

**XXVI ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA – DF**

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

DANIELA MENENGOTI RIBEIRO

EDINILSON DONISETE MACHADO

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Daniela Menengoti Ribeiro; Edinilson Donisete Machado; Lucas Gonçalves da Silva - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-446-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Cidadania. 3. Sociedade

Plural. 4. Garantias. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Apresentação

O XXVI Encontro Nacional do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – em parceria com o Curso de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, da UNB - Universidade de Brasília, Universidade Católica de Brasília – UCB, Centro Universitário do Distrito Federal – UDF e com o Instituto Brasiliense do Direito Público – IDP, ocorreu na Capital Federal entre os dias 19 e 21 de julho de 2017 e teve como tema central "DESIGUALDADES E DESENVOLVIMENTO: O papel do Direito nas políticas públicas”.

Dentre as diversas atividades acadêmicas empreendidas neste evento, tem-se os grupos de trabalho temáticos que produzem obras agregadas sob o tema comum do mesmo.

Neste sentido, para operacionalizar tal modelo, os coordenadores dos GTs são os responsáveis pela organização dos trabalhos em blocos temáticos, dando coerência à produção com fundamento nos temas apresentados.

No caso concreto, o Grupo de Trabalho DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II, coordenado pelos professores Daniela Menengoti Ribeiro, Edinilson Donisete Machado e Lucas Gonçalves da Silva, foi palco da discussão de trabalhos que ora são publicados, tendo como fundamento textos apresentados que lidam com diversas facetas deste objeto fundamental de estudos para a doutrina contemporânea brasileira.

Como divisões possíveis deste tema, na doutrina constitucional, o tema dos direitos fundamentais tem merecido atenção de muitos pesquisadores, que notadamente se posicionam em três planos: teoria dos direitos fundamentais, direitos fundamentais e garantias fundamentais, ambos em espécie.

Logo, as discussões doutrinárias trazidas nas apresentações e debates orais representaram atividades de pesquisa e de diálogos armados por atores da comunidade acadêmica, de diversas instituições (públicas e privadas) que representam o Brasil em todas as latitudes e longitudes, muitas vezes com aplicação das teorias mencionadas à problemas empíricos, perfazendo uma forma empírico-dialética de pesquisa.

Com o objetivo de dinamizar a leitura, os artigos foram dispostos considerando a aproximação temática:

1. LAICIDADE ESTATAL, LIBERDADE RELIGIOSA E RECONHECIMENTO: A POLÊMICA SOBRE A PROIBIÇÃO DO USO DE ROUPAS RELIGIOSAS DURANTE O HORÁRIO DE TRABALHO

2. PRISÕES CAUTELARES E PRESUNÇÃO DE CULPA: NOTAS HISTÓRICAS SOBRE ESTA DIALÉTICA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

3. O DIREITO FUNDAMENTAL À INIMPUTABILIDADE PENAL ETÁRIA

4. PRINCÍPIO DA IGUALDADE: IGUALDADE MATERIAL E CRITÉRIO DE DISCRIMINAÇÃO LÍCITA PARA UNIVERSALIDADE DO ACESSO AO SERVIÇO PÚBLICO

5. RESPONSABILIDADE CIVIL E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

6. LIMITES CONSTITUCIONAIS À REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE REUNIÃO PELO LEGISLADOR ORDINÁRIO

7. O DIREITO À MANIFESTAÇÃO E A REPRESSÃO DO ESTADO EM NOME DA SEGURANÇA NACIONAL: UMA REFLEXÃO SOBRE OS MOVIMENTOS DE PROTESTO NO BRASIL.

8. O DIREITO À EXISTÊNCIA DIGNA NA SOCIEDADE SOLIDÁRIA E A CATEGORIZAÇÃO DE PESSOAS

9. DIREITOS FUNDAMENTAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO E A TRIBUTAÇÃO DA RENDA

10. A INCONSTITUCIONALIDADE DO LIMITE DE DEDUÇÃO DAS DESPESAS EDUCACIONAIS NO IRPF E A TUTELA JURISDICIONAL PARA A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO.

11. A APLICABILIDADE DO INCIDENTE DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NAS EXECUÇÕES FISCAIS COMO FORMA DE

EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS VOLTADO AO CONTRIBUINTE DEVEDOR

12. OS DESAFIOS DA JURISDIÇÃO PROCESSUAL EM FACE DA CONSTANTE BUSCA POR SEGURANÇA JURÍDICA: O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO NOS CASOS DE FIM DE VIDA

13. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE COMO DIREITO UNIVERSAL

14. UMA LEITURA ATUAL DO TRATAMENTO JURÍDICO DO DIREITO À VIDA SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

15. A RELATIVIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA AUTODETERMINAÇÃO DOS POVOS E DA NÃO-INTERVENÇÃO EM FACE DA SUPREMACIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS

16. A RELAÇÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS DO MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL E OS INSTRUMENTOS DE CONTROLE DE QUALIDADE DO AR

17. DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: A RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL

18. DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL À PROPRIEDADE URBANA NA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL: ANÁLISE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

19. A AÇÃO POPULAR COMO MECANISMO ADEQUADO GARANTIDOR DO DIREITO DE PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO CONSAGRADA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA E A ANÁLISE QUANTO A LEGITIMIDADE ATIVA SECUNDÁRIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Destaca-se que além da rica experiência acadêmica, com debates produtivos e bem-sucedidas trocas de conhecimentos, o Grupo de Trabalho DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II também proporcionou um entoadado passeio pelos sotaques brasileiros, experiência que já se tornou característica dos eventos do CONPEDI, uma vez que se constitui atualmente o mais importante fórum de discussão da pesquisa em Direito no Brasil, e, portanto, ponto de encontro de pesquisados das mais diversas regiões do Brasil.

Por fim, reiteramos nosso imenso prazer em participar da apresentação desta obra e do CONPEDI e desejamos boa leitura a todos.

Profa. Dra. Daniela Menengoti Ribeiro - Unicesumar

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM e UENP

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS

A AÇÃO POPULAR COMO MECANISMO ADEQUADO GARANTIDOR DO DIREITO DE PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO CONSAGRADA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA E A ANÁLISE QUANTO A LEGITIMIDADE ATIVA SECUNDÁRIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

POPULAR ACTION A MECHANISM SUITABLE GUARANTEE OF THE RIGHT TO PROTECT THE PUBLIC HERITAGE CONSECRATED BY THE BRAZILIAN CONSTITUTION AND ANALYSIS OF THE SECONDARY ACTIVE LEGITIMACY OF THE PUBLIC MINISTRY

**Ana Carla Rodrigues da Silva
Natalia Custodia Rabelo de Oliveira**

Resumo

Pretende-se com o presente artigo científico, primeiramente, conceituar e estabelecer os principais aspectos da ação popular, fixando o seu cabimento, processamento, requisitos, e legitimidade. Após, será analisada o seu impacto como proteção de direitos fundamentais e a sua importância como proteção de tais direitos já que direitos inerentes do ser humano assegurados pela Constituição Federal Brasileira de 1988. Analisar a legitimidade ativa do Ministério Público que decorre dos casos em que o autor da ação promove o seu abandono, o que intitulou-se no presente estudo como legitimidade ativa secundária já que decorrente da perda da legitimidade do cidadão.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, Constituição federal, Ação popular, Legitimidade, Ministério público

Abstract/Resumen/Résumé

It is intended with the present scientific article, first, to conceptualize and establish the main aspects of popular action. Afterwards, its impact as protection of fundamental rights and their importance as protection of these rights will be analyzed, as well as the inherent human rights guaranteed by the Brazilian Federal Constitution of 1988. To analyze the active legitimacy of the Public Prosecutor's Office that arises from the cases in which the Author of the action promotes his abandonment, which he called the present study as active secondary legitimacy since it results from the loss of the citizen's

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental rights, Federal constitution, Popular action, Legitimacy, Public prosecutor's office

Introdução

O presente estudo pretende analisar a ação popular, verificando a sua previsão, legitimados e adentrar as principais discussões sobre o tema abordando a questão da legitimidade ativa do Ministério Público. A ação popular está prevista na lei especial, Lei 4.717/65 e também conta com previsão constitucional no art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal Brasileira de 1988, no capítulo que trata dos direitos e garantias fundamentais, que dispõe da seguinte forma:

Art. 5º, LXXIII, CF/88 – 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, a 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.

Lei. 4717/65, Art. 1º- Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista, de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.

A Constituição Federal de 1824, em seu art. 157 tratou da ação popular mas em um caráter disciplinar ou penal. Assim, Rodolfo de Camargo Mancuso (2001, p.52) trata que a Constituição Federal de 1934 foi o primeiro texto constitucional a dar guarida a ação popular. Desde então, com exceção da Constituição de 1937, a ação constitucional encontra previsão nas Constituições Federais Brasileiras, sendo o texto mais amplo previsto na Constituição Federal de 1988.

Temos que a ação popular se faz de fundamental importância posto que visa assegurar direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal Brasileira de 1988, que tem como prisma básico a proteção do indivíduo perante o Estado. Ada Pellegrini Grinover assevera que “a ação popular garante, em última análise, o direito democrático de participação do cidadão na vida pública, baseando-se no princípio da legalidade dos atos administrativos e no conceito de que a coisa pública é patrimônio do povo” (1979, p. 38)

Meirelles assim dissertou:

É um instrumento de defesa dos interesses da coletividade, utilizável por qualquer de seus membros. Por ela não se amparam direitos individuais próprios, mas sim interesses da comunidade. O beneficiário direto e imediato desta ação não é o autor, é o povo, titular do direito subjetivo ao governo honesto. O cidadão a promove em nome da coletividade, no uso de uma prerrogativa cívica que a Constituição da República lhe outorga. (MEIRELLES, 2005, p. 130)

Assim, temos na ação popular um importante mecanismo de controle dos atos do poder público, onde qualquer cidadão em pleno gozo de seus direitos políticos, poderá se valer da ação constitucional para invalidar ato ou contrato imorais ou lesivos ao patrimônio público. Neste sentido temos o conceito trazido por José Afonso da Silva:

A ação popular constitucional brasileira é um instituto processual civil, outorgado a qualquer cidadão como garantia político-constitucional (ou remédio constitucional), para a defesa do interesse da coletividade, mediante a provocação do controle jurisdicional corretivo de atos lesivos ao patrimônio público, da moralidade administrativa, do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural. (SILVA, 2013, p. 100)

A ação popular e as demais ações constitucionais previstas em nosso ordenamento e asseguradas pela Constituição Federal de 1988, são importantes mecanismos a assegurar a efetividade dos direitos fundamentais que são garantidos pelos princípios constitucionais e através das ações constitucionais. Assim verificamos dos ensinamentos de Tereza Arruda Alvim (2009, p.25):

Num primeiro plano, estão os princípios processuais constitucionais, que garantem a todos o respeito, no plano da operação da atividade jurisdicional, a possibilidade jurisdicional, à possibilidade de defesa diante de qualquer alegação, o amplo conhecimento de tudo quanto ocorra no processo, além de outras garantias de igual porte relevância. Noutra plano, encontram-se as ações constitucionais tipificadas, meios processuais de defesa de tais direitos, previstos clara e explicitamente no texto constitucional.

Inconteste assim a importância da ação popular como forma de proteção dos direitos fundamentais e fonte de fiscalização entre indivíduo e Estado. E neste sentido vale citar Iribure Junior:

Os direitos fundamentais, portanto, podem ser entendidos como “condições democráticas”, reconhecidos pela comunidade política sob a forma de princípios, sem os quais não há cidadania em sentido pleno, nem verdadeiro processo político deliberativo. Os direitos fundamentais tornam-se, antes, uma

exigência mínima democrática, para, somente se necessário e a posterior, servirem de balizas limitadoras de outros direitos. (IRIBURE JÚNIOE, 2015, p. 95)

1. Os requisitos da lesividade e da ilegalidade

A ação popular, assim como as mais diversas ações previstas em nosso ordenamento jurídico, carece de requisitos para que se possa alcançar a sua validade. Assim, da leitura do texto constitucional depreendemos de imediato com a previsão de que a ação popular visa anular ato lesivo ao patrimônio público, a moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. Resta claro assim a necessidade da existência da lesividade como requisito para propositura da ação constitucional. Neste sentido temos a lição de Pedro Lenza (2014, p.1165) quando dita que são requisitos da ação popular: “Lesividade ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe (...), a moralidade administrativa, ao meio ambiente ou ao patrimônio público.”

Assim sendo, temos em análise a discussão doutrinária acerca da necessidade de existência da lesividade e ilegalidade. Para Michel Temer (1998, p. 200) “embora o texto constitucional não aluda a ilegalidade, ela está sempre presente nos casos de lesividade ao patrimônio público.”

Vale lembrar neste ponto os princípios que norteiam a Administração Pública, previstos no art. 37 da CF/88. São eles: Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência. Doutrinariamente ainda temos como princípios norteadores: Razoabilidade, proporcionalidade e supremacia do interesse público sobre o privado.

O princípio da legalidade é considerado o ‘Grande Princípio’ já que a Administração Pública deve atuar sub lege, ou seja, no amparo de lei, devendo agir dentro do que a lei permite, sob pena de praticar ato ilegal, passível de anulação pela própria Administração Pública e também pelo poder Judiciário. Os atos legais, podem ser revogados pela Administração por conveniência e oportunidade e, neste plano, entende-se não ser cabível a intervenção do judiciário.

Discussão existe acerca dos atos denominados legais e a sua impossibilidade de revisão pelo poder judiciário, isto porque, os atos legais são praticados com base na conveniência e oportunidade, analisadas caso a caso pelo Poder Público, sendo passível assim de anulação pela Administração Pública.

Doutrina e a jurisprudência tem enfrentado o problema de saber se basta a lesividade para autorizar a demanda popular ou se é indispensável a configuração da ilegalidade. Para

Temer, seria impossível a existência de ato lesivo e legal já que a lesividade traz em si a ilegalidade.

Há assim correntes de que se ilegal o ato praticado, teríamos automaticamente a lesividade concreta ou presumida e contrariamente de que há necessidade de demonstração da lesividade material ou moral, não podendo neste caso haver presunção de lesividade.

A Lei 4717/65 exemplificou de forma não taxativa, atos nulos e anuláveis, em seus arts. 2º, 3º e 4º, hipóteses caracterizadoras de atos lesivos ao patrimônio público, assim considerando hipóteses concretas e presumidamente lesivas.

O procedimento a ser invalidado deve ser contrário ao Direito, infringindo normas específicas ou por se desviar dos princípios que regem a Administração Pública. Essa ilegalidade pode surgir de vício formal ou substancial, inclusive desvio de finalidade.

Quanto a lesividade, entende-se a ação ou omissão que desfalque o erário, prejudique a Administração, ou que ofenda os bens ou valores artísticos, culturais, ambientais ou históricos da comunidade. “Assim, exige-se o binômio ilegalidade-lesividade para propositura de ação, dando-se tão somente sentido mais amplo à lesividade, que pode não somente importar prejuízo patrimonial, mas lesão a outros valores, protegido pela Constituição” (Hely Lopes Meirelles).

Possível porém a ocorrência de ação popular para afastar lesão à moralidade sem ocorrência da lesividade eraria. Um exemplo de lesão à moralidade sem prejuízo ao erário público, citado por Silva (2007, p. 342), seria quando “o Presidente da República, ao viajar no avião presidencial para a abertura da Assembleia Geral da ONU, acaba oferecendo uma carona ao próprio filho, que pretende passear nos Estados Unidos da América.”. Neste exemplo, segundo o mesmo autor, uma ação popular seria eficiente para condenar pai e filho a pagarem todos os gastos feitos com o referido ato imoral, apesar de os cofres públicos não terem sofrido prejuízo efetivamente, pois a viagem ocorreria de fato e havia lugares vagos no avião. E ainda finaliza dizendo que “a moralidade protegida constitucionalmente não permite atos dessa natureza, em que se dá a utilização de bens públicos para fins estritamente particulares.”

2. A competência para julgamento da ação

A competência será definida, conforme art. 5º da Lei 4717/65, pela origem do ato ou omissão objetos da ação constitucional analisada e deverá ser processada e julgada perante a Justiça de primeiro grau. Assim, quando se tratar de ato da União será competente a Justiça

Federal, tendo o Supremo Tribunal Federal jurisprudência vasta e pacífica no sentido de que não possui competência originária para o processo e julgamento de ações populares.

Neste sentido podemos citar:

A competência para julgar ação popular contra ato de qualquer autoridade, até mesmo do Presidente da República, é, em regra, do juiz competente de primeiro grau. Precedentes. Julgado o feito na primeira instância, se ficar comprovado o impedimento de mais da metade dos desembargadores para apreciar o recurso voluntário ou a remessa obrigatória, ocorrerá a competência do Supremo Tribunal Federal, com base na letra 'n' do inciso I, segunda parte, do artigo 102 da Constituição Federal. (AO 859-QO, Rel. Min. Ellen Grecie, DJ de 1º.08.2003) (LENZA, 2014, p. 1166)

Assim, resta fixado que a ação popular será processada e julgada pelo juízo de primeiro grau. E, somente terá competência originária perante o Supremo Tribunal Federal quando da ocorrência de uma das hipóteses previstas no art. 102, inciso I, alíneas 'f' e 'n', ou seja, quando as causas e os conflitos for entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e os outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta ou quando a ação tratar de assunto em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados ou em quem mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados.

3. A natureza e a coisa julgada na ação popular

A ação popular poderá ser preventiva com o fim de evitar a lesividade ou repressiva onde o autor busca o ressarcimento do dano, a anulação do ato, a recomposição do patrimônio público lesado, indenização e etc.

É cabível pedido liminar em ação popular desde que presentes os requisitos autorizadores, quais sejam periculum in mora e fumus boni iuris.

Quanto a coisa julgada se faz importante a citação dos ensinamentos de Pedro Lenza :

A coisa julgada se opera *secundum eventum litis*, ou seja, se a ação for julgada procedente ou improcedente por ser infundada, produzirá efeito de coisa julgada oponível *erga omnes*. No entanto, se a improcedência se der por deficiência de provas, haverá apenas a coisa julgada formal, podendo qualquer cidadão intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova (art. 18 da lei), já que não terá sido analisado o mérito. (2014, p. 1169)

Assim, assevera ainda que quando a ação for julgada improcedente, está somente produzirá efeitos após ser revisada pelo duplo grau de jurisdição. Já, se julgada procedente, a apelação será recebida em seu duplo grau, quais sejam, devolutivo e suspensivo.

Verifica-se que a ação popular criou mecanismos de ser a mais justa possível já que, se estivermos diante de uma sentença de improcedência, esta somente terá validade após ser reanalisada, o que chamamos de duplo grau de jurisdição, sendo esta, uma forma de proteção ao autor. Em contrapartida, também prevê forma de proteção ao réu quando traz que em se tratando de sentença de procedência o recurso de apelação será recebido com efeito devolutivo e suspensivo com o fim de evitar danos inoportunos.

Visando também esta proteção e os ajuizamentos infundados de ação popular, a lei da ação popular previu que esta será isenta de custas judiciais e ônus sucumbenciais, salvo se comprovada má-fé. Neste sentido temos o importante ensinamento de Uadi Lammêgo Bulos, que coaduna com o pensamento de proteção igualitária entre autor da demanda e réu, “Busca-se, pois, evitar que, nas campanhas políticas, a ação popular sirva de ferramenta demagógica, em que o candidato acusa o seu adversário despropositadamente, na intenção de desmoralizá-lo. Logo, a má-fé comprovada gera o ônus da sucumbência.” (2011, p. 782)

4. A ação popular contra ato do Legislativo ou do Judiciário

Discussão paira ainda acerca da possibilidade de ação popular contra ato do legislativo. O Supremo Tribunal Federal-STF tem se posicionado quanto ao não cabimento já que a competência originária para julgamento de ação popular é do juízo de primeiro grau o que acarretaria usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal para o controle abstrato, e serviria como substituto da ADIN implicando a nulidade do respectivo processo.

O STF também tem orientação no sentido de que não é possível ação popular contra atos de conteúdo jurisdicional, praticados pelo Poder Judiciário no exercício de sua função típica – decisão judicial. Isto porque se houvesse a possibilidade haveria uma ofensa à segurança das decisões judiciais.

Neste sentido, ainda que a Ação Popular vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, a moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, tem-se medida especial para apuração de irregularidade trazida pelo Judiciário ou pelo Legislativo e, portanto não é de se falar na sua aplicação.

5. A legitimidade ativa e passiva na ação popular

Trataremos por fim da discussão acerca da legitimidade ativa e passiva, onde pretende-se abordar a problemática do presente estudo demonstrando a ilegitimidade ativa do Ministério Público mas a existência da sua legitimidade ativa secundária.

Em regra, poderá figurar no polo passivo da ação popular, qualquer cidadão, o que não se pode confundir aqui é a legitimidade ativa com capacidade postulatória, pois, a última não é intrínseca a qualquer cidadão.

O cidadão legitimado a propositura da ação, não se confunde com qualquer pessoa. Cidadão se refere a pessoa física, nato ou naturalizado, e que estejam no gozo de seus direitos políticos – capacidade de votar e ser votado que é provado através do título de eleitor.

Quanto aos naturalizados, neste ponto necessário se fazer uma observação quanto aos Portugueses, já que se pode obter uma falsa impressão de que estes poderiam assim ajuizar a ação popular mas na realidade não se pode já que Portugal possui reciprocidade com o Brasil mas a Constituição Federal Portuguesa veda a ação tratada e, por esse motivo retira dos português a legitimidade de ingresso com a ação popular no Brasil.

Neste sentido os ensinamentos de Pedro Lenza:

Somente poderá ser autor da ação popular o cidadão, assim considerado o brasileiro nato ou naturalizado, desde que esteja em pleno gozo de seus direitos políticos, provada tal situação (e como requisito essencial da inicial) pelo título de eleitor, ou documento que a ele corresponda (art. 1º, parág. 3º, da Lei 4.717/65).

Assim, excluem-se do polo ativo os estrangeiros, os apátridas, as pessoas jurídicas (vide Súmula 365 do STF) e mesmo os brasileiros que estiverem com os seus direitos políticos suspensos ou perdidos (art. 15 da CF/88). (2014, p. 1166)

No Brasil, cidadão entre 16 e 18 anos, apesar de não considerado totalmente capaz, possui possibilidade de obtenção de título eleitoral, motivo pelo qual também tem legitimidade ativa. Pedro Lenza (2014, p. 1166) diz ainda que não há necessidade de assistência mas deverá ser por advogado em decorrência da capacidade postulatória.

Já, o polo passivo encontra-se previsto no art. 6º da Lei 4717/65 que dita que figurará no polo passivo a entidade coatora, os agentes e os beneficiários do ato ou contrato lesivo ao patrimônio público, fazendo-se entre este um litisconsórcio passivo obrigatório.

Quando se tratar de uma Ação Popular, contar-se-á necessariamente no polo passivo de um litisconsórcio obrigatório já que a princípio tem-se o agente mas esse, age em nome de

uma entidade coatora que portanto deverá também integrar a demanda e ainda tem-se o beneficiário que também será parte integrante.

A legitimidade passiva do beneficiário do ato irregular é de fundamental importância posto que a demanda pretende coibir a investida em face do patrimônio público e, aquele que da irregularidade se beneficia deve de fato integrar a ação.

O beneficiário, juntamente com os demais legitimados passivos, ainda que não tenha agido efetivamente de forma a promover a lesão ao patrimônio público já que pode se tratar de pessoa que sequer faz parte da administração pública, poderá juntamente com os demais ser condenado a ressarcir ou reparar os danos do erário.

O patrimônio público pertence ao povo e nem mesmo aos seus governantes e, por isso, a importância dada ao cidadão como promovedor dessa busca de preservação já que o ato contrário lhe afeta diretamente.

No mais, os governantes que administram o patrimônio público ali estão por vontade popular e devem portanto, serem controlados pelos cidadãos já que caso contrário, aos agentes públicos seria dado um cheque em branco usurpando absolutamente com os anseios da democracia que tende a ser cada vez mais participativa.

Um Estado democrático não se baseia apenas na existência de eleitos e de um governador escolhido pelo povo, ao contrário da monarquia, regido por um poder soberano único do rei, mas sim por uma participação direta e popular da sociedade que deve ter voto e voz para que o governo governe em prol dos anseios da sociedade e em proteção do patrimônio público.

6. A ilegitimidade ativa do Ministério Público e a sua legitimidade ativa secundária

O tema problema do presente estudo visa a discussão da ilegitimidade do Ministério Público para a propositura da ação popular mas a sua legitimação secundária quando há o abandono da causa pelo autor. Neste sentido os ensinamentos de Uadi Lammêgo Bulos esclarece a temática:

Membros do Ministério Público. Institucionalmente, ele não possui legitimidade para ingressar em juízo com ação popular, embora estejam legitimados para propor ação civil pública, na defesa de interesses metaindividuais ou transindividuais. Todavia, o *Parquet*, na qualidade de parte pública autônoma, de fiscal da lei (*custos legis*), deve primar pela regularidade do processo, promovendo a produção de provas. Neste aspecto, poderá responsabilizar, civil ou criminalmente, o agente que praticou o ato lesivo a moralidade administrativa, ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e

cultura, com máxima independência e segurança (CF, art. 127, parág. 1º). Também que incumbe prosseguir no curso da ação popular, desde que o seu autor inicial desista de intentá-la ou dê ensejo à extinção do processo sem julgamento de mérito, por abandono de causa ou negligência. (BULOS, 2011, p. 785)

O Ministério Público tem funções obrigatórias e facultativas conferidas pela legislação do tema. Sendo obrigatórias as seguintes: o empenho na produção de provas (art. 6º, §4º); a responsabilização civil ou criminal dos que nelas incidirem (art. 6º, §4º); a promoção de diligências para que as requisições (art. 7º, I, b) sejam atendidas dentro do prazo (art. 7º, §1º); e a promoção da execução da sentença condenatória quando o autor não o fizer; nos termos do artigo 16, sob pena de falta grave. E facultativas: dar continuidade ao processo em caso de desistência ou de absolvição de instância (extinção do processo, sem julgamento do mérito, por falta de providências a cargo do autor) - é o que decorre do artigo 9º, que dá essa possibilidade a qualquer cidadão ou ao representante do Ministério Público; e recorrer de decisões contrárias ao autor (art. 19, §2º), o que também pode ser feito a qualquer cidadão.

Assim, temos que o Ministério Público não poderá ajuizar ação popular, atuando somente como fiscal da lei, conforme se depreende da leitura do art 6º, § 4º, da Lei 4717. Porém, no caso de o autor abandonar a ação, conforme preceitua o art. 9º da Lei 4717/65, citado órgão poderá promover o seu prosseguimento. Vejamos a descrição da previsão legal:

... § 4º O Ministério Público acompanhará a ação, cabendo-lhe apressar a produção da prova e promover a responsabilidade, civil ou criminal, dos que nela incidirem, sendo-lhe vedado, em qualquer hipótese, assumir a defesa do ato impugnado ou dos seus autores... (Art. 6º, § 4º, da Lei 4717)

Art. 9º Se o autor desistir da ação ou der motivo à absolvição da instância, serão publicados editais nos prazos e condições previstos no art. 7º, inciso II, ficando assegurado a qualquer cidadão, bem como ao representante do Ministério Público, dentro do prazo de 90 (noventa) dias da última publicação feita, promover o prosseguimento da ação. (Art 9º da Lei 4717)

O que então era vedado ao *Parquet*, já que a lei assevera que o Ministério público, está vedado, em qualquer hipótese, a assumir a defesa do ato impugnado ou dos seus autores e este não estaria legitimado a ingressar com a ação popular já que possui o mecanismo da ação civil pública, passa em um segundo plano a ter a sua legitimidade reconhecida, legitimidade esta que tratamos no presente estudo de legitimidade ativa secundária, já que necessária decorrer de um ato, ou seja, o abandono da causa ou no caso do autor dar motivo a absolvição

da instância, nascendo assim, em um segundo plano a legitimidade ativa do Ministério Público.

Temos que a legitimidade ativa secundária do Ministério Público seria ato de total respeito aos anseios de uma sociedade, afinal, é o *Parquet* o fiscal da lei e assim deve zelar quando não se tem a participação do cidadão, pelo cumprimento dos atos administrativos vinculados a legalidade, o que em caso, como já debatemos ocasionaria em uma lesividade a toda sociedade, para o qual o Ministério atua em prol.

Obviamente o Ministério Público não possui legitimidade ativa para promover a ação popular já que não possui as características de cidadão, requisitos essenciais ao promovente popular, mas, o requisito obrigatório cessa quando da legitimidade secundária do Ministério Público que continua a não possui os requisitos necessários como promovente originário, mas passa a ter legitimidade em virtude de força legal, suprimindo assim a necessidade de atendimento a requisitos previstos taxativamente, trata-se pois, como aqui ousamos denominar de legitimidade ativa secundária.

Conforme verificamos ao teor da previsão constitucional constante no art. 127 da Constituição Federal Brasileira de 1988, ao Ministério Público incube a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, assim mais uma vez podemos firmar a sua legitimidade secundária como válida em virtude do assunto debatido em sede de ação popular estar intimamente ligado a defesa dos interesses sociais já que pretende-se a anulação de ato lesivo ao patrimônio público ou entidade de que o Estado participe, a moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

Assim, o Ministério Público, conforme tratado na doutrina não é parte dos três Poderes do Estado, mas constitui um órgão extrapoderes para controle e defesa em prol da sociedade em face dos poderes públicos.

Temos intrínseco ao Ministério Público a função de fiscalizar e combater as irregularidades e corrupções cometidos pela administração pública, protegendo assim os interesses da sociedade. Não é diferente o que ocorre quando recebe uma legitimidade ativa secundária na ação popular, já que o interesse protegido faz parte de sua essência.

Neste caso, o Ministério Público age de forma a proteger o interesse público. Marcus Vinicius Gonçalves ensina os possíveis significados de interesse público:

- A) Pode referir-se ao interesse do Estado, dos entes públicos, em contraposição ao do particular. Nesse sentido, confunde-se com o interesse do ente público.

- B) Pode indicar o interesse da sociedade, da coletividade, como um todo, confundindo-se de certa maneira com a ideia do bem comum. Em princípio, o interesse do Estado deveria confundir com o da sociedade, na busca do bem comum, mas, como se sabe, nem sempre é assim.
- C) Pode significar certo interesse que, embora diga respeito a um particular, refere-se a valores ou direitos cuja proteção interessa a coletividade como um todo, de modo a confundir-se com os interesses indisponíveis. De forma abreviada, pode-se dizer que a equivocidade da expressão “interesse público” deriva de que a ela é usada para referir-se ao titular, ora a espécie de interesse em jogo. (GONÇALVES, 2012, p. 17)

Desta forma, resta demonstrada a importante atuação do Ministério Público em caráter secundário legitimador ativo em função da proteção dos interesses de uma sociedade, razão pela qual o seu existir. Tem o Ministério Público mecanismo de ação assegurado em Ação Civil Pública e, por isso, a sua ilegitimidade ativa típica nas ações populares. Ocorre que, quando do abandono da ação pelo autor legitimado, estamos diante do abandono de interesse público, já que a lesão ao patrimônio afeta a sociedade como um todo. Inteligente se fez a posição do legislador quando em segunda via promove a legitimidade ativa do *Parquet* como forma de se evitar o perecimento da ação.

7. A sentença na ação popular

A ação popular possui dupla natureza, constitutiva e condenatória, podendo a sentença resultar quando na anulação de ato comissivo ou determinação de fazer no caso de ato omissivo e condenação em recomposição do patrimônio público lesado, ou indenização e até mesmo responsabilização penal e administrativa. Neste sentido ensina Uadi Lammêgo Bulos (2011, p. 787) “A sentença proferida em ação popular é *desconstitutiva* (anula o ato lesivo) e, também, *condenatória*, (condena os responsáveis e beneficiários por perdas e danos).”

Importante citar neste ponto o art. 18 da Lei 4717/65. Senão vejamos:

Art. 18. A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível "erga omnes", exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.” (Lei 4717)

Em análise resta dizer que havendo provas nos autos a decisão terá efeito *erga omnes*, sendo ela procedente ou não, mas, se a ação for julgada improcedente por falta de provas, a decisão somente valerá *inter parts* pois, neste caso, outra ação que verse sobre o mesmo tema poderá ser ajuizada desde que nova prova seja apresentada. Assim narrou Pedro Lenza:

A coisa julgada se opera *secundum eventum litis*, ou seja, se a ação for julgada procedente ou improcedente por ser infundada, produzirá efeito de coisa julgada oponível *erga omnes*. No entanto, se a improcedência se der por deficiência de provas, haverá apenas a coisa julgada formal, podendo qualquer cidadão intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova (art. 18 da lei), já que não terá sido analisado o mérito. (2014, p. 1169)

Em qualquer caso, desde que não comprovada má-fé, o autor da ação popular é isento de custas.

Duplo grau de jurisdição: Conforme preceitua o art. 19 da temática, “A sentença que concluir pela carência ou pela improcedência da ação está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal” (Lei 4717). Já, contra a sentença de condenação caberá apelação a ser interposta pelo réu, com efeito suspensivo”.

A execução da sentença se dará pelo autor, e em caso de inercia deste, pelo Ministério Público, e, neste ponto estando diante mais uma vez da legitimidade conferida ao Ministério Público de forma secundária com o fim de patrocinar o feito visando assegurar os interesses públicos.

8. Conclusão

O presente estudo buscou tratar do instituto da ação constitucional intitulada ação popular, assegurada na Constituição Federal de 1988.

Verifica-se que a ação é importante mecanismo trazido pela Constituição Federal com o fim de se tratar de proteção do indivíduo em face do Estado, já que o indivíduo é parte vulnerável da ação e poderá por esse meio anular ato lesivo praticado pelos entes públicos em face do patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, a moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

A ação popular foi tratada em legislação própria, na Lei 4717/65 que trata em vinte e dois artigos do cabimento, legitimidade, processamento, sentença, entre outros temas pertinentes ao tema.

Resta demonstrado com o estudo que a ação popular é importante instrumento garantidor de direitos fundamentais, especialmente aqueles que denominamos direitos fundamentais, e trata-se de importante mecanismo de regulação da atividade estatal.

Assim, dada a sua importância ainda é hoje pouco divulgada e utilizada nos meios sociais. Esta seria uma importante ferramenta e de fácil acesso a impedir ou anular atos lesivos ao patrimônio público que tem sofrido apelo social com a realização de protestos e forma de exercer de forma efetiva o repúdio em atos contrários ao estado democrático de direito e que ofendem a sociedade como um todo.

Analisou-se ainda a existência de uma legitimidade ativa secundária do Ministério Público visto que este originariamente não possui legitimidade para promover ações populares já que amparado pela modalidade da ação civil pública.

Apurou-se que apesar da existência, inclusive positivada, da ilegitimidade do Ministério Público, esta nasce no caso do autor desistir da ação ou der motivo à absolvição da instância.

Assim, nasce o que intitularizamos no presente estudo de legitimidade ativa secundária, já que por óbvio não primária e só nasce em um plano secundário conforme demonstrado.

Conforme observado, a legitimação ativa secundária do Ministério Público foi norma de fundamental importância trazida pelo legislador já que trata-se o *Parquet* de importante órgão promotor da proteção dos interesses coletivos.

Caso contrário, em caso de abandono da causa pelo autor toda a sociedade ficaria prejudicada quanto ao processamento e apuração dos fatos, o que não é a função essencial da justiça posto que zela pela busca da verdade real, principalmente no que diz respeito aos direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal Brasileira.

O Ministério Público tem o condão assim de praticar a sua função essencial, a proteção da sociedade.

Assim, temos que no caso de ocorrência de necessidade de anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, a moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, há a Ação Popular como meio processual adequado para defesa desse direito.

Referências

BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim;
ABELHA, Marcelo; SANTANA, Rafael; FÖPPEL, Gamil; BUENO, Cassio Scarpinella,

CUNHA, Junior Dirley; BARBOSA, Edmilson; SODRÉ, Eduardo; GÓES, Gisele; ZANETI, Junior Hermes; MAZZEI, Rodrigo. In: DIDIER JR, Fredie (Coordenador). **Ações Constitucionais**. 4. Ed. São Paulo: Jus Podivm, 2009.

BRASIL. Constituição Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Publicada no Diário Oficial da União, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 17 de nov. 2016.

BRASIL. Lei 4717. **Ação Popular**. Publicada no Diário Oficial da União, Brasília, 08 abril 1974. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm. Acesso em: 17 de nov. 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 62ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Tutela dos interesses difusos e coletivos**. 6º Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A tutela jurisdicional dos interesses difusos**. nº 14-15. São Paulo, 1979.

IRIBURE JÚNIOR, Hamilton Cunha. **Aspectos gerais da democracia participativa e a ordem democrática nacional**. (In) **Revista Direito Público**. Vol. 61. Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Público. Jan-Fev 2015.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 18ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente**. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito fundamental, o controle**

incidental de normas no direito brasileiro, a repressão interventiva. 28ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 18ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

SILVA, José Afonso da. **Ação popular constitucional: doutrina e processo.** 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

TEMER, Michel. **Elementos de direito consitucional.** 14ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1998.