AÇÃO POPULAR

R. A. AMARAL VIEIRA

Professor na Faculdade de Ciências Jurídicas
do Rio de Janeiro

SUMÁRIO: *Histórico e Direito comparado. Interêsse do Estado e Direito individual. Lesão patrimonial e vício de forma. Direito do cidadão. Bibliografia recomendada.*

1. As disposições consagradas pelo artigo 150, § 31, da Constituição de 1967 — a ainda pouco invocada AÇÃO POPULAR [1] — constituem uma das mais importantes conquistas do direito moderno. Para muitos não se trataria, entre nós, de instituto recente, uma vez que ao nosso patrimônio jurídico se teria incorporado com a Independência. Refimo-nos ao entendimento daqueles juristas para os quais a primeira Constituição brasileira, a Carta Imperial de 1824, consagrava êsse direito de alto conteúdo democrático, em seu artigo 157, nos seguintes têrmos:

"Art 157, Por subôrno, peita, peculato e concussão haverá contra êles[2] ação popular, que poderá ser intentada dentro de um ano e dia pelo próprio queixoso, *ou por qualquer do povo,*[3] guardada a ordem do processo estabelecida em lei."

Discordamos. Êsse dispositivo, embora se referisse textualmente a "ação popular" ("... haverá contra êles ação popular..."), dizia respeito ao di-

1) "Ação popular é o meio constitucional pôsto à disposição de qualquer cidadão para obter a invalidação de atos ou contratos administrativos — ou a êstes equiparados — ilegítimos e lesivos do patrimônio federal, estadual e municipal, ou de suas autarquias, entidades paraestatais e pessoas jurídicas subvencionadas com dinheiros públicos." (Heli Lopes Meireles, "Ação Popular e sua Lei Regulamentar e sua Natureza Jurídica", *Revista de Direito Administrativo*, 84/1). Outra definição é a de Rafael Bielsa, ressaltando o aspecto moral-cívico da ação: "A ação popular é um meio jurisdicional idôneo para defender, unido ao interêsse pessoal, o interêsse da coletividade referida a uma entidade pública: Nação, Estado ou Município. A concordância de ambos os interêsses não é acidental, senão necessàriamente jurídica, ou seja, trata-se de uma "solidariedade de interêsses", os quais podem ser de ordem econômica — ou mais precisamente "patrimonial", de ordem moral e cívica, mas acima de tudo se trata sempre de interêsse de ordem jurídico-política" (Rafael Bielsa, *Revista de Direito Administrativo*, 38/40). Seabra Fagundes (*Revista de Direito Administrativo*, 6/1) considera: "A ação popular, tal como a delineia o texto da Constituição, impõe a interferência do Judiciário em setor realmente, até aqui quase ou totalmente subtraído ao seu contrôle: o de moralidade do ato administrativo."

2) Juízes de direito e oficiais de justiça.

3) Ressalvamos o grifo.

reito de representação contra abuso de autoridade, instituto evidentemente distinto daquele. Se bem que capitulados no artigo reservado aos direitos e garantias individuais, e assim mesmo em alíneas distintas, como não poderia deixar de ser, não constituem o mesmo direito, o de *representação contra abusos de autoridade pública* e o direito à *ação popular contra ato ilegal do poder administrativo, sempre que houver lesão do erário*. A primeira Constituição soberana trata simplesmente da primeira figura; a segunda apenas surgiria, no nosso direito constitucional, em 1934, mais de cem anos após.

Rigorosamente, só se pode falar em *ação popular* — com as características que a marcam no direito moderno — a partir da Constituição de 34, apesar de não ser nomeada em seu texto, como o fôra, enganosamente, na de 1824. A partir do diploma de 34 — ante a omissão da Constituição de 1891, que não se referiu *à ação popular* — os dois institutos passam a ter existência contemporânea, tratados sempre no capítulo reservado aos Direitos e Garantias Individuais. Nessa Constituição de 1934 os dois institutos se encontram no artigo 113 ("Dos Direitos e Garantias Individuais") sendo abordados, respectivamente, nos ítens *10* (direito de representação) e *38* (ação popular), *verbis:*

"Art. 113. 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 têrmos seguintes:

. . . . . .

10) É permitido a quem quer que seja representar, mediante petição, aos podêres públicos, denunciar abusos das autoridades e promover-lhes a responsabilidade;

. . . . . .

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."

Assim, a efêmera Carta Constitucional de 1934 disciplinaria a matéria dando-lhe o mesmo tratamento que seria preferido pelo legislador de 1946, ressalvada a omissão, inexistente nesta, às sociedades de economia mista, entidades autárquicas e a tôdas as pessoas de direito público subvencionadas pelo poder público, ou nas quais tenha interêsse, de acôrdo com o artigo primeiro de sua regulamentação, adiante examinada.

---

4) Êsse parágrafo foi regulamentado pela Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, que lhe determinou, também, o rito processual. Êste, salvante algumas modificações é o ordinário: a lei regulamentar vai além do disposto no art. 141, § 38 da Constituição federal de 1946, que regulamenta; pela lei o objetivo da ação passa a ser a salvaguarda do interêsse de ordem geral e não apenas a defesa do patrimônio público. Paulo Barbosa de Campos Filho (*Revista de Direito Administrativo*, 38/1 e segs.), observa que a lei ordinária "não se limita a regulamentar a ação popular constitucional, mas na realidade institui uma outra modalidade de ação, não já em defesa do patrimônio público, como vem previsto na Constituição, mas de interêsse de ordem geral, digamos de proteção semelhante". Pergunta para êle mesmo responder: "Poderá fazê-la? — Parece-nos que sim, pois nada impede que a União, competente para legislar sôbre direito processual para todo o território do País (Art. 5º, XV, letra *a*, da Constituição) atribua, no caso, o direito de ação, não só ao interessado direto (que seria o particular ausente, representado pela União), mas a todo cidadão brasileiro pelo seu geral interêsse, como membro da coletividade, qual se supõe no substitutivo. É questão, já se disse alhures, de mera titularidade de *jus actionis*". Continua:

A Constituição outorgada de 1937 seria omissa, repetindo a fórmula das disposições generalizadas, critério da legislação européia, moldadora daquela. A Carta não oferecia à faculdade a autonomia necessária à sua transformação em instrumento auto-regulável: faltava-lhe a necessária fôrça; não era ainda uma ação, nem se convertera na arma de repercussão democrática só esboçada com o Estatuto de 46, art. 141, § 38.[4] A medida fôra transferida para a órbita do legislador ordinário. Nesse sentido, entre muitos, ensina Pontes de Miranda:[5]

"1) I. Constituição Política do Império do Brasil, omissa; II. Constituição de 1891, omissa; III. Constituição de 1934, art. 113,38): "Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados e dos Munícipios"; IV. Constituição de 1937, omissa. (*Nossos Comentários,* III, 556: "O Direito constitucional, que daí resultou, não é mais; ficou, porém, o direito oriundo de lei ordinária, suscetível de mudança e de revogação."

O texto de 1946, rezava, *verbis:*

"Art. 141. .....

§ 38. 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."

"Entendemos, por outras palavras, que o acolhimento, pela Constituição, de determinada modalidade de ação popular como o é a destinada à proteção dos patrimônios que o § 38 especifica, não constitui obstáculo, inspirando-se tôdas no conhecido aforismo de Paulus: "Importa à República que muitos sejam chamados a lhe defender os interêsses" (*"Republicae interest quam plurimus ad defendam suas causas admittere"*).

5) *In Comentários à Constituição Brasileira de 1946,* tomo V, pág. 339. Sôbre a Carta Imperial de 1824, Alcino Pinto Falcão, *Constituição Anotada,* vol. II, pág. 243, diz que ela conhecia "uma ação popular, bem diversa da do atual parágrafo" e Pontes de Miranda, ob. cit., pág. 401, afirmarla que o § 38 do art. 141 da Constituição de 1946 "cria a ação popular". José Frederico Marques ("As Ações Populares no Direito Brasileiro", *in Revista de Direito Administrativo,* vol. 52, págs. 42 e segs.) comenta:

"A Constituição federal de 16 de junho de 1934, de duração tão efêmera, dizia, no art. 113, § 38, que, 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." Consagra, assim, o texto constitucional, a ação popular como *direito público subjetivo do cidadão* inscrevendo-a entre os "direitos e garantias individuais".

A carta totalitária do Estado Nôvo não manteve o instituto e a ação popular desapareceu, desta forma, de nosso Direito Constitucional, tal como acontecera com o "mandado de segurança", disciplinada, no entanto, de maneira mutilada, nos manuais de legislação ordinária do Código de Processo Civil. Não causa espanto que isto tenha acontecido. No longo hiato político autoritário a que nossa República foi submetida, as *actiones populares* constituíam campo estranho, algo de incompatível com o desprêzo pelos direitos individuais, que é inerente dos governos reacionários. Também o facismo italiano fêz desaparecer quase que totalmente a ação popular. *L'ordinamento facista,* como disse Lutini, eliminou de regra o mencionado instituto. E isto porque, como dizia Allorio (ao tempo do govêrno de Mussolini), a ação popular é instituto em consonância a *una mentalitá liberale superata* (Arturo Lutini, *La Giustizia Amministrativa,* 1948, pág. 92, nota 16; Enrico Allisio, *Diritto Processuale Tributario,* 1942, págs. 171 e 172). As ações populares, como bem acentuou Nélson Carneiro, são "flôres exóticas nos regimes absolutos e sua *eficácia* só se compreende nos sistemas políticos" em que cada cidadão se preocupa pelas coisas públicas como por seus próprios negócios." (Nélson Carneiro, *Das Ações Populares Civis no Direito Brasileiro,* 1951, pág. 21).

Antes, a Constituição francesa de 1848, fiel ao vício de prejudicar a *ação*, e sua eficácia, com a generalidade do texto, técnica entre nós consagrada pela Carta de 37, como assinalamos, disciplinava, em seu artigo 110, *verbis:*

"L'Assemblée nationale confie le depôt de la presente Constituition et les droits qu'elle consacre à la garde et au patriotisme de *tous les Français.*"

Essa Constituição, como outras modernas, entre as quais a grega, refere-se ao nacional e não aos cidadãos (*tous les Français*), tal como a Constituição Imperial de 1824 (*qualquer do povo*), mas ao contrário do texto atual brasileiro, restritivo aos cidadãos:

"Qualquer cidadão será..."

A Constituição de 24 de janeiro de 1967, mantém a restrição do texto de 1946, conservando-lhe a exigência da cidadania. O nôvo Estatuto, todavia, aperfeiçoa o instrumento. A tendência à generalização, ensejadora de discussões estéreis, em prejuízo da eficácia do instituto, é suprimida pela redação concisa e mais exata. Ao invés do desfilar incompleto e perigoso de entidades, preferiu-se a figura de "entidades públicas, dentro da qual se encontram tôdas as alinhadas pelo texto de 1946, e, ainda mais, aquelas entidades que a relação do texto não alcançara... Outra inovação é quanto ao caráter da ação a ser intentada pelo cidadão. Enquanto pelo regime de 46 o cidadão poderia *"pleitear a anulação ou a declaração de nulidade"*, pelo nôvo Estatuto cabe propor *"ação popular que vise anular..."* A diferença entre *"a anulação ou a declaração de nulidade"* e *"...que vise anular"*, como veremos adiante, não é sutil, sendo grandes e consideráveis suas repercussões no campo do direito processual. Reza o texto em vigor:

"Art. 150. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos têrmos seguintes:

"§ 31. Qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas."

Por outro lado, como se vê, o texto já se refere ao instituto, surgindo a expressão "ação popular", na Constituição, pela primeira vez, talvez pelo fato de o dispositivo já se encontrar regulamentado pela legislação ordinária complementar, anterior ao diploma de 1967, e elaborada sob a égide da Constituição de 1946.

2. Os regimes de concepção jurídica democrática, assentada em Estado de Direito, encaram êsse Estado como repositório dos interêsses de todos. O administrador exerce suas funções como mandatário da vontade coletiva. O processo representativo vincula a administração da coisa pública ao mandato popular. Não, existe, pois, interêsse de Estado, ou administrativo, divorciado do interêsse dos cidadãos. Exercendo a faculdade da delegação de podêres — a maior delas — o povo retira de seu corpo aquêles que em seu nome dirigirão a máquina administrativa. Elege, por via direta e através de processo determinado, o Con-

gresso e o Executivo e, por via indireta, preenche os quadros do Poder Judiciário e da Administração Pública. Essa delegação não desvincula, o povo, de seu direito de fiscalizar êsses seus representantes, mandatários de sua vontade, no exercício da representação que lhes fôr outorgada. Ao direito de escolher seus governantes, incorporou-se o de fiscalizá-los.

A regra de direito, quer público, quer privado, condiciona tôda presença, no feito judiciário, não só à legitimidade do direito a proteger, mas, também, a existência de interêsse, da parte, na matéria a ser decidida. Só se permite atividade, na demanda, as partes que possuam interêsse moral ou econômico, direto, na sua elucidação.

Examinemos o Código de Processo Civil; em seu artigo 2º, estabelece, *verbis*:

"Art. 2º. Para propor ou contestar ação é necessário legítimo interêsse, econômico ou moral.

Parágrafo único. O interêsse do autor poderá limitar-se à declaração da existência ou inexistência de relação jurídica ou à declaração de autenticidade ou falsidade de documento. [6]

Vejamos, agora, a doutrina. Pedro Batista Martins, comenta: "Acolhendo um princípio firmado pela doutrina dominante, o dispositivo[7] condiciona o exercício da demanda à prova de um interêsse legítimo." [8] Adiante, o mesmo autor: "Para significar que o interêsse legítimo é o fundamento do exercício do direito, tornou-se corrente, impondo-se como um postulado, a máxima francesa: *pas d'action sans interêt*. Josserand fundou sôbre o critério do *motivo legítimo* a teoria da relatividade dos direitos. Comete abuso de direito quem propuser ação que não se funde em motivo legítimo; e o conteúdo dêsse motivo há de ser o interêsse, econômico ou moral: *"L'action, dans notre conception moderne, n'est pas essentiellemente différent du droit à l'état de lutte, elle est droit en action; il semble donc que son exercice ne puisse jamais dègenerer en abus et en conçoit pas comment il pourrait devenir génératour d'une responsabilité quelcomque pórtant nos interêt devant les tribunaux nous ne faisons pas oeuvre purement égoiste mais nous accomplissons, consciemment au nom, une veritable fonction sociale."*

A *ação popular*, todavia, consagrando o indivíduo como fiscal da administração, que em seu proveito e interêsse é exercida por seus representantes, mandatários e delegados, superando essa exigência de interêsse direto e imediato, moral ou econômico, transformou o indivíduo em parte legítima na defesa de interêsses os quais — se não podemos dizer que afetam diretamente seu patrimônio — interessam-lhe, indiretamente, como cidadão.

---

6) O parágrafo único definiu o interêsse para possibilitar o exercício da ação declaratória. Veja-se, igualmente, o Código Civil, em especial seus arts. 81 e segs.

7) O supracitado art. 2º do Código de Processo Civil.

8) Pedro Batista Martins, *in Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 1º.

De fato, se o cidadão, como individualidade, não tem interêsse direto e imediato na administração (admita-se), êsse interêsse será pelo menos indireto; um ato lesivo do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, dos Territórios ou do Distrito Federal, irá, por fim, refletir-se na economia de cada um dos indivíduos que no total formam a coletividade.

Como ensinam Fadda e Bensa, [9] na ação popular não se pode separar, com rigor, o que seja direito da comunidade e direito do cidadão, no campo do direito público, por fôrça de uma indissolúvel união entre cidadãos e Estado, que se transformam pràticamente em uma unidade:

"O que interessa ao Estado, no que diz respeito à ação popular, concomitantemente toca ao cidadão e a tutela do direito que diz respeito ao cidadão, como tal, toca diretamente o interêsse do Estado."

A distinção de interêsses não é apenas difícil, é desaconselhável e não se coaduna com o espírito da ação. Seu objetivo, da ação, não é a defesa do direito privado do autor popular, mas a salvaguarda do interêsse da comunidade a que pertence. Pode haver coincidência de interêsses, e sempre o há; mas o que justifica a ação e a legitima é o interêsse coletivo que o autor visa proteger acionando a máquina judiciária contra o desmando administrativo. Sábia, por todos os títulos, a lição de Seabra Fagundes: [10] "Ação popular é aquela por meio da qual o indivíduo [11] provoca o pronunciamento do órgão judicante (em nosso regime político o Poder Judiciário) sôbre atos ou abstenções da Administração Pública que, não ferindo direito seu, afetam de qualquer modo, o direito objetivo no que concerne aos serviços públicos, ao domínio do Estado, às servidões administrativas e às obrigações públicas."

Filiando-se a entendimento diametralmente oposto ao expresso pelos autores italianos (Fadda e Bensa), o nosso Paulo Barbosa de Campos Filho, [12] não vê, no exercício da ação popular, representação do interêsse do Estado, através de ingresso, em Juízo, do cidadão: "Na realidade, porém, não se configura semelhante *representação,* mas procedimento do autor popular em nome próprio, uma vez que um seu interêsse, coincidente embora com o da entidade ou comunidade posta em causa, é que leva a ingressar, em Juízo, mediante a ação popular."

Nesse sentido vamos encontrar Seabra Fagundes: [13] "...Mas o móvel da atividade individual é e o será sempre, em medida maior ou menor, o próprio e direto interêsse, de sorte que onde êste não apareça no grau máximo necessário a estimular a capacidade de movimentação do homem, a inércia prevalecerá sôbre a ação."

Parece-nos que a ordem de interêsse é justamente a contrária. Encaramos a predominância do interêsse da comunidade, e o interêsse individual delimitado

---

9) *In* Alcino Pinto Falcão, *Constituição Anotada,* vol. 2, pág. 244.
10) "Da Ação Popular", *in Revista de Direito Administrativo,* 6/1.
11) O indivíduo e não o cidadão.
12) *In* Alcino Pinto Falcão, ob. cit., pág. 1.
13) Ob. cit.

e subordinado ao interêsse maior: o popular. O interêsse do cidadão, no caso, é conseqüente do interêsse geral, como o seu eventual prejuízo pela má gerência dos negócios públicos. Não se trata êsse entendimento, de simples divagação teórica, sem correspondência na vida judiciária.

Recentemente a faculdade do então artigo 141, § 38, da Constituição de 1946, foi argüido, com sucesso, para a anulação de lei que aumentara os subsídios dos deputados com assento na Assembléia Legislativa da Guanabara, considerado lesivo do patrimônio estadual.

Efetivado o aumento, não se poderia afirmar que o mesmo ferisse o interêsse direto do autor popular, mas que, afetando o patrimônio estadual, em primeiro plano, feriria, *a posteriori*, o interêsse individual; devendo, aquêle aumento, ser subvencionado pelo orçamento público, vale dizer, pelos impostos e taxas arrecadados ao contribuinte, êste seria prejudicado, afinal, pela soma menor de serviços que lhe seriam teòricamente prestados, face à cifra maior que seria carreada para o suporte daquele aumento. [14]

Aprovada a lei impugnada, a todos era possível indicar, em cruzeiros, a representação do aumento no orçamento público, onerando, desta maneira, o patrimônio do Estado; mas a ninguém foi possível indicar a repercussão dêste aumento no patrimônio individual do autor popular.

No caso, como nas demais hipóteses que se possa invocar, o interêsse da comunidade é que coincidiu com o interêsse individual, aquêle imediato, êsse mediato. O intuito do autor popular, sem sombra de dúvida, foi o de proteger o patrimônio de seu Estado do que lhe pareceu constituir-se em sangria dos cofres públicos.

Entendemos que o autor popular atua como substituto processual da comunidade.

Outro não é, por exemplo, o entendimento de Heli Lopes Meireles,[15] para quem a ação popular "é um instrumento de defesa dos interêsses da coletividade, utilizável por qualquer de seus membros. Por ela não se amparam direitos próprios, mas sim direitos da comunidade. O beneficiário direto e imediato desta ação não é o autor; é o povo, titular do direito subjetivo ao govêrno honesto. O cidadão a promove em nome da coletividade, no uso de uma prerrogativa cívica que a Constituição lhe outorga."

---

14) Torna-se ilustrativa ação intentada contra o Estado pelo Presidente do Centro Acadêmico Onze de Agôsto, da capital paulista, com o objetivo de anular ato da Assembléia Legislativa daquele Estado lesivo do patrimônio público estadual, pôsto que teria irregularmente aumentado os subsídios de seus próprios membros. Mas o interessante no feito está em que o autor popular defendia a tese segundo a qual o autor oculto, embora real, daquela ação, popular constitucional, era precisamente a comunidade prejudicada com o ato aumentista, e argüido da lesividade; argumenta ainda o autor que, pelo exposto, não poderia a comunidade paulista, figurar, na ação, a um só tempo, como autora e ré; ré pôsto que a ação era contra a administração pública, no caso o Estado de São Paulo; autor pois que ela, a comunidade, como beneficiária da anulação do ato aumentista, era a autora, oculta mas real, da ação.

15) *Revista de Direito Administrativo*, vol. 84, pág. 1.

3. "O *habeas corpus* é ação popular, correspondente a direito público subjetivo, porém, não *político*. O estrangeiro pode pedir *habeas corpus* para si, ou para outrem.

A faculdade do art. 141, § 38,[16] não depende de regulamentação do § 38. O art. 141, § 38, é bastante em si (assim, acertadamente, o Supremo Tribunal Federal, mandado de segurança nº 1.000, a 28 de setembro de 1949, *A. J.*, 93.161). Nada obsta a que, em vez de propor a ação constitutiva negativa (art. 141, § 38, *verbis*: "a anulação ou declaração de nulidade"), proponha o cidadão a ação mandamental (art. 141, § 24), porque os dois direitos e as duas pretensões se podem cumular; então, a sentença, no mandado de segurança, terá fôrça mandamental e, em forte dose, a eficácia constitutiva negativa, com o pedido do mandante, que envolverá, como fôrça sentencial, a eficácia da sentença.

A 4ª Câmara Cível do Tribunal da Justiça de São Paulo, a 25 de abril de 1949 (*Revista dos Tribunais*, 180, 631), deu ao vereador a legitimação *ad causam* para pedir mandado de segurança, com argüição de ser ilegal resolução da Câmara Municipal, sancionada pelo Prefeito. Aliás, poderia êle invocar, como qualquer cidadão, o § 38 do art. 141 da Constituição de 1946, se satisfeito o pressuposto de se alegar a lesividade do patrimônio da União, do Estado-membro ou do Município." [17]

---

16) Pontes de Miranda comenta a Constituição de 1946.

17) Pontes de Miranda, *in Comentários à Constituição de 1946*, pág. 400; "é vasta a jurisprudência aceitando a ação popular como instrumento adequado para a anulação de resoluções de Câmaras Municipais que concedem ilegalmente remuneração a vereadores (Supremo Tribunal Federal, *Revista de Direito Administrativo*, 58/166; 269/214; 280/175); para invalidar elevação de subsídios de prefeito durante a legislatura (Tribunal de Justiça de São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 264/483; 270/428; 273/436 — Tribunal de Alçada de São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 232/398; 23/447; 289/704); para anular venda ilegal de bem público (Tribunal de Justiça de São Paulo, *Revista de Direito Administrativo*, vol. 46, pág. 215; 55/165; *Revista dos Tribunais*, 250/159; 277/270); para anular isenção fiscal concedida ilegalmente (Tribunal de Justiça de São Paulo, *Revista de Direito Administrativo*, 69/241, *Revista dos Tribunais*, 313/178; 328/163); para anular verba pessoal de deputados (Tribunal de Justiça de São Paulo, julgada em 16-2-66); outros acórdãos: sôbre o rito e a auto-exeqüibilidade da ação, os acórdãos do Supremo Tribunal Federal, 28-9-49, *in Revista Forense*, vol. 149, pág. 177; de 14-4-52, *in Arquivos Judiciais*, vol. 103, pág. 161; de 10-10-52, *in Arquivos Judiciais*, vol. 106, pág. 5; de 9-9-57, *in Revista Trimestral de Jurisprudência*, vol. 3, pág. 268 (v. *Súmula da Jurisprudência predominante* no Supremo Tribunal Federal, nº 101); acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, de 15-12-1953, *in Revista dos Tribunais*, vol. 222, pág. 213 (remuneração de vereadores e prefeito); de 12-3-1954, *in Revista dos Tribunais*, vol. 226, pág. 182 (subsídios de prefeito); de 6-3-1959, *in Revista de Direito Administrativo*, vol. 58, pág. 166 (sôbre remuneração de vereadores); de 21-2-1961, *in Revista dos Tribunais*, vol. 313, pág. 178 (lei de isenção fiscal); do Tribunal de Alçada de São Paulo, de 23-11-54, *in Revista dos Tribunais*, vol. 232, pág. 398 (subsídios de prefeito); de 29-8-55, *in Revista dos Tribunais*, vol. 242, pág. 358 (subsídios de prefeito); do Tribunal de Justiça do Paraná, de 4-5-1954, *in Revista dos Tribunais*, vol. 242, pág. 561 (subsídios de vereadores); do Tribunal de Justiça de Pernambuco, *in Revista Trimestral de Jurisprudência*, vol. 10, págs. 153/4 (representação para os deputados estaduais).

Se o mandado de segurança e a ação popular produziriam o mesmo efeito,[18] em que diferem os dois direitos? Enquanto a segurança exige do impetrante um direito pessoal ameaçado ou violado, do indivíduo ou do cidadão, pouco importa, a ação popular, dispensando êsse requisito mas exigindo a cidadania, não protege direitos ou garantias individuais, mas o interêsse da coletividade, representado em lesão do patrimônio público. Por seu turno, o *habeas corpus,* sendo ação popular, é direito público *não-político.* O direito do art. 150 § 31, é essencial mente político. A *Súmula* nº 101 do Supremo Tribunal Federal, todavia, desfaz, acertadamente, tôda e qualquer possibilidade de utilizar o mandado de segurança para obter os efeitos peculiares da ação popular. Diz: "O mandato de segurança não substituirá a ação popular." Veja-se, nesse sentido, *Castro Nunes, in Do Mandado de Segurança* 7ª edição, atualizada por José Aguiar Dias.

Nos têrmos da Constituição de 1946, não se exaure, porém, a argüição, na lesividade do ato. O texto (art. 141, § 38), falava em *anulação* e *declaração de nulidade.* Na primeira hipótese, encontra-se o ato eivado de fraude; seja êrro, dolo, coação, simulação, fraude contra os credores, ou ainda, quando o ato deriva de dispositivo legal anulável (v. Código Civil, arts. 86 e segs.). A declaração de nulidade (v. Código Civil, arts. 145 e segs.), levantar-se-á contra o ato cujo objeto seja ilícito, ou, quanto à forma, se esta é defeituosa, ou, se lhe faltam quaisquer dos pressupostos essenciais à sua validade, agente capaz (v. Código Civil, art. 145, I), objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei (arts. 129, 130 e 145 e 147 do Código Civil).[19]

Pontes de Miranda, abordando êsse aspecto, assinalaria:[20] "A ação é constitutiva negativa, razão por que seria melhor dizer-se a anulação ou decretação da nulidade em vez de se falar em declaração de nulidade, expressão viciosa. Ato nulo, não se declara nulo; ato nulo é, existe, embora nulamente (=eivado de nulidade): ato nulo desconstitui-se."

A discussão perdeu sentido e interêsse com o advento da Constituição de 24 de janeiro de 1967. O texto do art. 150, § 31, evitou a expressão viciosa, condenada por Pontes de Miranda. Ao invés de *anulação* ou *declaração de nulidade,* temos *anulação,* tão simplesmente: "*...ação popular que visa a anular atos lesivos ao patrimônio...*", ou seja, qualquer cidadão será parte legítima para propor a *anulação* de atos lesivos... etc.

Para Heli Lopes Meireles,[21] não basta que o *ato* ("lei, decreto, portaria e demais manifestações gerais ou especiais, abstratas ou concretas do Poder

---

18) Heli L. Meireles (ob. cit., pág. 4), repele êsse entendimento: "Por fim, lembramos que a ação popular é inconfundível com o mandado de segurança e colima fins diversos, razão pela qual tais remédios judiciais não podem ser usados indistintamente. Cada um tem objetivo próprio e específico: o mandado de segurança se presta a invalidar atos de autoridade ofensivos de direito individual líquido e certo; a ação popular destina-se à anulação de atos ilegítimos e lesivos do patrimônio público. Por aquêle se defende direito próprio; por esta se protege o interêsse da comunidade."

19) V. Código Civil, artigos 81 e segs.

20) Ob. cit., pág. 401.

21) Ob. cit.

Público e dos entes com funções públicas delegadas ou equiparadas") seja *ilegítimo* (ilegal ou desvirtuado em sua finalidade pública); terá que ser, a um só tempo, também, *lesivo,* ou seja, danoso aos bens ou interêsses coletivos. [22] O mesmo autor, [23] amplia o conceito de lesividade, abrangendo não apenas o patrimônio material, mas, igualmente, o artístico, cultural, cívico ou histórico da comunidade.

"Embora os casos mais freqüentes de lesão refiram ao patrimônio corpóreo (dano pecuniário), a lesividade a que se refere o texto constitucional, tanto abrange o patrimônio cultural quanto o moral, o estético, o espiritual e histórico. Na verdade, tanto é lesivo ao patrimônio público a alienação de um imóvel por preço vil, realizada por favoritismo,* quanto a destruição de um recanto ou de objetos sem valor econômico, mas de alto valor histórico, cultural ou artístico para a coletividade local. Por igual, tanto lesa o patrimônio público o ato ilegal de uma autoridade que abra mão de um privilégio do Estado, ou deixa perecer um direito por inércia administrativa, como daqueles que, sem autorização legislativa, contraem empréstimos onerosos para a Fazenda Pública. Tais exemplos, estão a evidenciar que a ação popular é o meio idôneo para o cidadão pleitear a invalidação dêsses atos, em defesa do patrimônio público, desde que ilegítimos e lesivos de bens corpóreos ou incorpóreos das entidades estatais, autárquicas e paraestatais, ou a elas equiparadas."

Prossegue o ilustre autor: "Entender-se restritamente que a ação popular só protege o patrimônio público material, é relegar os valôres espirituais a plano secundário e admitir que a nossa Constituição os desconhece ou os julga indignos da tutela jurídica, quando, na realidade, ela própria os coloca sob sua égide (art. 173), proclamando que "o amparo à cultura é dever de todos" (art. 174) e declarando solenemente que "as obras, monumentos naturais, as paisagens e os locais dotados de particular beleza, ficam sob a proteção do poder público" (art. 175). Essa proteção constitucional não deve ser apenas nominal, mas efetiva, traduzindo-se em meios concretos de defesa, tais como a ação popular para a invalidação de atos ilegais e lesivos dêsses valôres. Se ao Estado incumbe proteger o patrimônio público, constituído tanto de bens corpóreos como de valôres espirituais, de irrecusável lógica é que o cidadão possa compeli-lo, pelos meios legais, a não lesar êsses valôres por atos ilegítimos da administração."

---

22) V. Supremo Tribunal Federal, *in Revista de Direito Administrativo,* vol. 43/408. Cabe ainda José Frederico Marques: "Na ação popular aquêle que vai a juízo pleitear a anulação ou declaração de nulidade de um ato lesivo do patrimônio público atua em nome próprio mas para obter o reconhecimento, através da associação de lei, de um direito da coletividade. O autor, em uma ação popular, funciona como substituto processual, por isso que não defende direito seu em Juízo, e sim o da comunidade, de que é parte. Na ação popular, como ensinava Jellinek "o juiz não deve decidir se foi respeitada uma pretensão jurídica individual do autor, mas se a pretensão da coletividade à observância da ordem jurídica foi respeitada pelo Estado que a deve realizar" (J. Jellinek, *Sistema dei Diritti Publici Subbietivi,* trad. de G. Vitogliano, 1912, pág. 258). O autor popular exerce a ação em nome próprio, mas em defesa de um direito alheio ou comum."

23) Ob. cit.

*) A causa da "lesividade" não influi na faculdade de agir.

Alfredo Buzaid, todavia, não partilha da interpretação do professor Heli Meireles, que é, realmente, de "irrecusável lógica". Em parecer publicado na *Revista de Direito Administrativo* [24] o ilustre processualista brasileiro indagado se qualquer cidadão pode pleitear, por ação popular, a anulação de decreto que confere a doação de imóvel, para nêle ser construído um parque hoteleiro, respondeu: "A esta pergunta respondemos sem sombra de dúvidas, negativamente. A ação popular pressupõe, como está previsto no art. 141, § 38 da Constituição federal, entre outros requisitos:

a) a nulidade do ato jurídico;

b) a lesão ao patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, de autarquia ou de sociedade de economia mista.

Êsses dois requisitos hão de concorrer necessàriamente, porque não basta que o ato seja nulo para que os cidadãos sub-rogando-se função que é própria do poder público, lhe demande a nulidade, nem basta, igualmente, que o ato seja lesivo para que o cidadão, nas mesmas condições, lhe reclame a nulidade. Sem que concorram os dois requisitos, a ação não procede. Êste é aliás, o entendimento pacífico da doutrina brasileira e da jurisprudência dos nossos tribunais (Seabra Fagundes, "Da Ação Popular", em *Revista de Direito Administrativo,* vol. VI, páginas 2 e segs.; Tribunal de Justiça de Alagoas, apelação nº 3.273, em 26 de outubro de 1951 rel. des. Meroveu Mendonça, em *Revista Forense,* vol. 144/390; acórdão da Terceira Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, relator J. M. Gonzaga, 7 de novembro de 1950, apelação nº 51.473, em *Revista Forense,* vol. 141/390; acórdão da Terceira Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, *Revista dos Tribunais,* vol. 181/826; acórdão da Quarta Câmara do Tribunal de Alçada, 14 de dezembro de 1960, apelação nº 40.013, relator Pacheco de Matos, em *Revista dos Tribunais,* vol. 310/509; acórdão da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em 6 de agôsto de 1950, relator Barros Barreto, recurso extraordinário nº 42.054, em *Revista dos Tribunais,* vol. 314/634).

Em face destas considerações, entendemos que não cabe a ação popular para a anulação do decreto que concede a doação ao parque hoteleiro. O ato jurídico é válido, porque, revestido de tôdas as formalidades legais, tem objeto lícito. O ato jurídico, por outro lado, não causa nenhum dano ao poder público, porque êste não sofre nenhuma redução em seu patrimônio convertendo bens de uso público em bem dominial, para alienar a uma emprêsa que coopera para o progresso e desenvolvimento da estância balneária. Ao contrário, a estância balneária beneficiar-se-á dêsse grandioso empreendimento, porque aumentará a sua renda com o lançamento de impostos, que incidirão sôbre as unidades autônomas, além de promover o desenvolvimento daquele ponto turístico grandemente enriquecido e embelezado pelo conjunto arquitetônico.

Respondemos, portanto, ao segundo quesito, afirmando que é de todo descabida qualquer ação popular, tendente a anular a doação que a Prefeitura vier

24) Vol. 84/331 e segs.

a fazer à emprêsa, sob o regime de concorrência pública. É o nosso parecer, em aditamento ao que fôra feito. — Alfredo Buzaid." [25]

O advento da Lei nº 4.717 de 29-6-65 (Regula a ação popular), poria por terra, sem valia, o esquema desenvolvido por Buzaid, ao afirmar, no § 1º do Art. 1º que se consideram patrimônio público, portanto passível da proteção popular, *os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético ou histórico*.

Antes da lei regulamentar, Alcino Pinto Falcão, apreciando o então § 38 do art. 141, da Constituição de 46, observaria: [26]

"Discute-se se pelo parágrafo basta que o ato seja lesivo ao patrimônio ou se concomitantemente deve incidir em vício que o torne nulo ou anulável, o que de muito restringe o âmbito da ação. Em fundamentado estudo, o professor Paulo Barbosa de Campos Filho, [27] da Faculdade de Direito de São Paulo, elogia o acórdão paulista que confirmou a decisão do professor e magistrado José Frederico Marques (publicada na *Revista dos Tribunais*, vol. 181, págs. 826 e segs.), em que o mesmo afirmou a tese de que "... se a invalidade decorresse apenas da lesão, como graduá-la para dizer qual a lesão que dá origem à nulidade, e qual a que dá causa à simples anulabilidade". Não pensamos que por uma dificuldade se possa acrescentar um requisito, não expresso no parágrafo, para restringir o direito de ação que êle ergueu à altura de garantia individual. O parágrafo elevou o vício da lesão enorme a fundamento da ação, apesar de repelido êle pelo Código Civil; não deu o parágrafo, na verdade, o critério para se apurar quando a lesão é de gravidade suficiente para autorizar a procedência da ação. Agravou com isso a missão do Juiz, que se terá de comportar a bom pai de família, como homem prudente, mesmo porque *de minimis no curat praeto*, "o que o levará a repelir as ações quando as lesões forem de pequena monta, segundo o entendimento da razoabilidade, a que com tanta freqüência tem que socorrer-se nas questões que envolvem atos administrativos."

4. Face à expressão "ação popular", poder-se-ia inferir tratar-se de instituto acionável por qualquer do povo. O texto constitucional, todavia, não permite controvérsia quanto ao titular dêsse direito: qualquer do povo, ou o cidadão. O direito do art. 150, § 31 é um direito público subjetivo da categoria dos direitos políticos.

Fugindo à regra inaugurada entre nós pelo texto de 1824, o diploma atual consagra a tradição republicana: restringe o uso da ação aos cidadãos. Ou seja,

---

25) Heli Meireles insiste em seu ponto de vista: "Entendemos passível de invalidação por ação popular o registro de loteamento em desacôrdo com a legislação urbanística do Município, porque tal ato sôbre ser ilegal é lesivo do patrimônio estético da cidade. Essa hipótese, a nosso ver, enquadra-se na conceituação ampla do art. 1º, § 1º, da lei em exame (regulamenta o § 38 do art. 141 da Constituição de 1946), que considera patrimônio público os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético ou histórico. Essa possibilidade foi incluida na lei por nossa sugestão, visando, exatamente, à defesa urbanística de nossas cidades. Veja-se, a respeito, a justificativa de anteprojeto, que menciona a finalidade dêste dispositivo."

26) Ob. *cit.*, pág. 244.

27) *Revista de Direito Administrativo*, vol. 38, pág. 6, acórdão em contrário no *Paraná Judiciário*, vol. 51, pág. 314, *apud* Alcino Pinto Falcão; v. ainda, na mesma revista, mesmo número, pág. 40, Rafael Bielsa, "A Ação Popular e o Poder Discricionário da Administração".

incorpora a ação popular à categoria de direito público, político. Seu exercício, assim, é restrito aos titulares de direitos políticos. Além de brasileiro, deverá ser *cidadão* o autor popular, ou seja, brasileiro no gôzo dos direitos expressos nos arts. 142 e seguintes da Constituição federal. O autor popular, por exemplo, deverá juntar o título eleitoral — prova de cidadania — à inicial, sem o que a ação não terá curso. [28]

Trata-se de direito público subjetivo dos brasileiros natos ou naturalizados. Em outras palavras — seu exercício, da faculdade do art. 150, § 31, é um atributo da cidadania. Nesse ponto é pacífica a doutrina, embora que se discuta a extensão do têrmo "cidadania". O cidadão com os seus direitos políticos perdidos ou suspensos, com sua cidadania assim afetada, estaria impossibilitado de acionar o Poder Judiciário através da ação popular. Nesse sentido Seabra Fagundes, *in Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro,* vol. 2, págs. 214 e segs. e Pontes de Miranda (*Comentários,* tomo V, pág. 402). Êste, diz: "Resta saber se o Brasileiro, a que se suspenderam, ou que perdeu os direitos políticos, deixa de ser "cidadão", para o efeito do § 38 (P. Miranda comenta a Constituição de 46). Ora, muito embora não se trate de eleições, ou de ato para a instrumentação dos Podêres, o direito público subjetivo do § 38, é *direito político.* Dêle não gozam, portanto, os Brasileiros que se achem nas condições do Art. 135, §§ 1º e 2º. O art. 136 reforça a nossa conclusão: o cargo público não é ligado a direito público, e no entanto a perda dos direitos políticos acarreta a perda dêle; fôra de estranhar-se que o mesmo indivíduo, que perdeu os direitos políticos e o cargo, pudesse exercer a ação fiscalizadora do § 38, ou que de tal direito gozassem os absolutamente incapazes e os que foram condenados criminalmente. *Aliter,* conforme vimos, quanto ao direito de petição, que até os estrangeiros não-residentes têm."

Mais democrática teria sido a manutenção do texto eleito pela Constituição Imperial de 1824 (não estamos esquecidos de que se trata do direito de representação) [29] — e repetido pela Carta francesa de 1848 — quando transforma todo o nacional em titular dêsse direito (*"qualquer do povo..."*). Se a ação é um "instrumento de defesa dos interêsses da coletividade, utilizável por qualquer dos seus membros", se a coletividade é composta de todos, e não apenas dos cidadãos (parcela); se "por ela não se amparam direitos próprios, mas sim direitos da *comunidade"* e se "o beneficiário direto e imediato desta ação não é autor" (cidadão); "é o povo, titular do direito subjetivo ao govêrno honesto", porque limitar-se essa ação aos cidadãos, menos de 20% numa população que ascende aos 80 milhões? Entenda-se que o estrangeiro não possa movimentar a máquina judiciária através da ação popular em defesa do erário público por exemplo (embora possa pedir *habeas corpus* — outra popular — para si ou para outrem); mas não se justifica a discriminação entre os nacionais, pois, todos são, na mesma medida beneficiários da administração pública e, na mesma dose, também são contribuintes do erário. Mas, assim, a ação deixaria de fundar-se no direito político dos cidadãos para continuando na categoria de direito público, fundar-se no interêsse do nacional. E seria o mais correto.

---

28) V. *Revista dos Tribunais,* 181/826, 186/648, 231/251 e 242/561, decisões nesse sentido, do Tribunal de Justiça de São Paulo.

29) Também ensejador do voto do analfabeto e da elevação dêste à categoria de cidadão.

De acôrdo com a lei regulamentar (art. 1º, § 3º), sòmente o eleitor é parte legítima para propor a ação popular (nesse sentido, entre muitos, J. Frederico Marques, *Revista dos Tribunais,* 181/826; Castro Gomes, *idem,* 186/684; Pontes de Miranda, *Curso de Direito Constitucional,* 1946, pág. 264). Em outras palavras, não podem acionar a atividade judiciária do Estado, através da ação popular: os não-eleitores, os estrangeiros e os que tenham seus direitos políticos suspensos ou perdidos, na forma dos artigos 144 e 151 da Constituição federal, vigente.

O autor da lei ordinária, sem amparo na Constituição, confunde *cidadão* com *eleitor,* dando ao primeiro o campo restrito do segundo. Apesar da autoridade dos que postulam o entendimento pràticamente consagrado, considero-o, todavia, passível de restrições. Que o autor popular, no atual regime, é o cidadão, não cabem dúvidas, face à clareza do texto constitucional. Não se justifica, porém, o § 3º do art. 1º da lei regulamentar, restringindo um direito que só poderia estender.

O direito ao voto é um atributo da cidadania, na forma do art. 142, da Constituição federal. Mas o cidadão continua cidadão, mesmo quando deixa de exercer o direito do voto. Apesar de cidadãos, podem não ser eleitores os inválidos, os maiores de setenta anos, os enfermos, os funcionários civis e os militares, em serviço que os impossibilite de votar. Mas todos podem ser autor, na ação popular. O título eleitoral é apenas um instrumento utilizado pelo Estado para facilitar o processo eleitoral face ao número elevado de cidadãos eleitores. Para raciocinar, imagine-se em nosso país a suspensão das eleições, ou pelo menos do voto universal direto, e assim, o desaparecimento do título eleitoral, por arcaico. Com o desaparecimento das eleições desapareceu a cidadania? Parece-nos que não, mesmo porque nas ditaduras ou nos regimes nos quais inexiste a representação popular, mesmo nesses, não havendo eleitores, há cidadãos.

Reduzir o cidadão ao eleitor, é uma restrição à qual não nos podemos filiar, mesmo sabendo que não são poucos os autores de ciência política que com ela concordam. [30]

A experiência, por outro lado, demonstra a incoveniência da restrição. Outros argumentos, de caráter doutrinário, inexistissem, bastaria, para consagrar a afirmação, comparar os longos anos de adoção do instituto com seu emprêgo pelos cidadãos, principalmente levando-se em conta que o combate à corrupção administrativa, à malversação dos dinheiros públicos, etc., é a tônica política que

30) Não desconhecemos, todavia, a acepção restritiva de "cidadão", consagrada em nosso direito constitucional. Abeberando-se no ordenamento jurisprivatista romano e encontrando na tradição grega a fonte de seu direito público, o direito constitucional repeliria a noção ampla de cidadão dos romanos, preferindo a compreensão ai restritiva dos gregos.

O cidadão, no direito constitucional brasileiro, graças a essa origem grega, é tão-só o titular dos direitos politicos. A noção romana era mais lata, compreendendo o direito de cidade, excluídos os estrangeiros e escravos.

Mostrando a inexistência de unanimidade, mesmo entre os constitucionalistas brasileiros, Afonso Arinos (*apud* Paulo Bonavides, *Ciência Politica*), confunde as expressões povo e cidadão: "Povo é aquela parte da população capaz de participar, através de eleições, do processo democrático, dentro de um sistema variável de limitações, que depende de cada país, e de cada época."

tem empolgado a opinião nacional, que a ela tem reagido favoràvelmente. Poder-se-á atribuir a indiferença, no acionamento do Judiciário ao desinterêsse público, resultante do nível cultural do país, se essa mesma população, diante dos mesmos fatos, tem reagido politicamente?

Outra restrição que o aperfeiçoamento do instituto acabará por abolir definitivamente é a que condiciona a ação em defesa da moralidade administrativa, à existência de vício, na elaboração do Ato. Também não concordamos com essa interpretação restritiva, apesar de sua defesa contar com ilustres juristas, Buzaid à frente.

Infelizmente, a Lei nº 4.717 consagraria êsse entendimento (sempre que a lei regulamentar teve oportunidade de inovar o estatuto constitucional, ela o fêz para pior, restringindo, quando deveria ampliar).

O texto de 46, regulamentado pela Lei nº 4.717, falava em "pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos..." As implicações dessa redação (criticada por Pontes de Miranda entre outros) foram por nós analisadas, em linhas anteriores. O fato é que a lei regulamentar distinguiria, por seu turno, os atos nulos dos anuláveis, condicionando a legitimidade da ação à existência, ao lado da lesividade do ato, de vício que o torne nulo ou anulável (incompetência, vício de forma, ilegalidade do objeto, inexistência dos motivos e desvio de finalidade). Face ao art. 2º, [31] parece-nos que o texto se aplica apenas aos casos de *nulidade;* os casos de anulabilidade seriam regulados pelo art. 3º, *verbis:*

"Art. 3º. Os atos lesivos ao patrimônio das pessoas de direito público ou privado, ou das entidades mencionadas no art. 1º, cujos vícios não se compreendam nas especificações do artigo anterior, serão anuláveis, segundo as prescrições legais, enquanto compatíveis com a natureza dêles."

Buzaid, José Frederico Marques, Paulo Barbosa de Campos Filho, com apoio na jurisprudência, entendem que os dois requisitos (nulidade do ato jurídico e lesão ao patrimônio público), hão de concorrer necessàriamente. Buzaid, como vimos, afirma: "...não basta que o ato seja nulo para que o cidadão, nas mesmas condições, lhe reclame a nulidade. Sem que concorram os dois requisitos, a ação não procede."

Também aqui discordamos. Sabemos que o nôvo texto refere-se tão-só à proposição de ação popular "que vise anular atos lesivos ao patrimônio...". Não

---

31) "Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

a) incompetência;
b) vício de forma;
c) ilegalidade do objeto;
d) inexistência dos motivos;
e) desvio de finalidade."

vemos como, com base nesse texto ou mesmo no anterior, inferir a existência de vínculo entre a lesividade e o vício formal, em prejuízo de objetivo da ação, que é a lesividade. *Entendemos que o vício é a própria lesividade do ato.* Basta, portanto, que seja lesivo ao patrimônio público, para que se torne viciado, e assim anulável através de ação popular.

O ato pode ser formalmente perfeito (ato jurídico perfeito); poderá, todavia, ser anulável, desde que implique em lesividade ao patrimônio; basta a existência de lesividade, pois ela, por si só, a lesividade, implica em vício, uma vez que um ato lesivo é um ato eivado de vício.

A questão está em saber-se, como esclarece Pontes de Miranda, *Comentários,* vol. V, pág. 402, se foi criada invalidade dos atos estatais por lesividade ao patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas, ou das sociedades de economia mista, ou se apenas se dilatou a legitimação ativa, para as ações de nulidade ou de anulação. Evidentemente, o nosso entendimento é o da primeira hipótese. Por ela, como assinala o grande constitucionalista, bastará que o ato seja lesivo, para que se torne nulo ou anulável (regime da Constituição de 1946); só no entendimento da segunda hipótese, que rejeitamos, é que se torna necessária a ocorrência, concomitante, dos dois requisitos, a saber, nulidade do ato jurídico e lesão do patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, de autarquias ou de sociedades de economia mista.

Mas os poucos meses de vigência da nova Constituição ainda não ensejaram a correta hermenêutica. Na sua ausência, arriscamos a crítica, esperando que doutrina e jurisprudência venham oferecer, à ação, a necessária fôrça de que ainda carece.

Outros comentários caberiam no que se refere ao rito processual e ao campo da ação, êste, a nosso ver, bastante modesto, deixando de lado, à míngua de proteção judicial, soma enorme de direitos individuais.

5. Aos que desejarem aprofundar a matéria, indicamos, a seguinte bibliografia: 1. Paulo Barbosa de Campos Filho, *Ensaio sôbre a Ação Popular,* São Paulo, Livraria Acadêmica, 1939; 2. Temístocles Cavalcanti, *Comentários à Constituição,* vol. III (pág. 266); 3. Caio da Silva Pereira, *Lesão dos Contratos Bilaterais,* Rio, 1949, ed. da Rev. Forense, nº 103; 4. R. A. Amaral Vieira "Ação Popular" *in Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro,* vol. 38, págs. 166 a 171; 5. Marcel Waline, *Droit Administratif,* Paris, 1936, págs. 649 e segs.; 6. Francisco Campos, "Elaboração Legislativa" (Parecer). *Direito Constitucional,* Ed. Rev. Forense, Rio, 1942, págs. 1 a 67; 7. Lucio Bittencourt, *Contrôle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis,* Rio, 1949, Ed. Rev. Forense; 8. Wercingetorix de Castro Garms — *Revista dos Tribunais,* vol. 186/648; 9. Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1946,* 2ª ed. vol. 4º, págs. 442 e 446; 10. Pedro Calmon, *Curso de Direito Constitucional,* 1946, pág. 264; 11. Seabra Fagundes. *Revista de Direito Administrativo,* vol. 6, pág. 17; 12. Chiovenda, *Instituições de Direito Processual Civil,* trad. da 2ª ed. italiana, vol. 3º, § 35; 13. Alfredo Buzaid, *Da Apelação Ex Officio,* 1951; 14. Rafael Bielsa, "A Ação Popular e o Poder Discricionário da Administração" *in Revista de Direito Administrativo,* out./dez. 1954; 15. Rafael Bielsa, *Derecho Administrativo,* 4ª ed., tomo 4º, pági-

na 308, nota 8 e terceira edição, pág. 623, nota 4; 16. Rafael Bielsa, *Moralidad y Racionalización,* Tribunal do Comércio, Rosario, jul. 29, 1953; 17. Kritter, *L'Opposition en Droit Administratif,* Paris, 1935, 43 e segs; 18. Hauriou, *Notes d'Arrête sus les Décisions du Conseil d'Êtat et du Tribunal des Conflits,* Paris, 1929, tomo II págs. 403 e segs; 19. Fernández de Velazco, *La Acción Popular en el Derecho Administrativo,* Madrid, 1920, pág. 60; 20. Rafael Bielsa, *Reflexiones sobre Sistemas Politicos,* Buenos Aires, 1944, págs. 3 e segs; 21. Maynz, *Curso de Derecho Romano,* tomo I, nº 98, pág. 204, § 53, IV; 22. Willens, *Le Droit Public Romain,* Louvain, 1872, págs. 306 e segs; 23. Bonfant, *Instituzzioni di Diritto Romano,* Milano, 1907, págs. 206 e segs; 24. Ihering, *Espiritu del Derecho Romano,* trad. de Principe y Santárrés, Madrid, s. data, tomo I, § 17; 25. Rafael Bielsa, "Conceptos Juridicos y Terminologia" — "Recursos e Jurisdición Plena", *in* Rev. *La Ley,* tomo 56, pág. 787; 26. Ferrari, "Il Potere Discrezionale della Publica Amministrazione e l'Autoritá Giudiziaria", em *Revista di Diritto Publico e della Publica Amministrazzione,* 1924, 1ª parte, pág. 226; 27. Rafael Bielsa, *Estudios de Derecho Publico,* 2ª ed. tomo 3º, págs. 751 e segs. e *La prensa su Influencia e el Derecho de Replica;* 28. Gordon, Ireland, *Publicaciones de la Universidad de Santo Domingo,* vol. XIV, 1914; 29. Alfredo de Almeida Paiva, comentário a acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, *Revista de Direito Administrativo,* vol. 35, pág. 48; 30. Velas, *El Acio Administrativo,* 1929, pág. 280; 31. Duguit, *Traitê de Droit Constitutionnel,* 1929, vol. I, pág. 233; 32. Bielsa, *Derecho Administrativo,* 1938, vol. I, pág. 623; 33. Wendon, *Traité des Choses Publiques,* 1870, págs. 128/29; 34. Ranelletti, *Le Guarentigia della Giustizia nella Pubblica Amministrazione,* 1934, pág. 510; 35. Gascon y Marin — *Derecho Administrativo,* 1935, vol. I, pág. 372; 36. Meucci, *Instituzioni di Diritto Admministrativo,* 1898, pág. 151; 37. Ihering, *O Espirito do Direito Romano,* trad. de Rafael Benaron, 1934, vol. I, pág. 156, texto e nota 146, e vol. IV, pág. 231; 38. Mortara, *Comentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civille,* 2ª ed., vol. II, pág. 608; 39. Zanobini, *Corso di Diritto Amministrativo,* 1939, vol. I, pág. 222; 40. Appleton, *Traité Élementaire du Contentieux Administratif,* 1927, pág. 559; 41. Fleiner, *Instituciones de Derecho Administrativo,* 1933, págs. 215/16; 42. Eduardo Espínola, *Manual do Código Civil,* de Paulo Lacerda, ed. Jacinto, vol. III, 1ª parte, pág. 134; 43. Clóvis, *Código Civil Comentado,* 1916, vol. I, pág. 336; 44. Seabra Fagundes, *O Contrôle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário,* 1941, págs. 58/60; 45. Roscoe Pound *Administrative Law* (its grow, procedure, and significance) págs. 59/64; 46. Roger Bonard, *Droit Administratif,* 1935, pág. 194; 47. Carvalho Santos, *Código Civil Interpretado,* 1938, vol. II, pág. 153; 48. Paula Batista, *Compêndio de Teoria e Prática do Processo Civil comparado com o Comercial,* 7ª ed. págs. 257/8; 49. João Monteiro, *Teoria do Processo Civil e Comercial,* 1925, pág. 758; 50. Goldschmidt, *Derecho Procesal Civil,* 1936, pág. 439; 51. Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil,* 1937, vol. II, pág. 282; 52. Esmein, *Elements de Droit Constitutionnel Français et Comparé,* 8ª edição revista por Nézard, vol. I, págs. 588/9; 53. Barbalho, *Constituição Federal Brasileira — Comentários,* 1902, pág. 316; 54. Aurelino Leal, *Teoria e Prática da Constituição Federal Brasileira,* 1925, pág. 351; 55. Rui, *Comentários à Constituição Federal,* coligidos e ordenados por Homero Pires, 1933, vol. V, págs.

169/70; 56. Black, *American Constitutional Law,* 1910, pág. 633; 57. Ovídio Bernardi, "Ação de Enriquecimento Ilícito e Ação Popular", *Revista de Direito Administrativo,* pág. 412; 58. José Frederico Marques, *in Revista dos Tribunais,* vol. 266, pág. 5; 59. Seabra Fagundes, "Ações Populares" *in Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro,* vol. 2, págs. 213 e segs. ed. 1954; 60. Francisco Bilac Moreira Pinto, *Enriquecimento Ilícito no Exercício de Cargos Públicos,* ed. Forense, 1960; 61. Pontes de Miranda, *Comentário à Constituição de 1946,* vol. IV, pág. 439; ed. 1953; 62. José Frederico Marques, "As Ações Populares no Direito Brasileiro", *Revista de Direito Administrativo,* pág. 42; 63. Arturo Lentini, *La Giustizia Amministrativa,* 1948, pág. 92, nota 9; 64. Enrico Allorio, *Diritto Processuale Tributario,* 1942, págs. 171 e 172; 65. Nelson Carneiro, *Das Ações Populares Civis no Direito Brasileiro,* 1951, pág. 21 e *Revista Forense,* vol. 136; 66. José Duarte, *A Constituição Brasileira de 1946,* vol. 3º, pág. 63; 67. F. Mattirollo, *Tratatto di Diritto Giudiziario Civile,* vol. I, nº 32; 68. Cino Vitta, *Diritto Amministrativo,* 1948, vol. I, págs. 14 e 15; 69. Guido Zanobini, *Corso di Diritto Amministrativo,* 1949, pág. 319; 70. Emílio Gomes Orbaneja, *Comentários a la Ley de Enjuiciamento Criminal,* 1951, vol. II, pág. 223; 71. Gascon y Marín, *Tratado de Derecho Administrativo,* 1948, vol. I, pág. 359; 72. Adolfo Posada, *La Nouvelle Constitution Espagnole,* 1932, pág. 223; 73. Alcalá Zamora y Castillo, *Adiciones al Sistema de Derecho Procesal Civil de F. Carnelutti,* 1944, vol. II, pág. 68; 74. Mauro Cappelleti, *La Giurisdizione Constituzionale della Libertá,* 1955, págs. 4, 71 e 72; 75. P.M. de la Roque, *L'Inertie des Pouvoirs Publics,* 1950, pág. 299; 76. Paulo Barbosa de Campos Filho, "A Ação Popular Constitucional", *Revista de Direito Administrativo,* vol. 38, pág. 1; 77. João Coelho Branco, Parecer, *in Revista de Direito Administrativo,* vol. 25, págs. 329 e segs; 78. Alfredo de Almeida Paiva, "A Ação Popular", comentário *in Revista de Direito Administrativo,* vol. 35, pág. 48; 79. Costa Manso, *Votos e Acórdãos,* 1922, págs. 294; 80. Hélio Tornaghi, *Processo Penal,* 1953, pág. 302; 81. Jorge Alberto Romeiro, *Da Ação Penal,* 1949, págs. 101, 103; 82. Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1946,* 1ª ed. vol. III, pág. 380; 83. João Mendes Júnior, *O Processo Criminal Brasileiro,* 1911, vol. II, págs. 175/8; 84. Galdino Siqueira, *Curso de Processo Criminal,* 1917, págs. 76 e 77; 85. Costa Manso, *O Processo na Segunda Instância,* pág. 464; 86. J. Jellinek, *Sistema dei Diritti Publici Subbietivi,* trad. italiana de G. Vitagliano, 1912, pág. 258; 88. Recaredo F. de Velasco Calvo, *Resumen de Derecho Administrativo y Ciencia de la Administración,* 1930, tomo I, págs. 362 e 363; 89. Maurice Hauriou, *La Jurisprudence Administrative de 1892 a 1929,* tomo II, 1929, pág. 375; 90. Antônio José Brandão, "Moralidade Administrativa", *in Revista de Direito Administrativo,* vol. 25, pág. 462; 91. Heli Lopes Meireles, "Ação Popular e sua Lei Regulamentar e sua Natureza Jurídica", *in Revista de Direito Administrativo,* vol. 84, pág. 1; 92. José Carlos Barbosa Moreira, "Ação Popular", *in RD PG,* 12/738; 93. Alfredo Buzaid, "Bem público de uso comum — Alteração de destino — Ação popular", Parecer *in Revista de Direito Administrativo,* vol. 84/321 e segs.; 94. Antão de Morais, parecer *in Revista de Direito Administrativo,* vol. 16/328,9; 95. João Coelho Branco, parecer *in RD PG,* vol. 10, pág. 421; 96. José Carlos Barbosa Moreira, "Problemas da Ação Popular", *in Revista de Direito Administrativo,* vol. 85/395 e segs.; 97. Ari Florêncio Guimarães, "Ação Popular" (Parecer), *in*

Revista Jurídica, vol. 18, págs. 60/67, nov./dez., 1955; 98, Eduardo Pelegrini, "Ação Popular", *in RD PG,* vol. 7, págs. 711/733; 99. Seabra Fagundes, "A Posição do Autor nas Ações Populares", *RD PG,* nº 2, págs. 1/5, 1955 e *Revista Forense,* nº 164, págs. 632/634, março-abril, 1956; 100. Recaredo Fernandez de Velasco, *La "Acción Popular" en el Derecho Administrativo,* Madrid, 1920; 101. Castro Nunes, *Do Mandado de Segurança,* 7ª edição atualizada por José Aguiar Dias, Forense, 1967; 102. Luíz Machado Guimarães, "A Ação Popular e Coisa Julgada", *in Boletim do Instituto dos Advogados do Brasil,* vol. XIV; 103. Ari Florêncio Guimarães, "Aspectos da Ação Popular de Natureza Civil", E. C., *Revista dos Tribunais;* 104. José Afonso da Silva, "O Ministério Público e a Ação Popular", *in Revista de Direito Administrativo,* vol. 88.