DA AÇÃO POPULAR

M. SEABRA FAGUNDES
Desembargador no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte

SUMÁRIO: 1 — *Da ação popular.* 2 — *Finalidade corretiva e supletiva.* 3 — *O seu conceito no direito romano e no direito moderno.* 4 — *No direito positivo.* 5 — *Na Itália.* 6 — *Na França.* 7 — *Na Alemanha.* 8 — *No direito brasileiro; evolução.* 9 — *No direito brasileiro; estado atual.* 10 — *Desuso e vantagens da ação popular.* 11 — *Da posição do autor ante os objetivos da demanda.* 12 — *A ação para valimento de direito ao uso dos bens públicos não se confunde com a ação popular.* 13 — *Da natureza do contencioso.* 14 — *A ação intentada para valimento de direito subjetivo pode trazer em si as conseqüências duma ação popular.* 15 — *Do interêsse de agir.* 16 — *Gratuidade.* 17 — *Da sentença.* 18 — *Do terceiro na ação popular.* 19 — *Do recurso de terceiro.* 20 — *Do prazo para recorrer.* 21 — *Da natureza do direito instituído no art.* 141, § 38, *da Constituição Federal.* 22 — *Êsse direito não aproveita senão a quem esteja no gôzo dos direitos políticos.* 23 — *A ação popular prevista na Constituição não pode ser intentada por pessoa jurídica.* 24 — *Do caráter lesivo do ato administrativo ou eqüivalente.* 25 — *Apreciação da moralidade do procedimento administrativo.*

1 — Ação popular é aquela por meio da qual o indivíduo 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, afetem, de qualquer modo, o direito objetivo no que concerne aos serviços públicos, ao domínio do Estado, às servidões administrativas e às obrigações públicas. [1]

E' instrumento pôsto a serviço dos membros da coletividade para o contrôle permanente da legitimidade extrínseca (e, às vêzes, tam-

1. Velasco, *El Acio Administrativo*, 1929, p. 280; Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, 1929, vol. I, p. 233; Bielsa, *Derecho Administrativo*, 1938, vol. I, p. 623; Wondon, *Traité des Choses Publiques*, 1870, ps. 128-129.

bém intrínseca) do procedimento administrativo. No dizer de Gascon y Marin, completa o regime de direito a que se vincula a Administração Pública. [2]

2 — Segundo Ranelletti, a ação popular pode ter sentido *corretivo,* se visa a reparar êrro da Administração na realização do direito, e *supletivo* quando procura suprir a inércia da autoridade pública fazendo executar lei, cuja aplicação se descurou. [3]

3 — Em Roma, a ação popular revestia uma amplitude extraordinária, servindo não só ao valimento de interêsses individualizados (defesa pessoal do uso das vias públicas — *Interdictum ne quid in loco publico vel itinere fiat ;* da utilização dos rios como ancoradouros, bebedouros, etc. — *Interdictum ne quid in flumine publico ripave ejus fiat ;* dos esgotos públicos — o interdito *de cloacis ;* etc.), mas, ainda e sobretudo, ao de interêsses coletivos, nos casos apontados, quando não particularmente concretizado o interêsse, e noutros, tais os de defesa de sepultura comum, de efetivação de fundações instituídas por atos de última vontade, de oposição à colocação em telhado ou janela de coisas que pudessem cair sôbre a rua. [4]

Sempre que estivesse em jôgo a coisa pública, a ação seria popular, figurasse o autor como sujeito de um direito subjetivo ou fôsse mero agente da coletividade na defesa de um interêsse por todos disperso.

Modernamente o conceito de ação popular se despe dessa duplicidade de sentido por fôrça da evolução conjunta dos direitos constitucional, administrativo e judiciário, já não se distinguindo as ações em que seja réu o Estado (como qualquer ente público), ou que tenham por objeto bens públicos, daquelas onde são demandadas pessoas privadas e versando sôbre bens particulares. A demanda contra o Estado, ou envolvendo bens públicos e relações de direito constitucional ou administrativo, equipara-se a qualquer outra do ponto de vista processual, quer nos requisitos de propositura, quer no alcance das conseqüências jurídicas. Não é o ser intentada contra pessoa jurídica de direito público, nem o dizer respeito a relações jurídicas em que o Estado, ou outra dessas pessoas, seja interessado ou parte, que lhe empresta caráter específico. Para que

---

2. *Derecho Administrativo,* 1935, vol. I, p. 372.
3. *Le Guarentigie della Giustizia nella Pubblica Ammnistrazione,* 1934, p. 510.
4. Meucci, *Istituzioni di Diritto Amministrativo,* 1898. p. 151 Jhering, *O Espírito do Direito Romano,* trad. de Rafael Benaion, 1934, vol. I, p. 156, texto e nota 146, e vol. IV, p. 231.

se lhe atribua sentido especial, é preciso que alguma coisa a peculiarize processualmente. E é à luz dessa orientação que se há de conceituar a ação popular, que, sendo um remédio de direito processual, embora com aplicação a relações de direito administrativo, daquele, dos princípios que o regem, há de trazer os elementos específicos da sua classificação. E o elemento que permite lhe atribuir caráter formal peculiar é o interêsse à propositura, que, aparecendo individualizado nas ações em geral (até mesmo nos casos de substituição processual, onde o autor, não sendo o titular da relaço de direito substancial, o é, entretanto, do direito de agir), nessa ação, que envolve direitos, bens ou interêsses regidos pelo direito administrativo, se apresenta indeterminado, pelas repercussões impessoais da lide.

Êsse sentido genérico do direito de agir é que hoje a distingue e assinala, não só entre as demandas que envolvem interêsses da Administração Pública, senão também em meio a tôdas as ações.

4 — No direito positivo vigente, a ação popular se apresenta com alcance mais restrito do que aquêle que comporta pelo seu sentido histórico e conteúdo doutrinário. Nem abrange, indistintamente, a defesa do direito objetivo, nem compete a qualquer indivíduo. A lei põe restrições ao seu exercício.

5 — Na Itália se lhe reconhece a exigência em matéria eleitoral e para a defesa de certos interêsses, como os concernentes a intituições de beneficência. [5]

6 — No sistema do contencioso francês, onde aparece como recurso por excesso de poder (no dizer de Appleton, o Conselho de Estado converteu êsse recurso em "verdadeira ação popular"),[6] embora cabível contra ato administrativo de qualquer natureza, só pode ser utilizado quando a situação a que se vise diga respeito ao recorrente por alguma razão especial. [7]

7 — Na Alemanha pré-nazista, admitia-se a *Actio Popularis* contra a supressão ou desvio dos caminhos públicos (Prússia) e para a defesa ampla de interêsses legítimos (Hamburgo e Bremen). [8]

---

5. Mortara, *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile*, 2.º ed., vol. II, p. 608; Zanobini, *Corso di Diritto Amministrativo*, 1939, vol. I, p. 222.

6. Appleton, *Traité Élémentaire du Contentieux Administratif*, 1927, p. 559.

7. Appleton, ob. cit., ps. 554-564.

8. Fleiner, *Instituciones de Derecho Administrativo*, 1933, ps. 215-216.

8 — A não ser em matéria eleitoral,[9] o nosso direito não tem acolhido a ação popular, nem em sentido amplo, nem duradouramente. Encontram-se casos na vetusta legislação do Império e na dos primeiros anos da República, mas lhes falta, pelas matérias que envolvem, o sentido capaz de chamar o povo a intervir, que é o da repercussão do assunto em interêsses individuais difundidos e empolgantes.

Tal sucede com o dec. 2.691, de 14 de novembro de 1860, que "marca os casos de falência dos Bancos e outras Companhias e sociedades anônimas, e o processo que em tais casos se deve seguir, o qual permite, quando houver emissão ou conservação na circulação de títulos ilegais por parte de Banco, ao lado das providências administrativas (policial ou fiscal), a apreensão judicial "por denúncia, ou a requerimento de qualquer pessoa do povo." [10]

Tal sucede, igualmente, com a ação de dissolução "de associação de fins religiosos, morais, científicos, artísticos, políticos ou de simples recreio", *quando promoverem fins ilícitos* ou *se servirem de meios ilícitos ou imorais,* que podia ser promovida sob "denúncia de qualquer pessoa do povo ou do Ministério Público", nos têrmos da lei n.º 173, de 10 de setembro de 1893. [11]

Êsses assuntos não atraíam o interêsse geral; ninguém se abalançava a nêles interferir. Tampouco repercutiria sôbre qualquer indivíduo a sua solução. Quando nêles permitiu intervir tôda pessoa do povo, o legislador teve mais em vista a grave repercussão moral da emissão ou circulação ilícitas e da existência nociva de certas associações sôbre a vida social em seu conjunto, e não bem sôbre cada indivíduo. 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 mínimo necessário a estimular a capacidade de movimentação do homem, a inércia prevalecerá sôbre a ação.

O Código Civil exclui o cabimento da ação popular quando condicionou o direito de agir à existência de legítimo interêsse econômico ou moral, vinculado ainda êste àquilo que se relacionasse, diretamente, com o autor ou a sua família. [12]

---

9. Eduardo Espínola, *Manual do Código Civil,* de Paulo de Lacerda, ed. Jacinto, vol. III, 1.ª parte, p. 134.

10. Art. 2.º, § 2.º, e arts 3.º e 4.º

11. Art. 13.

12. Art. 76.

A Carta constitucional de 1934 incluiu a ação popular entre os direitos públicos subjetivos do indivíduo. [13] Os têrmos restritos em que o fêz (no mesmo teor do art. 141, § 38, da Constituição vigente) e a sua duração efêmera jamais ensejaram o uso, ainda que raro, do instituto.

Afora o direito federal, uma ou outra lei estadual a acolheu, sempre com âmbito restrito, como a lei baiana n.º 1.102, de 11 de agôsto de 1915, que, no art. 81, a admite promovida por qualquer munícipe para "reivindicar ou reaver bens ou direitos do Município, que tenham sido usurpados, depois de provocados o Intendente ou o Conselho".

Há, entretanto, sem texto expresso de lei, preciosa reminiscência doutrinária da sua admissibilidade para a defesa dos *lugares públicos, das coisas do domínio e uso comum do povo*. E' na *Doutrina das Ações*, de Correia Teles, acomodada ao fôro do Brasil por Teixeira de Freitas. O velho praxista admite, nesses casos, o embargo de obra nova oposto por qualquer pessoa, "maiormente tendo para isso algum interêsse particular". [14] O nosso Teixeira de Freitas preconiza também o embargo para a defesa dos bens públicos, mas quando exemplifica o faz de sorte a restringir a amplitude ilimitada com que aquêle o aceita. Assim, aponta como exemplos os casos onde estejam em jôgo *terrenos de marinhas e acrescidos marítimos ou fluviais* nos quais *certas pessoas* agem em virtude de *direitos de preferência*, que lhes são reconhecidos pela legislação. [15] A *preferência* restringe o direito de agir, fazendo-o dependente de situação jurídica especial.

9 — Em nosso direito, ela apareoe, agora (de parte a matéria eleitoral, onde sempre se admitiu, como já dissemos"),[16] restrita ao pedido de anulação ou pronunciamento da nulidade dos atos lesivos ao patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista. [17]

10 — Na prática moderna das instituições políticas, alguns assinalam a ação popular como remédio político-jurisdicional decadente e de pouco préstimo. [18] Ora se atribui ao Ministério Público a fis-

13. Art. 113, n.º 38.
14. Ed. de 1880, § 95.
15. Ob. cit., nota 459.
16. Eduardo Espínola, ob.. vol. e parte cits., p. 134; decreto-lei n.º 7.586, de 28 de maio de 1945, art. 33.
17. Art. 141, § 38.
18. Gascon y Marin, ob. e vol. cits., ps. 372.

calização e defesa do que interessa à coletividade,[19] ora se apontam os textos penais, as posturas dos Municípios e as leis de polícia como contendo elementos de repercussão e alcance capazes de substituir, com vantagem, a iniciativa dos cidadãos. [20]

Não é essa, porém, uma opinião generalizada. Se a decadência do instituto é evidente, constatada pela sua involução, principiada já entre os romanos (Meucci faz ver que, em Roma, à proporção que ao Estado se abriam possibilidades de interferência em certos setores, decaía o cabimento da ação popular) [21] e progressivamente acelerada até hoje, a sua utilidade é salientada por juristas dos mais eminentes, alhures e aqui.

O insigne Jhering a exalta como "um fenômeno notável" mesmo à luz do moderno direito público. [22] Bielsa lhe salienta a função educativa. [23] O mesmo faz Meucci, opinando pela sua compatibilidade com "um Estado de civilização e instituições representativas muito desenvolvidas. [24] Como elemento de contrôle e estímulo às boas práticas administrativas a refere Mortara. [25]

No Brasil, basta mencionar J. X. Carvalho de Mendonça e Levi Carneiro, ambos defensores da sua utilidade e do seu uso atual. O primeiro, a ela aludindo, com entusiasmo, como expressiva *do sentimento elevadíssimo que os romanos tinham do seu direito* e defendendo a sua adoção; [26] o segundo (reportando-se, aliás, àquele), numa das suas excelentes crônicas semanais n'*O Jornal* (Rio), sôbre a "Vida Jurídica", aplaudindo-lhe a acolhida na nova Carta Política.

A nós se nos afigura que, num país como êste, onde a educação política atravessa um estágio primário, agravado hoje, nas suas conseqüências, pelos hábitos de um regime de govêrno pessoal, a ação popular, admitida à larga (não com o sentido estrito que lhe emprestaram as Constituições de 1934 e vigente), poderia exercer relevante papel no aperfeiçoamento da mentalidade política, chamando os cidadãos a cooperar, ativamente, na prática de um regime de legalidade efetiva e criando para os agentes executivos o hábito da submissão à ordem legal. O seu concurso à educação política do povo, incutin-

19. Zanobini, ob. e vol. cits., ps. 223-224.
20. Clóvis, *Código Civil Comentado*, 1916, vol. I, p. 336.
21. Ob. cit., p. 151.
22. Ob. cit., vol. I, p. 150.
23. Ob. e vol. cits., p. 622, nota 4.
24. Ob. cit., p. 152.
25. Ob. e vol. cits., p. 608.
26. "Direito e legislação sôbre melhoramento dos portos nacionais e serviços a cargo das empresas ou companhias de docas", *O Direito*, vol. 87, p. 18, nota 59.

do-lhe o sentimento de participação ativa e constante no govêrno (e não apenas dentro da periodicidade eleitoral), e dos administradores, aprimorando-lhes a noção da responsabilidade pela amplitude do reexame jurisdicional dos seus procedimentos, seria apreciável.

E se, por indiferença, explicável ao comêço pelo desuso, não fôra utilizada com freqüência, bastaria que o fôsse em casos de repercussão nacional para se tornar prestigiosa na opinião pública e eficiente nos seus efeitos morais.

Sob outro prisma, ainda, a ação popular poderia ser útil em nosso mecanismo jurídico : permitindo a defesa jurisdicional indireta dos interêsses legítimos. Nos países onde existe a jurisdição administrativa (França, Itália, Grécia, etc.), dada a apreciação amplíssima, que, através dela, se permite, em quantidade e qualidade, sôbre os atos da Administração, a ação popular perde o relêvo. Quem vê um interêsse seu, ferido ou ameaçado, ainda que oblìquamente, por algum ato do Poder Executivo, encontra nos órgãos colegiais da administração judicante a possibilidade de amparo e corretivo. E' que em interêsses legítimos) e com maior latitude (como na França atraciar no mérito (como na Itália pelo exame de pretensões assentes em interêsses legítimos) e com maior latitude (como na França através do contencioso de plena jurisdição), os atos administrativos levados ao seu conhecimento. E, supletiva da deficiência da proteção judiciária (sistema italiano), ou pràticamente absorvente de todo o contrôle jurisdicional (sistema francês), dela decorre uma proteção mais ampla para o indivíduo.

Nos países que desconhecem a jurisdição administrativa, porém (notadamente nos que mantêm a unidade de jurisdição quase absoluta, como o nosso), uma série de interêsses individuais da maior importância escapa ao exame de natureza jurisdicional. A necessidade de assegurar à Administração, em face do Poder Judiciário, um território de ação livre, assim ditado por imperativos peculiares ao seu tipo de atividade móbil e complexa, faz subtraí-la ao contrôle da Justiça, quando não fira direito subjetivo de alguém.

A ação popular não será cabível em todos os casos de gravame a interêsse legítimo, porque os atos discricionários, que freqüentemente os podem ferir, admitindo pluralidade de critérios resolutivos por parte da Administração pública,[27] excluem o pronunciamento judiciário em favor desta ou daquela solução. Entretanto, em muitos

27. Seabra Fagundes, *O Contrôle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 1941, ps. 58-60.

outros, ou seja, naqueles em que o prejuízo resulte da inércia administrativa ou de defeituosa aplicação de texto legal, sem incidência pessoal direta (direito subjetivo), mas implicando numa desvantagem para alguém, pode-se obter a correção do critério errôneo, mediante êsse remédio de definição do direito objetivo.

Figuremos que a Administração, infringindo lei disciplinadora do comércio de comestíveis, permite funcione estabelecimento que não preenche os requisitos ali exigidos. Com isto não molesta direito subjetivo de ninguém. Mas viola o interêsse de todos os cidadãos em que um tal ramo de comércio se enquadre nos rigorosos padrões da lei. A ação popular permite a qualquer pessoa, por via judicial, coibir a Administração a executar a lei (pela cassação da licença ao estabelecimento) na defesa do interêsse comum da população local.

Também, se interpretando mal a lei de localização de indústrias insalubres, a autoridade administrativa, com ou sem intenção, prejudica o desenvolvimento de um bairro em favor de outros, quem quer que seja com interêsses opostos à resolução administrativa (uma companhia imobiliária, por exemplo, interessada na venda de terrenos residenciais no bairro, cujo desenvolvimento tenha sido afetado) pode pedir ao Judiciário declare ilegal a medida proibitiva, emprestando à lei de localizações o sentido legítimo.

Nos julgados da nossa Justiça se nos deparou um caso de demanda, que, conquanto repelida por condicionado o direito de agir, nos nossos textos legais, ao interêsse pessoal e direto, focaliza uma dessas espécies nas quais a ação popular poderia ser utilíssima e moralizadora. Tendo o govêrno da União equiparado aos estabelecimentos oficiais a Escola de Farmácia e Odontologia de Mococa, Estado de São Paulo, a Escola de Farmácia e Odontologia da capital daquele Estado intentou uma ação para invalidar o respectivo ato administrativo, sob a alegação de que o decreto n.º 15.530, de 18 de março de 1915, vigente à data da medida, não admitia a equiparação senão nas cidades de mais de 100.000 habitantes, requisito que Mococa não preenchia, pois contava apenas com 6.000.

A autora foi julgada carente de ação pelo Supremo Tribunal Federal, afirmando-se, nos votos vencedores, que sòmente um direito subjetivo poderia autorizar qualquer pedido em juízo (invocou-se o art. 13 da lei n.º 221, de 1894, então vigorante) e que de tal direito não era titular a autora. [28]

---

28. Ap. civil n.º 3.317, *Arq. Jud.*, vol. 30, ps. 11-14.

Mesmo no terreno da competência discricionária, a ação popular seria prestativa à correção de um abuso comum na praxe administrativa : o de interpretar a lei a dois modos em situações idênticas, impondo a uns certas obrigações e dispensando-as a outros por simples inação. Em matéria de permissão para edificar, não é raro que a autoridade municipal imponha às licenças para construir em certa rua determinadas condições (gabarito, área de isolamento ou recuo, etc.) e, por exceção, permita a terceiro requerente que construa fora dêsses requisitos. Não fere, com isto, direito de ninguém (pois as exigências feitas às primeiras licenças terão sido legais), mas usa um critério injusto de dois pesos e duas medidas, a exigir reparo pela fixação da exegese do texto e imposição de norma uniforme. E, não esquecendo que muitas relações jurídicas fogem ao plano puramente econômico, ou, pelo menos, transcendem dos seus limites, é de reconhecer que a simples obtenção de critério igual na aplicação da lei já constitui reparação suficiente para o que vê burlar-se, em seu detrimento, a igualdade constitucionalmente assegurada. E' o sentimento de justiça ferido em quem recebeu do poder público tratamento mais rigoroso que o dispensado a outrem, que o leva a agir pugnando pela realização imparcial do direito. Nenhuma regra moral é mais relevante para a Administração que dispensar a todos, em igualdade de situações, o mesmo tratamento tolerante ou rigoroso. Abonando êsse ponto de vista, lembremos que na França, segundo informa Appleton, o Conselho de Estado acolhe o recurso por excesso de poder, ainda quando já executado o ato, com o só objetivo de *censurá-lo*. [29]

Mas, se nos quisermos ater ao plano econômico, o direito em tal hipótese fixado na ação popular autorizaria, por inferência necessária, ação de perdas e danos proposta por quem sofresse os efeitos da desigualdade de tratamento.

Com o correr dos tempos, acreditamos, a ação popular concorreria também, pelo uso habitual, para atenuar os melindres (e, daí, os embaraços), que o cumprimento das sentenças contra o poder público ainda desperta. Cooperaria para que se visse nos provimentos jurisdicionais o que êles são realmente, isto é, medidas de revisão minuciosa e ponderada dos atos administrativos, abrigadas de certa margem de êrro pelas complexidades do processo e da indagação judiciais, com o objetivo de garantir, da melhor forma possível, a

29. Ob. cit., ps. 558-559.

prevalência da ordem jurídica, não no interêsse de um, ainda que exteriormente tal se afigure, mas no de tôda a comunidade. [30]

11 — Na ação popular, o autor assume um papel comparável, sob certos aspectos, ao do substituto processual: age no uso de um direito processual próprio (o direito à ação popular individualiza-se em qualquer indivíduo, que resolva agir, judicialmente, na defesa do interêsse coletivo) para a salvaguarda do direito objetivo em favor da causa pública. Mas, como assinalamos, o seu papel é comparável ao do substituto processual, apenas sob certos aspectos. Isto porque, se na substituição processual há sempre um direito subjetivo em jôgo (do substituído, que o substituto pede reconhecer), na ação popular poderá haver ou não êsse direito. Assim, enquanto destinada a defender o patrimônio de uma pessoa jurídica de direito público (caso do art. 141, § 38, da Constituição), essa ação envolve um direito subjetivo de ordem patrimonial. Tanto que o órgão da pessoa jurídica afetada, isto é, titular do direito, poderia ter a iniciativa da demanda, prejudicando a intervenção do indivíduo.

Quando, no entanto, se trate de fazer executar uma lei qualquer posta de lado pela Administração Pública, ou de fazê-la interpretar com exatidão algum texto legal, não há como ver na finalidade da demanda a defesa de direito subjetivo. O que se tem em vista é a realização do direito objetivo, ou seja da lei considerada em face duma série de situações atuais e futuras. Não se pode dizer que a pessoa jurídica seja sujeito ativo de qualquer situação subjetiva. O de que se trata é de preservar a ordem jurídica, de executar a lei, tal como a traçou o legislador, dentro do seu espírito e atento o interêsse comum. [31] O beneficiário ou os beneficiários da sentença serão indeterminados; serão aquêles aos quais possa eventualmente aproveitar a exegese jurisdicionalmente fixada. Entre êles estarão indivíduos em geral, como também a pessoa jurídica de direito público, à qual o assunto diga respeito.

12 — Não se confunde com a ação popular aquela que qualquer indivíduo pode promover como sujeito ativo do direito de uso comum dos bens públicos. [32] Aqui, o indivíduo age como titular de um direito subjetivo. E' o seu imediato e exclusivo interêsse, obs-

30. Roscoe Pound, *Administrative Law (its growth, procedure, and significance)*, ps. 59-64.

31. Fleiner, ob. cit., p. 141.

32. Código Civil, art. 66, n.º 1.

tado ou turbado por outro indivíduo pelo abuso no exercício do uso comum, ou pela própria Administração por inércia ou errada execução da lei, que serve de base à lide.

O autor não defende um direito de todos (embora reflexamente a demanda intentada possa beneficiar a muitos) senão seu, pessoal e direito. Nesses casos, diz Mortara, "o indivíduo age no seu "próprio interêsse", embora se trate de direitos dos quais participa em conjunto com outros cidadãos, que se encontram em paridade de condições com êle".

E, vai mais além, advertindo não se dever confundir a *ação popular* com aquela que todo cidadão "pode legìtimamente propor, *no próprio interêsse individual*, a propósito de direitos de natureza coletiva, dos quais participa em conjunto com outros cidadãos, que se encontram em paridade de condições e até quando perdurem tais condições". Exemplifica : direitos de servidão, de condomínio, de uso público etc. [33]

Êsse ponto de vista vem expresso e acolhido em acórdão duma das turmas do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, de que fomos relator.

A espécie, pela sua raridade, merece rememorada. Os autores, dizendo-se turbados na posse de terras suas, com derrubada de cêrcas, intentaram ação de manutenção de posse. Os réus, contestando, afirmaram ter pôsto cêrcas abaixo como participantes de um grupo de quarenta pessoas, tôdas prejudicadas pelo fechamento de estada pública, por ato dos autores. Provado dos autos que a via era realmente pública, o acórdão deu razão aos réus, reconhecendo-lhes (o que pode parecer uma tese ousada, mas, não obstante, perfeitamente jurídica) o direito de desfôrço pessoal como utentes de bens públicos de uso comum. Argumentou-se, gradativamente, até chegar a êsse resultado : que o fechamento da estrada pelos autôres importava em se reservarem êstes "o uso exclusivo de coisa destinada ao uso da coletividade" ; que, se "ao Estado, como ente público (União, Estado ou Município), atribui o Código Civil a propriedade e a posse exclusiva dos *Bens Dominicais* e dos de *Uso Especial* (art. 66, II e III), em se tratando dos *bens de uso comum do povo* lhe atribui o domínio, mas não a posse exclusiva, pois que cada pessoa do povo tem sôbre êles o direito autônomo de uso, apenas condicionado a prescrições regulamentares (taxas, horários, autorizações, etc.) (arti-

33. Ob. e vol. cits., p. 627.

gos 66, I, e 68; "que ao indivíduo se atribuindo", como parte da coletividade, o direito inequívoco de uso dêsses bens, é evidente, pelo princípio de que *a todo direito corresponde uma ação que o assegura* (Código Civil, art. 76), lhe competir o emprêgo dos remédios possessórios em defesa do seu direito"; que, sendo o desfôrço pessoal, "uma vez ocorrentes os requisitos de imediatidade e moderação (Código Civil, art. 502)", pertinente ao que pode recorrer às vias possessórias, "qualquer do povo, se impedido por ato de terceiro de utilizar, pessoalmente, coisa do domínio público entregue ao uso comum, pode fazer valer o seu direito com o emprêgo de fôrça em justa medida".

Após isto ressalva, em obediência ao art. 76 do Código Civil, e com particular cabimento ao aspecto que nos interessa, não se tratar aí "da denominada *ação popular*", "mas de ação assente em lesão de direito subjetivo", pois, quando o indivíduo vai a juízo defender o uso de bem público, não defende um interêsse de todo o povo, senão o *uso pessoal* do bem, isto é, o uso por êle autor". [34]

Diverge dêsse ponto de vista Carvalho Santos, que classifica de populares as demandas com tal objetivo. [35] Certo, filia-se o reputado civilista ao conceito romanístico da *Actio Popularis,* pois no direito romano, vimo-lo, quando alguém defendia, para si, fundando-se "em seu próprio direito e interêsse", o uso da coisa pública prejudicado por terceiro, a ação se considerava popular. [36]

Aliás, Meucci, pelos exemplos que oferece, inclina-se a igual opinião. Assim é que capitula como casos de ação popular o do pedido de vizinho duma fábrica contra o desrespeito, por esta, à altura de segurança imposta nos regulamentos competentes (situação que, em nosso direito, encontraria solução dentro do art. 554 do Código Civil) e o de defesa do direito individualizado de uso de rios e outros bens públicos. [37]

13 — Assinala Roger Bonnard que se admite a ocorrência, nos casos de recurso por excesso de poder (que, como já observamos, reveste o feitio de ação popular), de um *contencioso objetivo,* por existir, difundido entre os indivíduos, "um direito subjetivo à legalidade". [38]

Não nos parece de aceitar essa opinião. E' que, na prática das instituições jurídicas, não está assente êsse direito difuso e impes-

34. *Rev. Forense,* vol. 94, ps. 112-114.
35. *Código Civil Interpretado,* 1938, vol. II, p. 153.
36. Jhering, ob. cit., vol. I, p. 151.
37. Meucci. ob. cit., p. 152-153.
38. *Droit Administratif,* 1935, p. 194.

soal à legalidade. Existe, sim, um direito à legalidade, mas personalizado e que não é senão, em última análise, o conteúdo de todo direito subjetivo.

Se o indivíduo ataca jurisdicionalmente o procedimento administrativo, pretendendo submetê-lo à lei, aparece como sujeito ativo de um direito à juridicidade, mas a situação subjetiva, que assim se configura, decorre dessa individualização.

Quando não se personaliza o interêsse, quando o que age em juízo propugna pela legalidade no interêsse de todos, sem estar ferido diretamente pela violação da lei, longe de haver subjetividade, só compatível com o "proveito determinado",[39] o pedido envolve uma solução de ordem subjetiva, ou seja, sem consideração de pessoa, genérica, destinada a solucionar *um assunto* e não *um caso individual*.

14 — Pode suceder que a ação intentada para a salvaguarda de direito subjetivo traga em si as conseqüências duma ação popular.[40] Assim é que a ação possessória intentada pelo morador rural para assegurar-se o livre trânsito em estrada obstruída por proprietário confinante aproveita a todo o povo, como se popular fôra.

15 — Na ação popular, o interêsse de agir pode ser ilimitado, decorrendo tão só da qualidade de membro da comunidade, ou vincular-se a circunstâncias e condições específicas, mais ou menos rígidas. Tudo é uma questão a ser solvida pelo direito positivo.

Històricamente, pode-se assinalar que, enquanto entre os romanos a *actio popularis* competia a qualquer um na defesa dos "interêsses da comunidade", cuja violação produzisse "perigos públicos",[41] na prática atual da instituição se põem restrições ao seu emprêgo. Assim é que no direito italiano o interêsse que autoriza demandar surge restrito a certas categorias de indivíduos (contribuintes, pessoas afetadas de perto pelo procedimento da Administração, etc.) ou a certos tipos de atos (os concernentes a instituições de beneficência, etc.), o que vale uma restrição pelo critério da natureza dos atos e não pelo da qualidade das pessoas.[42]

Em França, a jurisprudência minuciosa e abundante do Conselho de Estado tem erigido normas e limites ao uso do recurso por excesso de poder, a princípio restritivas, posteriormente admitindo-o com lar-

39. Duguit, ob. cit., vol. I, p. 233.
40. Mortara, ob. e vol. cits., p. 629.
41. Jhering., ob. cit., vol. IV, p. 228.
42. Zanobini, ob. e vol. cits., p. 222.

gueza. Assim é que Berthélemy refere, demonstrando essa evolução, os arestos que repeliram o "interêsse corporativo" de professores da Faculdade de Direito de Paris para opor-se à nomeação irregular do professor Rossi e negaram a membros de um tribunal, bem como a notários de um Cantão, a faculdade de impugnar nomeações ilegais de magistrados e tabeliães, no passado, e a tendência, recente, a reconhecer ao contribuinte, ao eleitor, ao habitante, etc., um "interêsse direto e pessoal" a que a legislação sôbre finanças, eleição, urbanismo, etc., seja cumprida. [43]

E Appleton resume a orientação moderna da jurisprudência afirmando que ela, hoje, não exige mais que "um interêsse comum a todos os membros duma vasta comunidade" ou "um simples interêsse moral". [44]

Mas vale a pena enumerar alguns julgados do Conselho de Estado para se ter idéia das gradações e distinções criadas pela jurisprudência, ainda dentro dêsse critério geral.

Admite-se o recurso : *a*) do funcionário contra os atos que afetam o funcionamento do serviço no qual trabalha ; *b*) de comerciantes contra a mudança de garage, onde fazem os seus despachos ; *c*) de qualquer proprietário, em uma Comuna, contra ato lesivo a todos os proprietários ; *d*) de pai de família contra decisão sôbre caixa escolar ; *e*) de habitante da cidade contra ato municipal regulando a venda e o anúncio de jornais na via pública ; *f*) de profissional contra o ato que afeta a profissão ; *g*) de proprietário contra o ato relativo à circulação de bondes na rua onde esteja localizado o seu prédio. [45]

Não se admite o recurso : *a*) de funcionário ou estranho contra os atos administrativos gerais, como os regulamentos militares sôbre uniformes ; *b*) de habitantes de uma Comuna contra a denominação duma rua. [46]

Essas restrições, do direito escrito ou da jurisprudência, não retiram, entretanto, à demanda, o caráter popular, pois que êste decorre do cunho impessoal da lide, de ser ela proposta para valimento do direito objetivo e por quem não é titular de uma relação jurídica subjetiva, porém, quando muito, de um interêsse legítimo.

---

43. Ob. cit., ps. 1.130 e 1.131, nota 1.
44. Ob. cit., ps. 560.
45. Appleton, ob. cit., ps. 556-558.
46. Appleton, ob. cit., ps. 555, 564 e 565.

16 — Corolário da natureza das ações populares, a ser estabelecido na legislação ordinária, é a gratuidade, isto é, a isenção da taxa judiciária e custas. Mortara, porém, aconselha, e com razão, para prevenir o abuso, que o autor, quando decair, responda pelos ônus do processo. [47]

17 — A sentença na ação popular, sem embargo de difundido o direito de agir por uma série de indivíduos, ou mesmo, por tôda a coletividade, faz coisa julgada. [48] Uma vez tornada irrecorrível, a ninguém mais será dado reabrir a controvérsia em tôrno do mesmo ponto.

Intentada outra ação com o mesmo propósito, poder-se-ia opor-lhe a tríplice identidade de causa, objeto e pessoas, característica do caso julgado.

A identidade de causa e objeto se configura como no comum dos casos; a de pessoas exige, entretanto, algumas explicações porque reveste aspectos especiais.

A causa está nos textos legais e atos administrativos invocados. O objeto está na providência visada (abstenção ou ação).

A identidade de pessoas coincide, muitas vêzes, com a identificação física das partes (autor e réu em sentido material). O seu sentido, porém, não é êsse. Ela significa identidade de titularidade, ativa e passiva, da relação jurídica. As pessoas podem não concidir fisicamente, mas haver, entre elas, identidade da *qualidade* com que vêm a juízo, como diz o exímio Paula Batista, [49] e, então, existe a identidade de partes por ser a relação de direito debatida na primeira demanda a mesma "para as pessoas que figuram na segunda". [50]

Dentro dêsses princípios, vejamos como, na matéria que nos diz respeito, se configura essa identidade.

Na ação popular, o sujeito material ativo da relação jurídica é a coletividade e não qualquer dos seus membros. A êstes, o papel que cabe, individualmente, é o de promoventes da atuação do direito de todos. A sua posição semelha-se à do substituto processual, titular dum direito de ir a juízo em nome de outrem. E se a capacidade de agir se difunde por todos os componentes de um grupo ou da coletividade, o pronunciamento resultante da iniciativa de qualquer dêsses

---

47. Ob. e vol. cits., p. 620.
48. Ranelletti, ob. cit., ps. 510-511.
49. *Compêndio de Teoria e Prática do Processo Civil comparado com o Comercial*, 7.ª ed., ps. 257-258.
50. João Monteiro, *Teoria do Processo Civil e Comercial*, 1925, p. 758.

elementos exaure a possibilidade de ajuizamento por parte dos restantes, pois o que a cada um competiria não era mais que promover êsse mesmo pronunciamento como membro do todo.

A sentença, promovida por um só, faz direito, na espécie, para todos, à semelhança do que sucede nos casos de litisconsórcio necessário. [51] Há, nessas circunstâncias, como que um litisconsórcio tácito. Todos aquêles a quem competiria o mesmo direito de agir do autor se supõem partes na demanda, como integrantes, que são, do grupo ou da coletividade.

Situação semelhante ocorre, por exemplo, quando credor solidário intenta demanda contra o devedor comum já anteriormente demandado por outro credor. Embora fisicamente outro o autor, a qualidade em que age o identifica com o da primeira ação, prejudicando o pedido por já apreciado judicialmente. [52]

18 — Qualquer membro da comunidade que esteja em situação jurídica igual à do autor poderá intervir na demanda, pois, quando a interferência se não justificasse pela "comunhão de interêsses", explicar-se-ia pela influência da sentença em relações jurídicas de que participa, como parte da coletividade, o terceiro. [53]

Com a intervenção se pode reforçar, dentro do processo, o ponto de vista da coletividade, defendendo-o melhor e produzindo prova mais completa. Como, também, se pode obstar que o abandono da lide pelo autor a leve à perempção, evitando-se *que a sua negligência ou malícia cause dano à coisa pública*. [54]

19 — Razões idênticas às que autorizam a intervenção até a sentença, justificam o recurso de algum membro da coletividade, não interveniente, como terceiro prejudicado. [55] O prejuízo aí decorre das repercussões que sôbre êle, como partícipe da coletividade em posição idêntica à do autor, poderá ter a sentença.

20 — O prazo de interposição reger-se-á, neste caso, pelo art. 815 e § 1.º do Código de Processo Civil, conforme o terceiro tenha, ou não, domicílio ou residência no âmbito de "jurisdição do juiz da causa", porque, se o ato atacado fôr de alcance genérico, não será a

---

51. Código Civil, art. 898.
52. Goldschmidt, *Derecho Procesal Civil*, 1936, p. 439.
53. Código de Processo Civil, arts. 88 e 93.
54. Mortara. ob. e vol. cits., p. 610.
55. Código de Processo Civil, art. 815; Mortara, ob e vol. cits., p. 629.

circunstância do cidadão ser domiciliado ou residente em comarca diversa da de propositura da lide, que o inibirá de nela interferir.

21 — O direito à ação popular instituído na Constituição é um direito público subjetivo da categoria dos direitos políticos.[56]

E' o que se infere da sua natureza, do teor do § 38 do art. 141, e, ainda, da combinação dêsse texto com os dispositivos constitucionais, que regem os direitos políticos.

A fiscalização da gestão dos interêsses patrimoniais das pessoas jurídicas públicas exprime uma interferência no exercício do poder público, o que constitui uma das características dos direitos políticos. Se essa interferência não é fundamental, como a que tem lugar através do voto, nem por isto perde o seu sentido peculiar de forma de participação do cidadão no exercício do poder. Será, como diz Esmein, a propósito do direito de petição, uma participação secundária no exercício do poder executivo, mas sempre uma participação. [57]

Ao instituir o direito de petição e representação, o § 37 do artigo 141 o atribui a "quem quer que seja", empregando expressão de alcance muito mais amplo que a utilizada no parágrafo seguinte, "qualquer cidadão", para qualificar os titulares do direito à ação popular. Parece, assim, querer, deliberadamente, classificar aquêle como direito individual no sentido lato e êste no estrito (político)

Aliás, o próprio direito de petição afigura-se ao citado Esmein revestir o caráter de direito político [58] e o nosso Barbalho, comentando o texto da Carta de 91, onde se aludia, como na vigente, a "quem quer que seja", [59] opinava que tal direito, quando dissesse respeito aos negócios políticos, quando tivesse "fins políticos", não caberia aos estrangeiros, "por ser direito político". [60]

Atribui-se, mais comumente, à palavra *cidadão,* o sentido de *nacional.* [61] Ela é tomada, freqüentemente, para indicar o que, pelo nascimento ou pela naturalização, tenha adquirido "os direitos de cidade", políticos e individuais, [62] e os correlatos deveres de fideli-

---

56. Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição da República dos E. U. do Brasil,* 1937, vol. II, p. 282.

57. *Eléments de Droit Constitutionnel Français et Comparé,* 8.ª ed., revista por Nézard, vol. I, ps. 588-589.

58. Ob. e vol. cits., p. 588.

59. Art. 72, § 9.º.

60. *Constituição Federal Brasileira-Comentários,* 1902, p. 316.

61. Barbalho, ob. cit., p. 286; Aurelino Leal, *Teoria e Prática da Constituição Federal Brasileira,* 1925, p. 351.

62. Rui, *Comentários à Constituição Federal,* coligidos e ordenados por Homero Pires, 1933, vol. V, ps. 169-170.

dade ao Estado. [63] Daí se lhe opor, quando desejada a discriminação entre o sujeito beneficiário apenas dos direitos individuais, e o dêsses e dos direitos políticos, a classificação (à qual se levantam reservas) de *cidadãos passivos* e *cidadãos ativos*, acolhida na Constituição francesa de 1791 [64] e dada por João Barbalho como aceita em nosso direito público. [65]

Mas, não obstante isso, se lhe deve atribuir, no texto questionado, sentido restritivo (nacional no gôzo dos direitos políticos). A referência que se faz a *cidadão* nesse inciso, em meio a muitos outros, deve traduzir uma intenção limitativa. Tanto mais quanto se encimou o Capítulo I do Título IV com a expressão "Da Nacionalidade e da Cidadania", distinguindo-se, pelo menos aí, entre a qualidade de *nacional* e a de *cidadão*. Se a exegese gramatical é, em regra, a pior, porque a letra mata e o espírito vivifica, não se segue que não tenha, também, a sua oportunidade. E, quando oportuna, só por isto, passa a ser a melhor.

22 — De ser um *direito político*, e não pròpriamente *individual*, o do § 38 do art. 141, resulta que dêle carecem tanto os estrangeiros, como os nacionais, quando afetados pelas sanções do art. 135 da Constituição.

23 — O teor do inciso constitucional exclui a ação popular intentada por pessoa jurídica, que se admite alhures. [66]

24 — O caráter *lesivo* do ato administrativo só poderá ser devidamente apreciado em espécie. Entretanto, a legislação ordinária e os arestos interpretativos do texto constitucional (salvo legislação ordinária sôbre o assunto) poderão fixar critérios genéricos capazes de servir de base à apreciação da lesividade das medidas, que onerem o patrimônio das pessoas de direito público ou de sociedades nas quais o Estado componha também o capital. Na falta, porém, dos subsídios legislativo e jurisprudencial, devem-se entender, em sentido estrito, como atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das autarquias e das sociedades de economia mista, aquêles que, importando alienação ou aquisição de bens a título oneroso, ou fazendo recair qualquer ônus sôbre os bens dessas entidades, se

---

63. Black, *American Constitutional Law*, 1910, p. 633.
64. Tit. III, cap. I, sec. 2.ª, arts. 1.º e 2.º
65. Ob. cit., ps. 286-287.
66. Appleton, ob. cit., p. 538.

mostrem ruinosos ou menos decentes à vista das suas cláusulas reguladoras.

Dizemos, *em sentido estrito*, porque a *lesividade* comporta maior extensão, sendo mesmo de esperar que a exegese jurisprudencial do texto da Carta Política não lhe atrofie o conceito. E, dentro dessa maior amplitude, perfeitamente compatível com a natureza e finalidade da ação destinada a apreciá-la, ter-se-ão como lesivos os atos que, mesmo indiretamente, firam o patrimônio público ou assemelhado, tais como os de admissão abusiva de pessoal (forçando as normas orçamentárias) com finalidades eleitorais.

25 — A ação popular, tal como a delineia o texto da Constituição, impõe a interferência do judiciário em setor relevante, até aqui quase ou totalmente subtraído ao seu contrôle: o da moralidade do ato administrativo. Com efeito. Indagando se o ato é lesivo ou não ao patrimônio de uma das pessoas que nêle participam (pessoa de direito público ou sociedade de economia mista), o juiz terá de ater-se antes a um critério moral (examinando as vantagens ou desvantagens do ato decorrentes, a honestidade da operação, etc.), que de legalidade (conformação às prescrições legais sôbre competência, formação e conteúdo dos atos contratuais, etc.).

E' auspiciosa essa possibilidade que se abre ao contrôle jurisdicional da boa gestão do patrimônio público. E só por existir já se pode esperar maior cuidado no dispor e fazer aplicação dos dinheiros do povo.

Certo, também, é possível, nalguns casos, apreciar a lesividade do ato ao patrimônio da pessoa pública ou sociedade mista, sob os seus aspectos legais, como se um imóvel é adquirido por uma delas sem prévia concorrência para isso prevista. Todavia, essa modalidade não será a mais freqüente. Mesmo porque o ataque dos atos administrativos ou dos a êles equiparados, por contrários à lei, quase sempre poderá dar-se através de ação proposta por algum prejudicado direto.