

# Do Controle dos Atos Administrativos através da Ação Popular

Maria do Rosário Moraes Cavalcanti \*

*“Mas é uma experiência eterna, que todo homem que tem poder sente a inclinação de abusar dele, indo até onde encontra limites. Quem diria! A própria virtude necessita limites.”*

*Para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder.”*

Montesquieu.

(Do Espírito das Leis. L. XI, Cap. IV).

## INTRODUÇÃO

1. DA NECESSIDADE DO CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS
2. DO CONTROLE JURISDICIONAL
3. DA AÇÃO POPULAR
  - 3.1. BREVE HISTÓRICO
  - 3.2. CARACTERÍSTICAS

## CONCLUSÃO

## BIBLIOGRAFIA

## INTRODUÇÃO

Como fenômeno político, a representação popular firmou-se no século XVIII com as idéias liberais de Locke e Montesquieu, culminando com a Revolução Francesa, que substituiu o absolutismo pelo direito de escolha dos representantes pelo povo.

Considerando a complexidade da problemática social, resta quase que impossível o governo direto, no qual o povo diretamente exerce o poder. Assim, surge como melhor alternativa o exercício do poder através da representação popular, em que os governantes recebem do povo, mediante mandato, o direito de agir em seu nome.

Em nosso País vivemos em uma democracia representativa na qual os cidadãos escolhem dentre seus pares aqueles que irão representar seus interesses nas decisões políticas do Estado, embora nem sempre ou, na maioria das vezes, as decisões tomadas não representem os anseios da sociedade. Nestes casos, lembrando o artigo 15 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, “A sociedade tem o direito de pedir conta, a todo agente público, quanto à sua administração”. Neste sentido, a nossa Carta Magna prevê em vários dispositivos instrumentos de que pode se valer o cidadão para coibir os abusos ou ilegalidades. Citem-se como exemplos o mandado de segurança, o *habeas-corpus*, a ação civil pública, e temos, ainda, o instituto da ação popular, pois “... a partir do momento em que o governo age sem os limites da legitimação no exercício do poder, opera agredindo a própria índole da representação. Em resumo, o alcance do mandato popular encontra limites dentro do exercício do poder, na própria necessidade de participação, ou seja, a ação da comunidade na direção dos destinos nacionais. Quando o governo, embora titular do mandato popular, age de forma a ilimitar a técnica, lícito é ao mandante (no caso, o povo) questionar a legitimidade da ação do poder.”<sup>1</sup>

A partir desta constatação, surgiu a idéia de discorrer sobre o instituto da ação popular, apontando-o como aquele de que dispõe o cidadão para anular atos lesivos ao patrimônio público ou entidade de que o Estado faça parte, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

Assim, no presente trabalho, discorreremos inicialmente sobre a necessidade do controle de todos os atos administrativos, como prática do sistema preconizado por Montesquieu da separação dos poderes, em que, pelo sistema de freios e contrapesos, um poder limita e é limitado por outro, além, obviamente, do sistema de controle interno que cada poder possui

<sup>1</sup> MINHOTO JÚNIOR, Alcebiades da Silva: *Teoria e Prática da Ação Popular Constitucional*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985, p. 43.

de rever seus próprios atos, até aqueles que, embora não maculados pelo vício da ilegalidade, devem ser retirados do mundo jurídico por inútil ou inoportuno para a coletividade.

Nos capítulos seguintes trataremos do controle judicial, em seus termos gerais, manifestação que é, do inciso inciso XXXV, da Lei Maior que assim dispõe: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” Assim, toda e qualquer lesão ou ameaça a direito, oriunda de particular ou agente público pode ser encaminhada ao Judiciário para apreciação. Dentre os instrumentos utilizados para a consecução de tal fim há a ação popular, em que o Estado-Juiz é invocado pelo cidadão para coibir ilegalidades visando 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.

Em seguida, abordaremos o tema do nosso trabalho especificamente – a ação popular – apresentando um breve histórico do ponto de vista jurídico do instituto em nosso País. Instituto este previsto tímida e restritivamente na Constituição Imperial de 1824 passando por vários períodos de nossa República até os nossos dias, sob a vigência da Constituição Cidadã de 1988, que inclui a ação popular, como não poderia deixar de ser, no capítulo destinado aos “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos” integrante do título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. Em seguida, trataremos dos requisitos necessários à sua propositura, destacando duas controvérsias sobre a matéria: a condição de eleitor para os autores de tal ação, e a exigência do binômio ilegalidade x lesividade.

Será que somente o cidadão, ou seja, aquele em gozo de seus direitos políticos, o eleitor, pode ser autor de ação popular? E se o ato a ser impugnado for ilegal, mas não lesivo, ou vice-versa, não cabe tal remédio constitucional?

Tentaremos resumidamente abordar tais questionamentos nas páginas que se seguem.

## 1. DA NECESSIDADE DO CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Tendo como princípio basilar a supremacia do interesse público e respeitando os princípios dispostos na vigente Constituição Federal, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, eficiência, razoabilidade, publicidade etc, todos os atos oriundos da

Administração Pública devem atender a tais requisitos, sob pena de viciar o ato de ilegitimidade por abuso ou desvio de finalidade. Há, ainda, situações em que o ato emanado do Poder Público não está maculado do vício da ilegalidade ou da ilegitimidade, porém não mais interessa a sua existência seja por ser considerado inútil, ineficiente, inconveniente ou inoportuno para a coletividade. Nesses casos, a própria Administração e, somente ela, retira-o do mundo fático através da revogação do ato.

Para tanto, deve-se investir nos instrumentos de controle dos atos da administração, seja por iniciativa do próprio órgão – *controle administrativo ou interno* – derivado do poder-dever de autotutela que a Administração possui sobre seus próprios atos e agentes; seja pelo controle externo – realizado por órgão estranho à Administração que editou o ato controlado – do qual destacamos o trabalho realizado pelos Tribunais de Contas e, especialmente, o jurisdicional, no qual o Poder Judiciário, quando provocado, aprecia a legalidade e legitimidade dos atos administrativos praticados. À sociedade cabe também estabelecer o controle dos atos de seus representantes acompanhando e denunciando, se for o caso, os atos lesivos cometidos. Para tal, possuem os cidadãos, dentre outros, o direito de denunciar os administradores públicos perante os Tribunais de Contas, como também, podem se valer de um valioso instrumento, qual seja, a ação popular.

Assim, todos os atos administrativos são passíveis de controle, que pode ser realizado pelo próprio órgão prolator do ato – controle interno – ou pelos outros poderes da Administração – controle externo realizado pelo Legislativo e Judiciário – ou, ainda, pelo povo, legítimo interessado no bom uso da coisa pública. O povo pode e deve controlar o uso da *res publicae* seja diretamente, como depreendemos do artigo 31, § 3º da Constituição Federal, *in verbis*: “As contas dos Municípios ficarão, durante sessenta dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei”, pode, também, propor ação para anular atos lesivos ao patrimônio público *lato sensu* e à moralidade administrativa.

## 2. DO CONTROLE JUDICIAL

Seguindo as lições de Cretella Júnior<sup>2</sup>, “Obedecendo ao princípio da legalidade, é necessário, pois,

que todo o aparelhamento do Estado, localizado nos órgãos dos três Poderes, lhe controle os atos, efetivamente, na prática, mediante uma série de mecanismos, de 'freios e contrapesos', que se reduzem, na realidade, a três tipos de controles: o controle administrativo (ou autocontrole), o controle legislativo e o controle jurisdicional. Dos três, o mais eficiente é o controle jurisdicional dos atos da Administração, mediante uma série de ações utilizadas pelo interessado, na 'via judicial'. Desse modo a Administração é submetida à ordem judicial."

Assim, o controle judicial ou jurisdicional é o exercido sobre todos os atos administrativos de quaisquer dos Poderes – Executivo, Legislativo, e do próprio Judiciário, quando exercem função administrativa. Isto porque, segundo preceitua a nossa vigente Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXV, "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Em regra, tal controle, por ser de legalidade ou legitimidade, é "a posteriori", haja vista o seu objetivo ser a correção de defeitos, a declaração de sua nulidade, ou, ainda, a concessão de eficácia. Tem-se, entretanto, como exceções, o mandado de segurança preventivo, a ação civil pública e a ação popular, que, em alguns casos, antecede a conclusão do ato impugnado.

Segundo Hely Lopes Meirelles<sup>3</sup>, o controle judicial "...é sobretudo um meio de preservação de direitos individuais, porque visa a impor a observância da lei em cada caso concreto, quando reclamada por seus beneficiários. Esses direitos podem ser públicos ou privados – não importa - mas sempre subjetivos e próprios de quem pede a correção judicial do ato administrativo, salvo na ação popular e na ação civil pública, em que o autor defende o patrimônio da comunidade lesado pela Administração."

Desta forma, somente quando provocado, o Judiciário examina o ato administrativo, pronunciando-se apenas sobre sua legalidade, pois ao Judiciário é vedado apreciar o mérito do ato, que se relaciona com a oportunidade e conveniência da medida adotada pela autoridade.

No direito brasileiro, para a efetivação deste tipo de controle, utilizam-se tanto remédios não específicos, como as ações declaratória, ordinária, executiva,

constitutiva etc, como também, remédios específicos, em que se destacam o *habeas-corpus*, o mandado de segurança e a ação popular.

No que se refere a estes últimos, o *habeas-corpus* é o *remedium juris* que visa proteger o cidadão contra ato ou fato administrativo impeditivo da liberdade de locomoção.

Em relação ao mandado de segurança é este, sem dúvida, o remédio jurídico mais utilizado em nosso direito. Assim como o *habeas-corpus*, tem previsão constitucional e é utilizado para exame de ato administrativo ilegal ou eivado de abuso de poder, que lese ou somente ameace lesar direito líquido e certo, que não amparado por *habeas-corpus* ou *habeas-data*, nos casos em que o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica exercendo atribuições do Poder Público.

A ação popular, por ser objeto de nosso trabalho, daremos destaque à matéria, reservando-lhe capítulo específico. Antes, porém, cabe fazer algumas considerações a seu respeito: enquanto os dois institutos anteriores - mandado de segurança individual e *habeas-corpus* - dizem respeito à procura ao Judiciário para pleitear direito próprio, em que o autor é o titular do direito ferido, a ação popular é movida pelo cidadão para que o Judiciário examine atos lesivos, não ao indivíduo assim considerado, mas ao patrimônio público de forma geral, ao meio ambiente e à moralidade administrativa.

### 3. DA AÇÃO POPULAR

#### 3.1. Breve histórico

Tal instituto já era praticado pelo cidadão romano quando altos interesses da República estavam em jogo. Dentre eles, podemos citar os de *sepulcro vilato, dejectis et effusis, de positis et suspensis, de albo corrupto, de homine libero exhibendo*.<sup>4</sup>

No Brasil, o instituto da ação popular foi previsto inicialmente na Constituição do Império, de 1824. De alcance limitado, podia ser impetrada somente contra juízes de direito e oficiais de justiça por motivos apenas de suborno, peita, peculato e concussão. O autor da ação podia ser qualquer um do povo ou o próprio queixoso no período de um ano e dia.

<sup>3</sup> Cretella Júnior, J.: *Controle Jurisdicional do Ato Administrativo*, Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 329.

<sup>4</sup> Idem. p. 633.

<sup>5</sup> Ibidem: p. 472.

No entanto, somente com a Constituição de 1934 é que a ação popular ganhou o sentido que detém atualmente. Isto porque, até então, faltava-lhe, pelas matérias envolvidas, sentido para fazer compelir o povo a participar, pois careciam tais matérias de repercussão em interesses individuais difundidos e empolgantes.<sup>5</sup> Como podemos depreender do artigo 113, daquele Diploma Legal:

*"Art. 133. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade nos termos seguintes:*

(...)

*38) Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios."*

Nossa Carta Magna de 1937, por razões óbvias, foi omissa a respeito da matéria. Tal instituto só retornou à Lei Maior, em 1946, que assim dispôs:

*"Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista."*

Curiosamente a expressão – *ação popular* – só apareceu na Constituição de 1967, o que alguns autores justificam pela edição da Lei nº 4.717, de 1965, que nominou a matéria como ação popular. Até então, os textos anteriores dispunham apenas sobre a legitimidade de qualquer cidadão para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio público. A Emenda Constitucional de 1969 manteve a mesma redação da Carta de 1967, *in verbis*:

*"Art. 150. (...)*

*31) Qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise a anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas."* (grifei).

Foi, no entanto, com a Constituição Federal de 1988, a Constituição Cidadã, que a ação popular to-

mou novos moldes, alargando o seu âmbito de abrangência, como veremos a seguir. Dessa forma dispõe a nossa vigente Carta Magna, em seu artigo 5º, inciso LXXIII, *in verbis*:

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

Assim, através da ação popular, qualquer do povo é parte legítima para levar ao conhecimento do Judiciário os atos lesivos citados acima, solicitando sua anulação. Devemos salientar que o cidadão que move tal ação o faz como parte da coletividade, defendendo direito subjetivo material que não é o seu diretamente, pois o patrimônio afetado é o da pessoa pública. Embora tal patrimônio seja, na realidade, de toda a coletividade. Por essa razão a competência do cidadão para propor tal remédio.

### 3.2. Características

Inicialmente podemos relacionar como sujeito ativo da ação qualquer do povo; os requisitos para o seu ajuizamento é que o autor seja brasileiro, no gozo de seus direitos políticos, e que haja ilegalidade ou ilegitimidade do ato a ser anulado e que tal ato tenha sido lesivo ao patrimônio público. É o que nos ensina grande parte de nossos doutrinadores.

Passemos à análise de dois requisitos desse remédio constitucional popular, que suscitam debate doutrinário, quais sejam: a qualidade de cidadão, e a necessidade de ilegalidade e também de lesividade para a proposição do instituto.

No que se refere à qualidade de cidadão, depreende-se do próprio texto constitucional – "Qualquer cidadão é parte legítima..." – como também da Lei nº 4.717/65 (Lei da Ação Popular) que, em seu artigo 1º, § 3º, assim dispõe: "A prova da cidadania, para ingresso em juízo, será feita com o título eleitoral, ou com documento que a ele corresponda."

Neste sentido assim se posiciona Odete Medauar<sup>6</sup>: "A Constituição Federal atribui a legitimidade ativa

<sup>5</sup> FAGUNDES, Manuel de Seabra, apud: MANCUSO, Rodolfo de Camargo: "Ação popular. Proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente", *Coleção Controle Jurisdicional dos Atos do Estado*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998, p. 50.

<sup>6</sup> In: *Direito Administrativo Moderno*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 445. No mesmo sentido, DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella: *Direito Administrativo*, São Paulo: Atlas, 2001, p. 642. FIGUEIREDO, Lúcia Valle: *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros Editores, 1994, p. 277.

ao cidadão, pessoa física de nacionalidade brasileira, no gozo dos direitos políticos, isto é, portador de título de eleitor.”

No mesmo sentido afirma Hely Lopes Meirelles<sup>7</sup> que tal ação se funda no direito político do cidadão que, por ter o poder de escolher os governantes, tem, também, a faculdade de fiscalizar-lhes os atos praticados. Como só o cidadão, o eleitor, tem tal poder de escolha, somente ele possui o direito de ajuizamento da ação popular.

Em sentido oposto José Sérgio Monte Alegre<sup>8</sup> dispõe: “Se a ação popular se preordena à preservação, por exemplo, do patrimônio público, não se tem como obscurecer que para a sua formação concorrem todos quantos pagam tributos e não apenas o eleitor, e, então, é manifesta iniquidade, a que se não pode prestar o Direito, deferir o uso da ação popular a um e negá-lo aos demais, mormente se se considerar que o princípio de igualdade, hóspede constitucional, é anunciado em termos que excluem tanto o tratamento igual para situações desiguais, quanto o tratamento desigual para situações iguais. Conseqüentemente, se todos pagam tributos, é prova de intolerável mau gosto dizer que, apesar disso, só o eleitor pode fiscalizar a boa aplicação do dinheiro público. Os outros não. Estes, dobram sob o peso dos deveres, mas não se lhes reconhecem direitos... São súditos... mas não cidadãos.” E aduz mais adiante: “Se é para preservação do meio ambiente ... não se tem como escamotear que esse é um assunto atualmente tendente à internacionalização e que diz com a qualidade de vida, direito fundamental que a Constituição jamais cogitou reservar unicamente ao eleitor. (...) E se é para a defesa da moralidade... não se pode esquecer que ‘direito a um governo honesto’ possuem todos quantos suportam as conseqüências de um governo desonesto: os contribuintes, sobretudo. (...) Em conseqüência, nenhuma resistência se pode opor a que cidadão, no contexto do art. 5º, LXXIII, não significando eleitor, significa que nacional, para efeito da ação popular.” E aponta várias passagens da Lei Maior em que a palavra *cidadão* não é sempre equivalente perfeito de *eleitor*. Dentre tais passagens citamos, o artigo 64 do ADCT, que estabelece o direito de todo *cidadão* receber gratuitamente um exemplar da Constituição; o artigo 58, § 2º, inciso V, que concede às comissões do Congresso

Nacional e de suas Casas o direito de solicitar depoimento de qualquer autoridade ou *cidadão*; e, ainda, o artigo 74, § 2º que estabelece que “Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.”

Concordamos na íntegra com o ilustre professor, lembrando das inúmeras imperfeições contidas no texto da Carta Magna. À guisa de exemplo, quem ousaria afirmar que ao estrangeiro, estando em solo pátrio, porém aqui não residindo, não está garantido o direito à vida, à segurança e à liberdade, por exemplo? No entanto, analisando-se literalmente o texto constitucional afirmaríamos a veracidade de tão absurda interpretação, pois assim dispõe o artigo 5º, *caput*, do citado diploma legal: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a à propriedade. ...” (grifei).

Remetendo-nos, ainda, à Lei nº 4.717/65 devemos lembrar que ela foi editada num período difícil para o País, que, segundo as palavras do já citado José Sérgio Monte Alegre<sup>9</sup> “... a Lei nº 4.717, (...), veio ao mundo jurídico em 1965, pouco mais de um ano após a chamada Revolução de 1964, responsável pela instauração no Brasil de um longo período de obscurantismo institucional, gerado no ventre de uma ordem jurídica de feição marcadamente autoritário, repressiva de liberdades mesmo as mais apazíveis. Inevitável, assim, que, contaminada por densa atmosfera de arbítrio, a lei, (...), houvesse preferido, entre dois significados possíveis de uma mesma palavra (*cidadão*), aquele que mais favorecia o poder político e amesquinhava o controle do Judiciário, ...” Segue o ilustre professor afirmando que a lei da ação popular foi sendo aplicada com uma interpretação conveniente do legislador, na verdade, talvez a única que poderia ter naquele momento, no que corroboramos tais afirmações aduzindo que tal restrição – qualidade de cidadão para ser autor de ação popular – é incompatível com o espírito da vigente Carta Magna, conhecida por Constituição Cidadã, que, dispõe em um único artigo (5º), a título exemplificativo, setenta e sete incisos e

<sup>7</sup> In: *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas-Data*, São Paulo: Edit. Revista dos Tribunais, 1989, p. 88.

<sup>8</sup> In: “Ação popular não é direito político”, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: 189, jul./set., 1992, p.p. 132-133.

<sup>9</sup> *Op. Cit.* p. 129.

dois parágrafos versando somente sobre direitos e deveres individuais e coletivos, dentre eles, a possibilidade de ajuizamento de ação popular contra atos lesivos à moralidade administrativa e ao patrimônio público *lato sensu*.

Assim, concordamos com a minoria da doutrina, que entende cabível desvincular a palavra cidadão de expressão de gozo dos direitos políticos, aplicando-a a qualquer do povo que se ache lesado enquanto nessa condição.

Indo mais além em tal afirmação, gostaríamos de trazer as palavras da ilustre juíza do TRF da 3ª Região e professora de Direito Administrativo, Lúcia Valle Figueiredo<sup>10</sup>, que afirma, *in verbis*: “A legitimidade para agir, atribuída somente aos cidadãos, é algo que acanha a ação popular, desvirtuando medida de ouro para controle da ilegalidade da Administração, para controle da lesividade que a Administração possa produzir ao patrimônio público, para controle da moralidade administrativa.

Realmente, subtrai a grandeza da ação popular. Pense-se, por exemplo, se a legitimidade fosse dada às associações de classe, à Ordem dos Advogados, que se tem manifestado tão atuante ao longo desses anos. É claro que a ação popular teria muito mais condições. Destarte, a restrição quanto à legitimidade para agir é algo que precisaria ser modificado.”

No que concerne à necessidade do binômio ilegalidade x lesividade, tal discussão surgiu com a Carta de 1946 estendendo-se até nossos dias, pois como aquele Diploma Legal mencionava “... a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ...”, no que os defensores de tal tese invocavam tal fundamento para sua posição.<sup>11</sup> Com o advento da Constituição de 1967, a regra foi alterada, mas a divergência manteve-se na doutrina. Atualmente, nossa Lei Maior manteve a exclusão a tal menção, porém a maior parte tanto da doutrina como da jurisprudência mantém tal entendimento, ou seja, a necessidade do binômio ilegalidade x lesividade como requisito para propositura da ação popular. E conclui salientando que não há necessidade de cumular ilegalidade *stricto sensu* e lesividade para que o ato seja considerado anulável

(em sentido amplo), faz-se necessária apenas a lesividade ilícita, ou ilegalidade em sentido amplo, pois contrária aos princípios que regem a administração pública.<sup>12</sup>

Em entendimento similar, citamos Lúcia Valle Figueiredo<sup>13</sup>, que afirma: “Não mais temos, na ação popular, restrição no tocante à necessidade de que o ato seja *ilegal e lesivo*. Não se trata mais de ‘e’, mas sim de ‘ou’ lesivo.”

A esse respeito cabe fazermos algumas considerações.

Em primeiro lugar, qual o sentido da expressão “ato lesivo”? Quis o constituinte referir-se apenas à lesão patrimonial, financeira, ou esta foi incluída na Lei Maior em seu sentido amplo? Ou seja, há também lesão por conter ilegalidade *stricto sensu*, embora possa o ato não ter causado prejuízo patrimonial, financeiro? Entendemos que sim. E é o próprio texto constitucional que nos traz tal entendimento, senão vejamos:

Dispõe o inciso LXXIII, da Lei Maior: “... 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, ...” Assim, cabe ação popular para anular ato lesivo à moralidade administrativa, que é um princípio da Administração Pública. Então, não podemos afirmar que lesividade se restringe àquela de cunho patrimonial, pois, via de regra, os atos que atentam contra a moralidade administrativa não causam prejuízo patrimonial *stricto sensu*, mas causam lesão. *Mutatis mutandis* aplica-se o mesmo raciocínio em se tratando de atos lesivos ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

Corroborando tal afirmação, começam a surgir decisões judiciais de ações impetradas tendo por pretensão desconstituir atos lesivos cometidos unicamente contra a moralidade administrativa, das quais selecionamos a Ap nº 1.039/7<sup>14</sup> da 4ª Câmara do TJMG, ao entender correto o procedimento dos vereadores ao proceder à fixação de novos subsídios, considerando que tanto a Constituição Estadual como a Lei Orgânica do Município não haviam ainda sido promulgadas.

<sup>10</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle: *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros Ed., 1994, p. 277.

<sup>11</sup> Neste sentido: José Frederico Marques, Seabra Fagundes, José Afonso da Silva, Hely Lopes Meirelles etc. Apud: FINGER, Julio Cesar: “Algumas notas sobre lesividade, ilegalidade e moralidade na ação popular”, *Revista dos Tribunais*, Ano 88, vol. 767, set. 1999, p. 62.

<sup>12</sup> FREITAS, Juarez: *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*, São Paulo: Malheiros, 1997, p. 136.

<sup>13</sup> *Op.cit.* p. 278.

<sup>14</sup> *Revista dos Tribunais*, 699/140-142.

Porém, quando os fixaram em valor exorbitante, haja vista o fato ter ocorrido em época de congelamento de salários e de preços, entendeu o Relator no que foi acompanhado por seus pares, que o ato praticado – fixação dos subsídios dos vereadores – violou a moralidade administrativa. Ainda em sede de ação popular trouxemos à colação a ApCív nº 263.818-1/1<sup>15</sup> da 9ª Câmara Cível do TJSP, que condenou prefeito municipal que se utilizou da publicidade em promoção pessoal, descumprindo, assim, o artigo 37, § 1º, da Constituição Federal. O Relator, Des. Yoshiaki Ichihara, condenou o citado prefeito a ressarcir ao Município os valores despendidos com tais contratos de publicidade, pois violador dos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa.

Por outro lado, temos atos ilegais que, à primeira vista, não causam danos ao erário, não são lesivos, entendidos estes sob o aspecto patrimonial apenas. Senão vejamos:

Determinado Município contrata servidores sem concurso público e estes não se enquadram nos casos de contratação temporária por excepcional interesse público. Houve nesse caso ilegalidade (*stricto sensu*), mas se entendermos lesividade apenas do ponto de vista patrimonial, financeiro, certamente se afirmará que tal fato não ocorreu, porque, embora o pagamento pelos serviços sejam advindos de uma contratação irregular, houve a prestação dos serviços. No entanto, se pensarmos em lesividade *lato sensu*, importa não só em nulidade do ato, como também, ressarcimento ao erário. Devemos salientar que tal afirmação não é matéria pacífica na jurisprudência brasileira. Citem-se as Apelações nº 236.263-1/10 do TJSP e nº 594146516 do TJRGS, que tinham como motivo a admissão irregular de servidores. Os pedidos de nulidade dos atos foram acolhidos, porém não houve ressarcimento dos valores pagos a título de remuneração, sob a alegação de que se isso ocorresse se configuraria locupletamento do erário.

Em sentido oposto temos a Ap nº 170.925-1/1 também do TJSP, sobre a contratação de servidor sem a devida habilitação, na qual o Relator afirmou que a lesividade, no caso, é intuitiva, porque remunerou pessoa por serviços que ela não tinha qualificação para prestar, houve, dessa forma, prejuízo ao erário. A “inovação” deveu-se ao fato de o ilustre Relator ter condenado, solidariamente, o servidor admitido e o pre-

feito que o admitiu. Infelizmente, tal posição não é a majoritária na jurisprudência brasileira.

Diante do exposto, concluímos que:

- A Constituição Federal, ao utilizar a palavra “cidadão” para expressar quem pode ser autor de ação popular, não a utilizou como sinônimo de “eleitor”, mas de qualquer do povo, como, aliás, preceitua o *caput* do artigo 5º, do qual o inciso LXXIII faz parte;
- O binômio ilegalidade x lesividade não mais se faz necessário, haja vista o cabimento da ação popular para anular atos lesivos à moralidade administrativa que, muitas vezes, embora revestidos de legalidade, são lesivos por atentatórios ao princípios regedores da Administração Pública.

## CONCLUSÃO

Pelo exposto, podemos concluir que:

- Pelo sistema de freios e contrapesos preconizado por Montesquieu, expresso pela teoria da separação dos poderes, todos os atos administrativos são passíveis de controle, que pode ser realizado pelo próprio órgão prolator do ato, também chamado de controle interno, ou aquele executado por órgão estranho à edição do ato a ser controlado – controle externo da Administração – realizado pelos Tribunais de Contas e pelo Judiciário. Salientamos, também, o controle pelo povo, legítimo interessado no bom uso da coisa pública.
- Dentre os tipos de controle externo, destacamos o controle judicial, do qual Cretella Júnior afirma ser o mais eficiente meio de controle dos atos administrativos, pois submete a Administração à ordem judicial. Dentre os vários meios de que se vale o cidadão para provocar o Judiciário na defesa da *res publicae*, salientamos a ação popular, remédio constitucional em defesa do patrimônio público *lato sensu*, da moralidade administrativa e do meio ambiente.
- Prevista desde a Constituição Imperial de 1824, e ausente, por questões óbvias, da Constituição Federal de 1937, a ação popular só ganhou destaque com a Constituição Cidadã de 1988,

<sup>15</sup> Revista dos Tribunais, 743/263-266.

embora a Lei nº 4.717, disciplinadora da matéria no âmbito infraconstitucional, date de 1965.

- No que concerne às características da ação popular muito se discute a exigência do estado de cidadão como requisito para propositura da ação. A doutrina se divide, embora a corrente majoritária entenda necessária a apresentação do título de eleitor, comprovação do gozo dos direitos políticos do autor da ação. Parte minoritária, porém, acertadamente, entende que a palavra 'cidadão' prevista no artigo 5º, inciso LXXIII da Constituição Federal não foi inserida no texto constitucional como sinônimo de eleitor, mas de qualquer do povo, ampliando, assim, para qualquer pessoa a capacidade de ingressar em juízo para anular atos lesivos cometidos por administradores públicos.
- Outra discussão doutrinária é a necessidade do binômio ilegalidade x lesividade como outro requisito da ação popular. Embora grande parte da doutrina exija a concomitância das duas situações, entendemos que tal exigência tornaria inócuo o dispositivo constitucional no que se refere à possibilidade de anulação de atos lesivos à moralidade administrativa, pois, via de regra, em tais casos, há lesividade, sem, necessariamente, haver ilegalidade.

Assim, tencionamos com o presente trabalho apresentar um valioso instrumento de que dispõe o 'cidadão' para coibir o mau uso da coisa pública em nosso país. Infelizmente, tal remédio heróico não vem sendo muito utilizado, não por não haver necessidade, mas porque o 'cidadão' ainda está aprendendo a lutar por seus direitos, seja na esfera privada, seja contra os maus administradores da *res communis*. Esperamos que a conscientização de sua importância na sociedade conduza a uma 'luta' por nossos direitos enquanto parte mais importante e legítimo destinatário da administração da coisa pública, sendo colocado o interesse público acima de quaisquer interesses particulares.

## BIBLIOGRAFIA

ALEGRE, José Sérgio Monte: "Ação popular não é direito político", *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: 189, jul./set. 1992, pp. 123-138.

BRITTO, Carlos Ayres: "Distinção entre 'controle social do poder' e 'participação popular'", *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: 189, jul./set. 1992, pp. 114-122.

CARVALHO FILHO, José dos Santos: *Manual de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Lumen Juris Ltda., 1999.

CRETELLA JÚNIOR, José: *Controle Jurisdicional do Ato Administrativo*, Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella: *Direito Administrativo*, São Paulo: Atlas, 2001.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle: *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

FINGER, Júlio Cesar: "Algumas notas sobre lesividade, ilegalidade e moralidade na ação popular", *Revista dos Tribunais*, Ano 88, vol. 767, set. 1999, pp. 59-70.

FREITAS, Juarez: *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*, São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo: "Ação popular. Proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente", *Coleção Controle Jurisdicional dos Atos do Estado*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998.

MEDAUAR, Odete: *Direito Administrativo Moderno*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

MEIRELLES, Helly Lopes: *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas-Data*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1989.

\_\_\_\_\_: *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de: *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

MINHOTO JÚNIOR, Alcebádes da Silva: *Teoria e Prática da Ação Popular Constitucional*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985.

\* Graduada em Letras - UFPE, Bacharela em Direito - UFPE, Pós-Graduada em Direito Administrativo e Constitucional - UFPE, Assistente Técnica em Informática e Administração do TCE/PE.