o autor de comprovar a lesividade do ato, mesmo em se tratando de lesão à moralidade administrativa, ao meio ambiente ou ao patrimônio histórico e cultural, senão vejamos:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. CABIMENTO. ILEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. LESIVIDADE AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO. NECESSIDADE.

1. **O fato de a Constituição Federal de 1988 ter alargado as hipóteses de cabimento da ação popular não tem o efeito de eximir o autor de comprovar a lesividade do ato, mesmo em se tratando de lesão à moralidade administrativa, ao meio ambiente ou ao patrimônio histórico e cultural.**

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

3. Embargos de divergência providos. (STJ, EREsp 260.821/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão Min. João Otávio De Noronha, Primeira Seção, julgado em 23/11/2005, DJe de 13/02/2006, p. 654, **grifo nosso.**)

Claro que a decisão que distribui o ônus da prova (no saneamento do processo) não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

Atualmente, diversas instituições, órgãos (ver nota de fim sobre a campanha #CORRUPÇÃO-NÃO²), organizações não governamentais e a sociedade brasileira como um todo levantam questões relacionadas à efetividade das ações que visam à proteção dos bens coletivos, inclusive discutem a positividade da possibilidade de inversão do ônus da prova.

Conforme outrora exposto, o autor popular, muitas vezes, não indica precisamente os atos que pretende anular e realiza pedido que se assemelha ao instituto jurídico da inversão do ônus da prova ou de exibição de documentos para atribuir aos réus a responsabilidade por apresentar a documentação que comprove a regularidade de alguma relação jurídica ou negócio jurídico.

A inversão do *onus probandi* é um dos temas defendidos na supramencionada campanha #CORRUPÇÃO-NÃO; interessante e envolvente para alguns aplicadores do direito e, para outros, ofensiva aos direitos e garantias fundamentais (notas de fim deste artigo relacionadas à Síndrome de Alice³).

Projetos de lei foram formulados para legalizar a inversão do ônus da prova no âmbito das ações de improbidade e, conseqüentemente, em outras demandas do supramencionado microsistema.

No que se relaciona à ação popular, há quem argumente que, por se enquadrar como uma espécie de ação coletiva, a inversão do ônus da prova seria possível com base noutros diplomas legais, como, por exemplo, no Código de Defesa do Consumidor e na legislação ambiental (MANCUSO, 2015, p. 272).

Essa conclusão é sensível e incentiva os interessados à efetividade da proteção do erário e de outros bens jurídicos coletivos, tendo em vista a incontestável sofisticação dos atos que importam danos ao patrimônio público.

Assim, quando se enfrenta o tema ônus da prova, é aplicável apenas a dinamização deste na fase probatória das ações populares, prevista no supramencionado §1º do art. 373 do CPC/2015, principalmente nos casos em que a parte incumbida de provar algo em razão de seu cargo ou função detenha a prova adequada ao alcance da verdade real. Não se cogita a possibilidade de inversão do ônus probatório.

Nos casos em que a obtenção das provas seja impossível ou excessivamente difícil (provas diabólicas), basta a parte encarregada judicialmente desse ônus argumentar a impossibilidade ou a excessiva dificuldade de produzir a prova.

Ressalte-se que o atual Código de Processo Civil melhorou o artigo 335 do CPC de 1973 para consagrar o bom senso do Juízo, quando positiva que:

Art. 375. O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial.

Nesse sentir, a prova documental avulta em importância no procedimento da ação popular, passando a ser prova legítima a partir do momento em que colacionada aos autos, devendo a parte contrária argumentar, de forma esboçada (na contestação), a falsidade documental, pois “cessa a fé do documento público ou particular, sendo-lhe declarada judicialmente a falsidade” (artigo 427 do CPC/2015).

Quanto às ações populares que visam contestar atos discricionários ou políticos, o aplicador do direito deve atentar-se ao princípio da separação dos poderes. Vale lembrar que, no campo do direito administrativo, não se permite que o Judiciário aprofunde a análise do mérito do ato administrativo, salvo quanto à legalidade deste.

Por fim, outro problema processual reflexivo sobre a fase probatória da demanda está na não resposta pelo ente público ou pela pessoa jurídica sujeito do polo passivo da ação popular, apesar de efetivo o ato citatório.

Quanto a esse ponto, em regra, não se aplicam os efeitos da revelia na ação popular, tendo em vista que o §3º do artigo 6º da Lei específica desta dispõe que “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”.

Assim, “a imputação de revelia, com seus consequentes efeitos, no caso de a entidade pública ‘não se defender’, afigura-se incompatível com as peculiaridades que singularizam a demanda popular” (MANCUSO, 2015, p. 290).

Importante, portanto, que o autor popular identifique, de forma pormenorizada (se possível), os agentes, pessoas físicas, para tornar sua imputação mais sugestiva e eficaz, com destaque para o fato de que, no início deste artigo, se concluiu pela necessidade de formação de litisconsórcio necessário.

Por outro lado, na prática, há a presunção de lesividade de alguns atos públicos (artigo 4º da LAP), e o prosseguimento da ação para posterior julgamento de improcedência ou extinção confere mais credibilidade e efetividade à prestação jurisdicional, principalmente para o acusado de cometer atos lesivos.

Caso seja temerária a acusação do cidadão, a própria Lei das Ações Populares prevê a condenação ao pagamento de multa em seu art. 13.

3 PARALELO ENTRE A AÇÃO POPULAR E A AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Atualmente, salutar opção à ação popular na defesa de bens jurídicos coletivos é a ação de improbidade administrativa, criada pela Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, que regulamenta procedimento de natureza não penal e dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos (e políticos) nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública.

A aclamação popular espalhada em diversos segmentos da sociedade brasileira pelos mais de 500 anos de descaso com esta Nação tão rica em diversos aspectos resultou em interessantes e salutares propostas de projetos de lei, tanto em matéria cível como penal.

A supracitada Lei descreve o ato de improbidade administrativa como aquele que importa em enriquecimento ilícito: obtenção de qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, prática de qualquer ato que cause lesão ao erário, qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades (artigos 9º e 10º da Lei 8.429/1992).

Ainda, entende-se por improbidade administrativa atos que atentem contra os princípios da administração pública, qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições (art. 11 da Lei 8.429/1992).

Não obstante a semelhança dos bens jurídicos tutelados, consideradas as duas ações indicadas neste artigo jurídico, sabe-se que a ação popular prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações que forem posteriormente intentadas contra as mesmas partes e sob os mesmos fundamentos (§3º do art. 5º da Lei 4.717/1965).

Ademais, a Lei das Ações Populares indica os limites objetivos do julgado sob sua égide: “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 [...]”.

Portanto, a ilegalidade e/ou a lesividade levam à desconstituição do ato impugnado e, também, ao ônus do ressarcimento em espécie ou no sucedâneo que se afigure idôneo. Naturalmente, como outrora exposto neste artigo, a sentença que não acolha a ação, total ou parcialmente, tem conteúdo declaratório-negativo em relação ao pedido condenatório e/ou (des)constitutivo formulado na inicial. No ponto, “a condenação e a constituição só se configuram quando as sentenças acolhem a pretensão do autor, porque, se a rejeitam, são sentenças declaratórias negativas” (CINTRA et al., 2003, p. 303, apud MANCUSO, 2015, p. 91).

Importante, ainda, lembrar que, atualmente, no Brasil, de forma expansiva, tem-se discutido, em diversos setores da sociedade, a importância dos atos de combate às ações lesivas à administração pública, inclusive com mudanças consideráveis na Lei 8.429/1992.

Em contraponto à maior efetividade e justiça nas ações coletivas que visam punir atos lesivos ao patrimônio público, existem projetos de lei que pretendem afrouxar a normativa em prejuízo ao interesse coletivo. Algumas propostas tornam subjetiva a configuração de abuso de autoridade, situação que supostamente intimidará a aplicação das normativas processuais restritivas de liberdade ou de direitos pelas autoridades públicas.

Diametralmente contrário à força que prevê o enfraquecimento da lei de improbidade está o Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002, que ratificou a Convenção Interamericana contra a Corrupção, realizada em 29 de março de 1996⁴ (com reserva apenas ao art. XI, parágrafo 1º, inciso ‘c’). Por outro lado, em 2006, o Presidente da República promulgou, por meio do Decreto 5.687, de 31 de janeiro de 2006, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003 (Dia Internacional contra a Corrupção).

Há várias propostas legislativas para efetivação e implantação das convenções da Organização dos Estados Americanos (OEA) e da Organização das Nações Unidas (ONU)⁵.

Dessa forma, mesmo cientes da necessidade de aprimoramento da legislação aplicável às espécies de danos protegidos pela ação popular e de fortalecimento das instituições competentes para o combate aos atos lesivos ao patrimônio público, o interessante, no momento, é ressaltar a importância da Lei 8.429/1992, assim que o autor popular ‘noticia’ a ocorrência de atos lesivos ao patrimônio público como um todo.

Entre a ação popular e a ação fundada na Lei de Improbidade, sem prejuízo da identidade da causa de pedir, haverá mera continência (e não litispendência), sendo da primeira o objeto mais amplo.

Não se mostram juridicamente viáveis os pedidos atravessados em uma ação popular que vise à aplicação das sanções previstas no art. 12 da Lei de Improbidade: perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios (GARCIA; ALVES, 2013, p. 856-858).

Pedro Roberto Decomain, em seu artigo *Conexão entre as Ações Populares e entre Ação Popular e Ações Coletivas Correlatas* (2009), dispõe que:

A conexão entre a ação popular e a ação de improbidade existirá, mesmo que a ação por improbidade seja aforada pela própria entidade pública ou privada prejudicada pelo ato ímprobo. Acerca disso, deve-se registrar, que ações por improbidade administrativa podem ser ajuizadas não somente pelo Ministério Público, como também pela própria entidade pública ou privada que haja sido prejudicada pela improbidade. Mesmo que seja este o caso, porém, não parece possível cogitar da extinção da ação popular, se aforada posteriormente à ação por improbidade, ao fundamento de eventual litispendência, a extinção da ação popular violaria o direito constitucional assegurado ao respectivo autor, de também tomar providências judiciais na preservação do patrimônio público e da moralidade administrativa. [...] ensinamento de Cassio Scarpinella Bueno: ‘a prevenção se estabelece tendo em conta o momento da distribuição da primeira petição e não levando em consideração qual juízo despachou primeiro ou perante qual foi primeiro promovido a citação. Não incidem as regras dos arts. 106 e 219 do CPC, mas sim aquelas do parágrafo 3º do art. 5º da Lei n. 4.717/65 e do parágrafo 5º, do art. 17, da Lei n. 8.429/92’ (BUENO; PORTO FILHO, 2001).

Portanto, por iniciativa de ação popular, poderá o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios tomar conhecimento da existência de atos ilícitos ou danosos ao Poder Público (de cotejo moral ou material) e ao interesse público, ou até mesmo dos indícios que talvez não fundamentem uma ação popular. Ainda, conquanto as razões das duas ações aparentem convergência, poderá o Ministério Público, com base nas suas prerrogativas institucionais, instaurar inquérito civil ou até mesmo propor ação civil pública, tudo com base nos procedimentos correlatos e de forma “paralela”.

O exemplo levantado por Rogério Pacheco (GARCIA, 2013, p. 857) é bastante elucidativo:

Imagine-se a seguinte hipótese: determinado administrador violando as normas previstas na Lei n. 8.666/1993, finda por realizar contratação com valores evidentemente superfaturados. Joaquim Prudêncio, diligente cidadão, propõe ação popular com vistas à anulação do ato e conseqüente condenação dos réus ao ressarcimento dos prejuízos acusados ao erário. O Promotor de Justiça da mesma Comarca propõe a ação civil pública de improbidade. Qual o pedido formulado nesta última? A anulação do ato, a condenação dos réus ao ressarcimento do prejuízo (mesmos pedidos formulados pelo autor da ação popular) e a aplicação das sanções previstas no art. 12 da Lei n. 8.429/92 (perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento e multa civil e proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios). Em situação tal, soa evidente que o pedido formulado na ação proposta pelo *Parquet* é muito mais amplo do que o formulado por João Prudêncio, embora idêntica a causa de pedir, levando-nos a concluir pela existência de continência, causa modificadora da competência que conduz a reunião dos processos (art. 105 do CPC), aplicando-se os critérios dos arts. 106 ou 219 do CPC, a depender da hipótese, para a determinação do órgão jurisdicional competente.

Nesse contexto, distingue-se a ação de improbidade da ação popular quanto ao objeto que, nesta, é muito mais restrito.

Na ação popular, por sua índole desconstitutiva-condenatória, entende-se, da leitura dos artigos 1º, 11 e 14 da Lei nº 4.717/1965, que há incompatibilidade entre os pedidos de condenação à obrigação de fazer ou de não fazer. Nesta ação, o resguardo do patrimônio público, da moralidade administrativa, do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural resulta em sentença de procedência para julgar inválido ato da administração pública. É possível, ainda, pedido de condenação dos responsáveis e beneficiários do ato nas perdas e danos (art. 11 da Lei 4.717/65). Contudo, não é possível a aplicação naquele rito de sanções, como as previstas no art. 12 da Lei Geral de Improbidade Administrativa.

Dessa forma, diante de um ato de imoralidade ou de lesividade ao patrimônio público (dentre outros atos lesivos), a ação mais efetiva é a de improbidade administrativa. Para essas

espécies de atos imorais e/ou ilegais, a ação popular e a ação civil pública convencional são subsidiárias à ação de improbidade.

Reforce-se que a sistemática da Lei de Improbidade não inviabiliza, em momento algum, o manejo da ação popular. Confira-se (ALVES, 2013, p. 855):

A uma, porque tal instrumento, historicamente, sempre se voltou à reprimenda de toda e qualquer conduta lesiva ao patrimônio público, representando, em virtude de sua ampla legitimação ativa, uma importantíssima ferramenta de democracia participativa. A duas, porque a própria Lei n. 7.347/1985, em seu art. 1º, deixa claro que o exercício da ação civil pública não impede o ajuizamento da ação popular (Art. 1º Regem-se pelas disposições esta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações e responsabilidade por danos causados...). A três, porque seria mesmo inadmissível que a sistemática de tutela concebida pela legislação ordinária limitasse o campo de incidência de um instrumento que goza de status constitucional, esvaziando-o na hipótese de lesão ao patrimônio público resultante de improbidade. Neste particular, não é demais lembrar que é a própria Constituição Federal, do alto de sua unidade hierárquico-normativa, que prevê a ação popular e a ação civil pública como instrumentos voltados à tutela do patrimônio público (art. 5º, LXXIII, e 129, III).

Já Rodolfo Mancuso (2015, p. 245) estabelece que:

Tenha-se ainda presente que, sob o aspecto da defesa do erário, tangenciam-se os objetos da ação popular e da ação por ato de improbidade administrativa (Lei 8.429/92), cabendo destacar o § 5.º do art. 17 desta última: “A propositura da ação prevenirá a jurisdição [*rectius*: a competência] do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto” (parágrafo acrescido pela MedProv 2.180-35/2001).

Por fim, destaque-se que, tanto nas ações populares como nas ações de improbidade (mais especificamente nestas, por serem aplicadas sanções), o princípio da presunção de não culpabilidade (inocência), constitucionalmente consagrado no artigo 5º, LVII, não prepondera sobre o *in dubio pro societate* da primeira fase procedimental.

Caso haja dúvidas sobre a ocorrência dos fatos imputados ao réu, pessoa física ou jurídica, a ação deve prosseguir até a prolação de sentença de improcedência (*in dubio pro reo* vigora na segunda fase do procedimento da ação de improbidade), evitando-se o julgamento sem mérito da demanda.

CONCLUSÃO

A riqueza das discussões quanto ao cabimento de ações populares ou de ações de improbidade administrativa evidencia-se diante dos acontecimentos e da pretensão do povo brasileiro.

Os governantes são reflexo da sociedade e devem representar, de forma ética e harmoniosa, os anseios desta e não exclusivamente os desejos de pequenos grupos não legitimados. O direito constitucional conferido ao cidadão desejoso de litigar contra os agentes que danificam o patrimônio público moral e material deve ser adequadamente promovido.

Preciosa é a contribuição da ação de improbidade administrativa que, conjuntamente com a ação popular, pode ser instrumento de vigilância e de desaprovação de certas condutas reiteradas dos agentes públicos, políticos e outros.

Com base no disposto, salvo nos casos em que a ação é utilizada para defesa de interesses puramente pessoais ou em contendas políticas, sem interesse público, nota-se que a ação popular

ainda é uma das portas do cidadão para ingressar como legitimado ativo em contenda que vise à proteção do patrimônio público moral ou material.

O Estado não se encontra isolado na tarefa de proteção da sociedade e dos bens públicos materiais e imateriais. A comunidade possui importante papel de colaboração.

Assim, os órgãos competentes, ao serem cientificados da possível ocorrência de atos danosos ao patrimônio público, devem agir primordialmente por meio da ação popular, auxiliando no impulso processual, e paralelamente, em ação civil adequada que vise à efetividade da proteção dos bens jurídicos coletivos agredidos.

O atual Código de Processo Civil, além de promover a atitude ativa do magistrado, poderá ser utilizado de forma benéfica ao autor popular, tendo em vista os princípios da não surpresa, da presunção racional, da efetividade da prestação jurisdicional, do combate ao formalismo exacerbado, dentre outros preceitos.

Todas as normas citadas neste artigo passam a ser regra processual e material de valorização (não apenas proteção) do patrimônio público.

Pela ação popular ou pela ação de improbidade administrativa, os interessados poderão, em tese, alcançar as sanções consideradas justas e proporcionais em desfavor dos agressores de bens jurídicos coletivos.

A normativa, apesar de antiga (a Lei nº 4.747 foi promulgada em 1965), é base importante do microsistema de tutela coletiva e boa ferramenta para o combate a atos imorais, ilegais, pessoais, obscuros ou, ainda, permissivos ao enriquecimento de terceiro, em desfavor do patrimônio público.

Entenda-se: os bens jurídicos tutelados pelas vias escolhidas nesta pesquisa científica são caros e sensíveis.

Aprovado: 7/11/2016. Recebido: 5/9/2016.

NOTAS

¹ Responsável pelo desenvolvimento da prosa no período do barroco, nasceu em Lisboa, em 1608, e morreu na Bahia, em 1697. Ficou conhecido por seus sermões polêmicos em que criticava e defendia os índios e sua evangelização, condenando os horrores vivenciados por eles nas mãos de colonos, e os cristãos-novos (judeus convertidos ao Catolicismo) que aqui se instalaram.

² FAQ do site da campanha #CORRUPÇÃOÃO: é uma realização do Ministério Público Federal brasileiro, em parceria com a Associação Ibero-americana de Ministérios Públicos (AIAMP) <<http://corrupcaoao.mpf.mp.br/faq>> Programa do BRASIL. Ministério Público Federal. 10 medidas — Portal de Combate à Corrupção. Disponível em: <<http://combateacorrupcao.mpf.mp.br/>>. Acesso em: 12.05.2016.

³ Vladimir Costa Magalhães, Juiz Federal da 4ª Vara Federal Criminal - RJ em seu artigo disponível em <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/view/205>, expõe: “O garantismo penal integral: enfim, uma proposta de revisão do fetiche individualista”, discorre sobre a síndrome de Alice acometida pelos garantistas: “Por outro lado, a banalização e a promiscuidade com que vem sendo tratada a teoria garantista no Brasil têm contribuído para a deturpação de seu autêntico sentido. Em verdade, o extremismo na visualização dos preceitos garantistas vem sendo concebido com o notório propósito de servir de escudo para a delinquência econômico-empresarial, expressão moderna da criminalidade do colarinho branco vislumbrada a partir da década de 1930.”

- 4 Decreto nº 4.410/2002 – Preâmbulo da Convenção Interamericana contra a corrupção, anexo do Decreto Nº 4.410, DE 7 DE OUTUBRO DE 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4410.htm>. Acesso em: 03 ago. 2016.
- 5 Representantes do Ministério Público Federal (MPF), do Judiciário e de entidades da sociedade civil se reuniram dia 19 de julho de 2016, com o presidente da Câmara dos Deputados, Rodrigo Maia, para discutir a tramitação do Projeto de Lei nº 4.850/2016, que reúne as 10 Medidas Contra a Corrupção. Durante o encontro, foi definido que o dia 9 de dezembro (Dia Internacional Contra a Corrupção) será um marco na tramitação do PL. O objetivo é fazer com que a proposta seja votada pela Câmara dos Deputados. Informações sobre as “10 medidas contra a corrupção” disponíveis em <<http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/>>, acessado em 03 ago. 2016. Informações sobre o PL 4.850/2016 disponíveis em <<http://combateacorrupcao.mpf.mp.br/>>. Acesso em: 03 ago. 2016.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2011.
- ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. **Interesses difusos e coletivos**. São Paulo: Editora Método, 2011 (Esquemático), p. 267.
- ALVIM NETTO, José Manoel Arruda. Ação popular. **Revista de Processo** v. 8, n. 32, p. 163-177, out./dez. 1983.
- BARROSO, Luis Roberto. Ação popular e ação civil pública: aspectos comuns e distintivos. **Cadernos de direito constitucional e ciência política**, v. 1, n. 4, p. 233-241, jul./set. 1993.
- BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. **A Citizen Action norte-americana e a tutela ambiental**. *Revista Ajuris*, v. 18, n. 53, p. 87-113, nov. 1991. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br//dSPACE/handle/2011/9454>>. Acesso em: 28 jul. 2016.
- BIELSA, Rafael. **A ação popular e o poder discricionário da administração**. Publicado em *La Ley* março de 1954 e traduzido por Guilherme A. dos Anjos. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/14254/13126>>. Acesso em: 28 jul. 2016.
- BONAVIDES, Paulo. **Do país Constitucional ao país Neocolonial: A derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional**. São Paulo: Editora Malheiros Editores. 4. ed. 2009.
- BRASIL. Presidência da República. **Decreto n. 4.410, de 7 de outubro de 2002**. Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 10, inciso “c”. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4410.htm>. Acesso em: 03 ago. 2016.
- BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 4.717 de junho de 1965**. Lei das ações populares. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm>. Acesso em: 16 ago. 2016.
- BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 03 ago. 2016.
- BRASIL. Presidência da República. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 03 ago. 2016.
- BRASIL. Presidência da República. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Instituiu o Código de Processo Civil de 1973** (Revogada pela Lei nº 13.105, de 2015). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 03 ago. 2016.
- BRASIL. Presidência da República. Lei 8.429 de 2 de junho de 1992. **Lei de improbidade administrativa**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 03 de ago. 2016.
- BUENO, Cassio Scarpinella. ANDRADE, Landolfo. **Ônus da prova na ação civil pública. Regime atual e influências do novo CPC**. São Paulo: Editora Verbatim. 2015.
- BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coordenadores). **Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais**, São Paulo: Malheiros, 2001.
- CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Código do Consumidor e Processo Civil: aspectos polêmicos**. *Revista dos Tribunais*. vol. 671. p. 32-39. São Paulo; Ed. RI, set. 1991.
- DECOMAIN, Pedro Roberto. Conexão entre as ações populares e entre ação popular ações coletivas correlatas. **Revista Dialética de Direito Processual**. 71, 2009, p. 108-110.
- FURTADO, Lucas Rocha. **As Raízes da Corrupção No Brasil: Estudos de Casos e Lições Para o Futuro**. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2014.
- GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 7. ed. Rv. Ampl. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.
- GESSINGER, Ruy Armando. **Da ação popular constitucional**. Porto Alegre: Ajuris, 1985.
- GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, vols. 1 e 2, p. 91.

- KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord). **Processo e constituição: Estudos em homenagem ao Prof. José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Ed. RI, 2006. p. 942-951.
- MAGALHÃES, Vladimir Costa. “O garantismo penal integral: enfim, uma proposta de revisão do fetiche individualista”, **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, Vol. 17, Nº 29 (2010). Disponível em <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/view/205> Acesso em: 02 ago. 2016.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Popular**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 7. ed. 2012.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Popular**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Biblioteca Digital Thompson Reuters ProView. 1. ed. em e-book baseada na 8. ed. 2015.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 28. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo CPC – Quadro Comparativo – CPC/2015 x CPC/1973**. Grupo de Pesquisa do Professor José Miguel Garcia Medina para distribuição gratuita. Disponível em <<http://professormedina.com/>>.
- MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Impactos na legislação extravagante e interdisciplinar**. Capítulo do livro: A lei da ação popular em face do novo Código de Processo Civil. Volume 2. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MEIRELLES, Helly Lopes. **Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data**. 18. ed. Malheiros Editores, São Paulo: 1997.
- MENDONÇA, Felipe. **A evolução do conceito jurídico de cidadania no panorama democrático do século XXI**. São Paulo, 2012. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo. Orientador: Prof. Sérgio Resende de Barros.
- 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: Editora Malheiros. 2. ed. 2007.
- VIEIRA, Marcelo Barbosa Alves. Os elementos constitutivos do ato de improbidade administrativa e a distribuição judicial do ônus da prova à luz do Novo CPC. **Revista Contas Abertas**. Revista Técnica do Tribunal de Contas de Mato Grosso do Sul, publicação semestral, nº 1, v. 1, nov. 2015.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Coordenação. GAGNO, Luciano Picoli. O novo Código de Processo Civil e a inversão, ou distribuição dinâmica do ônus da prova. **Revista de Processo**. Ano 40, vol. 249, nov. 2015, p. 117-139.

Cecília Teresa de Menezes Oliveira

*Pós-graduada em Poder Judiciário com Ênfase em Direito Processual Civil pela
Instituição AVM Faculdade Integrada parceira da
Escola de Administração Judiciária do TJDF.
Pós-graduanda em Direito Constitucional,
Parlamentar e Administrativo pela Escola Paulista de Direito.
Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Distrito Federal – UDF.*

*Condomínio Império dos Nobres, Quadra 4, Conjunto H, Casa 20
Região dos Lagos
Sobradinho/DF
CEP 73252-158
ctmoliveira@gmail.com
cecilia.oliveira@tjdft.jus.br*