

A (IM)POSSIBILIDADE DE DISCUTIR LEI EM TESE EM AÇÃO POPULAR

THE (IM) POSSIBILITY OF DISCUSSING LAW IN THESIS IN POPULAR ACTION

Fabiana de Paula Lima Isaac Mattaraia¹

Sebastião Sérgio da Silveira²

RESUMO

A Ação Popular, instrumento genuíno de defesa de interesses transindividuais, representa arma jurídica para controle, pelo cidadão, de atos lesivos aos interesses constitucionais estabelecidos. Diante disso, buscou-se avaliar no presente artigos e atos normativos podem ser objeto de Ação Popular, bem como avaliar o controle de constitucionalidade nestes casos, se é permitido ou não. Observou-se que a jurisprudência atual considera via adequada para impugnação de atos normativos que são, em realidade, verdadeiros atos administrativos, desprovidos do caráter de Lei, a ou seja, dos elementos de abstração e generalidade. Além disso, verificou-se que é possível a declaração incidental de inconstitucionalidade, desde este não seja o pedido da Ação Popular, mas uma consequência da mesma. Por fim, ficou evidenciado que há na jurisprudência julgados que extinguem a Ação Popular se restar demonstrado que sequer houve, pelo Autor, especificidade de caso contrato de lesão ao patrimônio público e à moralidade, sendo claramente utilizada para anulação de Lei, em usurpação à competência do Supremo Tribunal Federal para tanto.

Palavras-Chave: Ação Popular; Ato Normativo; Ato Administrativo; Constitucionalidade.

ABSTRACT

The Popular Action, a genuine instrument for the defense of transindividual interests, represents a legal weapon for the control, by the citizen, of acts harmful to the established constitutional interests. In view of this, we sought to evaluate in the present article and

¹ Graduada em Direito na Universidade de Ribeirão Preto. Mestranda em Direitos Coletivos e Cidadania na Universidade de Ribeirão Preto. Email: fabianaplisaac@gmail.com

² Possui graduação em Ciências Jurídicas pela Universidade de Ribeirão Preto (1984), Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1999); Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2004) e Pós-Doutoramento pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra-Portugal (2011). Atualmente é o 8º Promotor de Justiça de Ribeirão Preto, do Ministério Público do Estado de São Paulo; Professor Titular da Universidade de Ribeirão Preto, onde é Coordenador do Curso de Pós-Graduação em Direito e Professor Doutor do Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, da Universidade de São Paulo - FDRP-USP. ssilveira@unaerp.br

normative acts can be object of Popular Action, as well as to evaluate the constitutionality control in these cases, whether it is allowed or not. It was observed that the current jurisprudence considers an adequate way to challenge normative acts that are, in reality, true administrative acts, devoid of the character of Law, that is, of the elements of abstraction and generality. In addition, it was found that an incidental declaration of unconstitutionality is possible, provided this is not the request of the Popular Action, but a consequence of it. Finally, it was evident that there are judgments in the jurisprudence that extinguish the Popular Action if it remains to be demonstrated that there was not even, by the Plaintiff, specific case of a contract of injury to public assets and morality, being clearly used for annulment of Law, in usurpation of competence Federal Supreme Court for that.

Key words: Popular Action; Normative Act; Administrative Act; Constitutionality.

INTRODUÇÃO:

A ação popular tem raízes no direito romano e destinava-se à defesa do direito do próprio povo, constituindo-se em genuíno instrumento de defesa de interesses transindividuais.

É a primeira forma de tutela dos interesses difusos, sendo expressão da legitimidade do povo para defender os interesses que exacerbavam os individuais, mas de toda sociedade.

No período de vigência das Ordenações Portuguesas impostas no Brasil, no período imperial e no início da República já existiam as ações populares. Por ocasião da Carta Constitucional Imperial (de 1824, primeira constituição brasileira), admitia-se ação popular a prevista no artigo 157³ contra juízes e oficiais de justiça culpados por crimes de suborno, peita, peculato ou concussão.

Ainda, em relação à história da ação popular, com o advento do Código Civil de 1916, a doutrina posicionou-se no entendimento de que a ação estaria extinta, em virtude do teor do artigo 76⁴, o qual condicionava o exercício do direito de ação a um “legítimo interesse

³Art. 157. *Por suborno, peita, peculato, e concussão haverá contra ellesacção popular, que poderá ser intentada dentro de anno, e dia pelo proprio queixoso, ou por qualquer do Povo, guardada a ordem do Processo estabelecida na Lei.* In: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm

⁴Art. 76. *Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legitimo interesse econômico, ou moral. Parágrafo único. O interesse moral só autoriza a ação quando toque diretamente ao autor, ou á sua família.* In: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm

econômico, ou moral”. Com a Carta de 1934, pelo seu artigo 113, parágrafo 38⁵, a ação popular voltou a ser considerada, sendo novamente suprimida pela Constituição de 1937, retornando em 1946 com a Constituição Democrática através do artigo 141, parágrafo 38⁶, bem como regulamentada pela Lei 4.717/65⁷ (Lei da Ação Popular), sendo mantida nos textos constitucionais posteriores, até o de 1988, atual, tornando-se mais abrangente, através do dispositivo do artigo 5º, LXXIII⁸.

A ação popular, portanto, é o primeiro instrumento de tutela de direitos coletivos na história do Direito, sendo que, qualquer cidadão é parte legítima para propô-la, no sentido de anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, com isenção de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

Esta Ação representa verdadeira arma jurídica para controle, pelo cidadão, de atos lesivos aos interesses constitucionais estabelecidos.

⁵Art 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 termos seguintes: (...)

38) Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios. In: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm

⁶Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes(...)
§ 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. In: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm

⁷Art. 1º Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos. In: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14717.htm

⁸Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência; .In: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

Diante desse contexto, surge dúvida a respeito do objeto da ação Popular. Poderia uma Lei ser objeto de Ação Popular, ou estaria esta adstrita ao controle concentrado de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal?

O presente artigo visa responder referida pergunta, analisando jurisprudência atual sobre o assunto e de casos concretos que houve o debate jurídico em relação a esta problemática.

Inicia-se por uma breve explanação a respeito das condições e pressupostos da Ação Popular, com destaque para possibilidade de impugnar atos normativos, que na realidade são atos administrativos, contra a moralidade administrativa, e, posteriormente, analisando casos concretos em que houve recebimento da Ação Popular que visava impugnar ato normativo, cuja abstração e generalidade, inerentes a qualquer ato legislativo, não existiam, bem como com incidente de declaração de constitucionalidade do mesmo, sem considerar-se a via inadequada.

1. PRESSUPOSTOS DA AÇÃO POPULAR:

A Lei 4.717/1965 tem a finalidade de garantir, a qualquer cidadão, o direito de pleitear em juízo pleitear *a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio* do Estado, conforme seu artigo 1º.

Portanto, o cidadão não pleiteará a anulação em nome de seu próprio interesse, mas de objeto tutelado pelo manto metaindividual, em nome do interesse de todos.

A respeito de condições e pressupostos da Ação Popular, Maria Sylvia Zanella⁹ menciona que além das condições da ação em geral, como interesse de agir, possibilidade jurídica e legitimidade para agir, são especificidades desta Ação a qualidade de cidadão no sujeito ativo (na qualidade de eleitor)¹⁰; a ilegalidade ou imoralidade praticada pelo Poder Público ou entidade de que ele participe e a lesão ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

⁹ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 32 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. P. 996.

¹⁰ Para legitimidade ativa na Ação Popular, importante observar o disposto na Súmula 365: “Pessoa jurídica não tem legitimidade para propor ação popular.” In:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2667>

Sobre o pressuposto da ilegalidade ou imoralidade, Di Pietro¹¹ destaca que muito ainda tem sido discutido sobre a possibilidade de a simples imoralidade constituir-se em fundamento da ação, sendo que a própria Constituição Federal, através de seu artigo 37, *caput*, o qual possui a moralidade como um dos princípios a que a Administração Pública está sujeita¹².

Rodolfo de Camargo Mancuso¹³, em relação à discussão da moralidade administrativa como fundamento autônomo para a ação popular, comenta interessante aspecto:

Temos para nós que a resistência ao controle da moralidade administrativa através da ação popular sempre esteve ligado ao temor de que esse contraste acabaria por abranger os atos discricionários da administração, ou seja, o próprio mérito do ato administrativo, e no limite, se correria o risco de um superdimensionamento da intervenção jurisdicional, em detrimento do equilíbrio entre os Poderes.

O mesmo autor¹⁴ destaca a característica do autor da Ação Popular, mencionado que cada cidadão possui uma fração no direito geral à “boa gestão da coisa pública”:

De fato, se o art. 37 da CF diz que “a Administração Pública (...) obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”, cabendo também ao Estado e à sociedade civil zelar pelo meio ambiente e pelo patrimônio cultural *latu sensu* (CF, arts. 170, VI, 216, § 1.º, 225), e sendo certo que “todo o poder emana do povo” (CF, art. 1.º, parágrafo único), segue-se que ante toda ameaça ou lesão a quaisquer desses deveres conjuntos do Estado e sociedade de que resulte lesão efetiva ou iminente ao erário ou patrimônio público poderá qualquer cidadão eleitor fazer valer em Juízo a tutela desse bem, valor ou interesse. Esse, nos parece, é o interesse material, ou interesse primário, que deflagra o interesse processual, impulsionador da ação popular. Qualquer cidadão pode afirmar tal contexto em juízo, porque cada cidadão tem, figurativamente, uma “quota” ou uma “fração” no direito geral à boa gestão da coisa pública.

E sobre a forma de postular tal intento, o mesmo autor¹⁵ comenta que haverá interesse de agir sempre que o postulante, na causa de pedir, tiver historiado uma lesão consumada (ou o premente risco: o justo temor de dano) a um dos interesses ou valores suscetíveis de tutela por esse tipo de ação, cuidando-se de um ato ilegal e lesivo ao erário, ao

¹¹ Di Pietro. Op. Cit. p. 997.

¹² A respeito da discussão sobre o intento de Ação Popular sob o fundamento de ato lesivo à moralidade pública, observa-se Anexo I, em que está contida transcrição de pronunciamento virtual do STF, disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verPronunciamento.asp?pronunciamento=5794340> Acesso em 06.08.2019

¹³ Mancuso, Rodolfo de Camargo. Ação Popular [livro eletrônico] / Rodolfo de Camargo Mancuso.--7. ed. rev., atual. e ampl.--São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2019. 6 Mb ;ePUB ISBN 978-85-5321-547-8.(pos 3271 de 12003 27%).

¹⁴ Mancuso, Rodolfo de Camargo. Op. Cit. (Pos. 4119 de 12003 35% - ebook)

¹⁵ Ibid. (Pos 4169 4181; 4193 de 12003 – 36% - livro eletrônico)

patrimônio cultural lato sensu, ao meio ambiente, não havendo que ter lesão necessariamente consumada, bem podendo ser temida (lesão virtual ou iminente):

(...) porque a CF vigente alçou ao nível de garantia constitucional a tutela cautelar (“lesão ou ameaça”: art. 5.º, XXXV), seja porque o § 4.º do art. 5.º da Lei 4.717/ 65 (acrescentado pela Lei 6.513/ 77) autoriza “a suspensão liminar do ato lesivo impugnado”, seja, finalmente, porque o Código de Processo Civil é de aplicação subsidiária ao processo da ação popular (art. 22 da LAP), o que autoriza a aplicação do poder geral de cautela (art. 798). O ora afirmado deve ser visto em conformidade com o disposto na Lei 8.437/ 92, que traz restrições à concessão de cautelares e liminares em ações contra atos do Poder Público, havendo menção à ação popular no § 2.º do art. 1.º e no § 1.º do art. 4.º. Sem embargo, já decidiu o STJ: “Ação popular–Liminar–Art. 1.º da Lei 8.437/ 92. O autor popular não litiga contra o Estado, mas, ao contrário, como seu substituto processual, razão pela qual a vedação de concessão de liminares, contida no art. 1.º da Lei 8.437/ 92, com audiência ou não do poder público, não se aplica às ações populares. Precedentes da Corte” (REsp 73.083, 6.ª T., rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 09.09.1997, DJU 06.10.1997, p. 50063).

Portanto, o autor, na Ação Popular, é substituto processual do Estado, não postulando interesse individual, mas em nome de todos. A sentença, por consequência da natureza desta ação, terá efeito *erga omnes*, conforme artigo 18¹⁶ de referida Lei expressamente dispõe.

Estão sujeitos à Ação Popular, conforme artigo 6º, pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos da mesma.

A respeito dos atos nulos e anuláveis mencionados na Lei da Ação Popular, conforme artigos 2º e 3º, conforme comenta Di Pietro¹⁷, são nulos os atos lesivos nos casos de incompetência, vício de forma, ilegalidade do objeto, inexistência dos motivos e desvio de finalidade; bem como anuláveis os atos cujos vícios não se compreendam nas especificações do artigo 2º, concernentes aos elementos do ato administrativo, como também em qualquer outro tipo de vício, ainda que estruturado nos termos no Código Civil, como os vícios referentes à capacidade e à manifestação de vontade (erro, dolo, coação, simulação e fraude).

¹⁶ Art. 18. A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível “*erga omnes*”, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova. (Lei da Ação Popular. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm, Acesso em 06.08.2019)

¹⁷ Di Pietro. Op. Cit. P. 997.

2. ATO ADMINISTRATIVO E ATO NORMATIVO DOTADO DE GENERALIDADE E ABSTRAÇÃO

A respeito da possibilidade de impugnação de ato normativo, através da Ação Popular, a lei em tese, que é a lei emanada do legislativo como norma geral, abstrata e obrigatória não pode ser impugnada por esta via processual.

E na jurisprudência atual tem sido mantido tal entendimento, sendo permitido, porém o ajuizamento de ação popular contra Lei de efeitos concretos ou sem caráter geral¹⁸.

Conforme julgado do Recurso Especial nº. 776.848/RJ¹⁹, foi utilizado como fundamento a doutrina do Professor Hely Lopes Meirelles, a qual estabelece que, dentre os atos ilegais e lesivos ao patrimônio público, pode estar até mesmo a lei de efeitos concretos, ou seja, aquela que traz em si as consequências imediatas de sua atuação, como a que desapropria bens, a que concede isenções, que desmembra ou cria municípios, ensinando que estas são somente leis em sentido formal, pois materialmente se equiparam a atos administrativos, podendo ser atacadas por ação popular.

Além desta questão, a mesma obra utilizada na jurisprudência acima justifica que não seria supressão do controle de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, conforme disposto pela Constituição Federal, artigo 102, I, “a”²⁰ em razão do ato a ser puramente administrativo e contrário à própria Constituição, e, portanto, não haveria ato normativo, tampouco declaração de inconstitucionalidade do mesmo.

Não obstante, este entendimento necessariamente precisa de cognição exauriente na Ação Popular, em relação ao caso específico.

Por exemplo, observa-se o julgamento do Recurso Especial nº. 1.325.859-SP (DJE 23/04/2018), por meio do qual observou-se que norma municipal destinou especificamente determinado bem imóvel a uma única empresa, tendo sido entendida a

¹⁸ Recurso Especial nº. 1.325.859-SP (2011/0241974-0) DJE: 23/04/2018; Rcl 664, Tribunal Pleno, DJ 21-06-2002; Recurso Especial nº. 1.070.336/SSP, DJE 30/08/2010.

¹⁹ Recurso Especial nº. 776.848/RJ, DJE 06/08/2009. Utilizou como doutrina “Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, e “Habeas Data”, 19ª Edição, publicada pela Editora Malheiros, páginas 118/135.

²⁰ Art. 102. *Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente:*

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 06.08.2019)

ocorrência de desvio do interesse público e contrariedade aos princípios da impessoalidade e moralidade administrativa.

Ou seja, a norma a qual se buscava impugnar validade, possuía natureza, clara, de ato administrativo e não de ato normativo, passível de controle pela via da ação popular:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO POPULAR. CABIMENTO. LEI EM TESE. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE CARÁTER GENÉRICO DA NORMA.

1. Conforme a jurisprudência, descabe o ajuizamento de ação popular contra lei em tese, caráter que se extrai de dois elementos: abstração e generalidade.
 2. No caso, entretanto, verifica-se a evidente ausência de generalidade da lei municipal objeto da ação popular, que destinou o bem à empresa específica.
 3. Recurso especial a que se nega provimento.
- (REsp 1325859/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 23/04/2018)

A esta norma, a qual buscou-se impugnar, faltava generalidade, característica inerente à legislação, portanto, claro restou que tal ato poderia ser objeto da Ação Popular.

Ainda, em relação à eventual controle de constitucionalidade, destaca-se, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça afirma ser possível a declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum* de lei ou ato normativo federal ou local em sede de ação coletiva, desde que a controvérsia constitucional não figure como pedido, mas sim como causa de pedir ou questão prejudicial indispensável à resolução do litígio principal. Observa-se:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC.

INOCORRÊNCIA. AÇÃO POPULAR. TAXA DE ILUMINAÇÃO. DECRETO.

ILEGALIDADE.

1. A Ação popular objetivando a suspensão da eficácia do Decreto Municipal nº 62/2003, a fim de excluir-se das faturas de consumo de energia elétrica dos contribuintes do Município de Resende/RJ o valor relativo à Taxa de Iluminação Pública, à falta de previsão legal tem cunho declaratório, máxime quando assentada em ato administrativo concreto.
2. A análise *incidenter tantum* e de forma difusa pelo juízo a quo da inconstitucionalidade do Decreto é passível de ser confirmada em agravo interno, máxime quando o *thema iudicandum* restou exaustivamente analisado pelas instâncias superiores.
3. O artigo 481, parágrafo único, do CPC dispõe que "os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão".
4. In casu, o Tribunal assentou que "o Supremo Tribunal Federal tem posicionamento tranqüilo a respeito do tema, podendo ser citado o seguinte

julgado: RE 233332/RJ, Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno (unânime), julgamento em 10.03.1999, DJ 15.05.99(...)" e a Súmula 670/STF, in litteris: "O serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa".(REsp 437.277/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, 2.^a Turma, DJ 13.12.2004) 9. Recurso especial desprovido. (REsp 776.848/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/12/2008, DJe 06/08/2009)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. TRANSPORTE URBANO COLETIVO DE PASSAGEIROS. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO. CABIMENTO DA AÇÃO POPULAR. PREJUÍZO AO ERÁRIO IN RE IPSA. ADMITIDA A DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI MUNICIPAL. VIOLAÇÃO DA CLÁUSULA DE RESERVA DO PLENÁRIO. OFENSA AOS ARTIGOS 480 E 481 DO CPC. SÚMULA VINCULANTE 10/STF. 1. A insurgência das recorrentes cinge-se à possibilidade de o Tribunal a quo declarar, em Ação Popular, de forma incidental, por órgão fracionário, a inconstitucionalidade da Lei Municipal 5.432/2001, que concedeu serviços municipais de transporte público e de passageiro sem prévia licitação. 2. Sobre a necessidade de comprovação de dano em Ação Popular, é possível aferir que a lesividade ao patrimônio público é *in re ipsa*. **Sendo cabível para a proteção da moralidade administrativa, ainda que inexistente o dano material ao patrimônio público**, a Lei 4.717/65 estabelece casos de presunção de lesividade, bastando a prova da prática do ato nas hipóteses descritas para considerá-lo nulo de pleno direito. 3. Ademais, é possível a declaração incidental de inconstitucionalidade em Ação Popular, "desde que a controvérsia constitucional não figure como pedido, mas sim como causa de pedir, fundamento ou simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal, em torno da tutela do interesse público". (REsp 437.277/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 13/12/2004). 4. A jurisprudência do STJ é de que, "nos termos do art. 481, parágrafo único, do CPC, 'os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão'. Conforme se verifica, a regra exceptiva exige o prévio pronunciamento sobre a questão pelo plenário (ou órgão especial) do respectivo tribunal ou pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, de modo que a existência de precedentes em casos similares que levaram em consideração a legislação de outros entes federativos, por si só, não é suficiente para afastar a cláusula de reserva de plenário" (REsp 1.076.299/BA, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 19/10/2010, DJe 27/10/2010.) 5. In casu, não podia o órgão fracionário declarar a inconstitucionalidade da Lei Municipal 5.432/2001 sem observar as regras contidas nos arts. 480 a 482 do CPC, ou seja, sem suscitar o incidente de declaração de inconstitucionalidade. 6. Recursos Especiais parcialmente providos para anular o acórdão recorrido e determinar que seja observado o procedimento previsto nos artigos 480 e seguintes do CPC. (REsp 1.559.292/ES, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 23/05/2016) (g.nosso)

Neste último caso transcrito, expressamente foi mencionado que é cabível para a proteção da moralidade administrativa, ainda que inexistente o dano material ao patrimônio

público, bem como, não haveria supressão de competência, sendo a inconstitucionalidade causa de pedir, e não pedido, podendo ser feita de forma incidental nos autos da Ação Popular.

De outro vértice, verifiquemos exemplo de julgado de que a Ação Popular realmente foi considerada via inadequada, em virtude de impugnar verdadeira “lei em tese”:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. FUNDO DE FINANCIAMENTO AO ESTUDANTE DO ENSINO SUPERIOR (FIES). MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.827/99. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ATOS LESIVOS. INEXISTÊNCIA DE INDICAÇÃO.

1. A ação popular foi proposta pelo recorrido, objetivando, em síntese, a declaração de extinção do Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior - FIES; a nulidade de artigos da Medida Provisória 1.827/99 e de todos os atos administrativos correspondentes aos repasses ao Fundo, a partir de outubro de 1988 e a devolução dos recursos indevidamente repassados. 2. Prequestionamento. Verifica-se a ausência do requisito indispensável do prequestionamento, viabilizador do acesso às instâncias especiais, acerca dos artigos 1º, 2º, 3º, 22, 23, 24 e 27 da Lei 9.868/99 (que dispõe sobre o processo e julgamento da ADI e ADC); 1º, 2º, 8º, 10, § 3º, 11 da Lei 9.882/99 (que dispõe sobre o processo e julgamento da ADPF). 2.1. Não houve discussão sobre a tese segundo a qual a prescrição poderia ter sido reconhecida de ofício por não se tratar de ação que envolva direitos patrimoniais, mas difusos ?artigo 219, § 5º, do CPC ?, bem como acerca da necessidade de haver prova da lesividade para a declaração de nulidade do ato objeto da demanda (ofensa ao art. 1º da Lei 4.717/65). 2.2. A recorrente deveria ter oposto embargos de declaração para que a Corte de origem emitisse juízo de valor a respeito de tais teses e dispositivos. Essa circunstância atrai a aplicação das Súmulas 282 e 356 do STF. 3. Mérito ?**da impossibilidade jurídica do pedido da ação popular. Sob pena de usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal, a ação popular não se mostra a via adequada para a obtenção de declaração de inconstitucionalidade de lei federal, devendo haver a comprovação da prática de atos administrativos concretos que violem o erário público.** Precedentes. 4. **Na hipótese, o objetivo da ação popular não se relaciona a atos específicos, mas contra todo o sistema de repasse previsto nas normas pertinentes ao FIES, sem a especificação de um ato concreto lesivo ao patrimônio público, requisito exigido e necessário para se autorizar a sua impugnação por meio deste tipo de ação. Esse fato, por si só, afasta a possibilidade do cabimento da ação popular por equivaler à declaração de inconstitucionalidade de lei em tese, em flagrante usurpação de competência do Pretório Excelso para efetuar o controle em abstrato da constitucionalidade das leis.**(REsp 1081968/SC, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/10/2009, DJe 15/10/2009)

Portanto, o que diferencia a adequação da via eleita, no caso, pela Ação Popular, é a discussão específica, e demonstração de caso concreto lesivo ao patrimônio público, e não a impugnação genérica do ato normativo ao qual busca-se declarar nulo.

Do contrário, haverá equívoco de competência para controle de constitucionalidade, e inadequação deste tipo de Ação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos estudos dos casos concretos apresentados, através de última pesquisa atual jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, observa-se uma abertura para o cabimento de Ações Populares, tanto do ponto de vista de fundamentação, no que tange a abranger a moralidade administrativa, mesmo sem comprovação efetiva do dano, quanto para afastar possíveis considerações de inadequação de via eleita, caso haja incidentalmente a declaração de inconstitucionalidade da Lei que se visa impugnar através da Ação Popular.

Observa-se que nestes casos o ato normativo, na realidade, o é somente formalmente, ou seja, é ato puramente administrativo, impugnável pela Ação Popular.

No entanto, ante a gravidade da fundamentação envolvida, e até para evitar supressão de competência do Supremo Tribunal Federal, ao Autor da Ação Popular cabe a demonstração específica de lesão ao patrimônio ou ao princípio da moralidade por meio do ato normativo, no sentido de demonstrar, claramente, que este é na realidade ato administrativo pelo desvio de sua finalidade.

Somente assim, diante de cada caso específico, poder-se-á admitir Ações Populares que buscam impugnar Lei.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO POLITICA DO IMPERIO DO BRAZIL (DE 25 DE MARÇO DE 1824).** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm >. Acesso em: 06 ago. 2019.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06 ago. 2019.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (DE 16 DE JULHO DE 1934). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 06 ago. 2019.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (DE 18 DE SETEMBRO DE 1946). Disponível em: In: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm . Acesso em: 06 ago. 2019.

BRASIL. LEI Nº 3.071, DE 1º DE JANEIRO DE 1916. Revogada pela Lei nº 10.406, de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 06 ago. 2019.

BRASIL. LEI Nº 4.717, DE 29 DE JUNHO DE 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm . Acesso em: 06 ago. 2019.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Súmula 365. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2667>. Acesso em: 06 ago. 2019.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº. 1.325.859-SP (2011/0241974-0) DJE: 23/04/2018; Rcl 664, Tribunal Pleno, DJ 21-06-2002; Recurso Especial nº. 1.070.336/SSP, DJE 30/08/2010.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº. 776.848/RJ, DJE 06/08/2009.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verPronunciamento.asp?pronunciamento=579434> Acesso em 06.08.2019

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

Mancuso, Rodolfo de Camargo. **Ação Popular** [livro eletrônico] / Rodolfo de Camargo Mancuso.--7. ed. rev., atual. e ampl.--São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2019. 6 Mb ;ePUB ISBN 978-85-5321-547-8.

PAIVA. Alfredo de Almeida. **COMENTARIO AÇÃO POPULAR. INADMISSIBILIDADE CONTRA A LEI EM TESE. O PRINCÍPIO DA DIVISÃO DE PODERES E A REVOGAÇÃO DA LEI. ATRIBUIÇÕES DO PODER LEGISLATIVO E DO PODER JUDICIÁRIO.** Em Jurisprudência dos Tribunais. Comentário à ementa: AÇÃO POPULAR - INADMISSIBILIDADE CONTRA A LEI EM TESE - A ação popular se destina à apreciação da validade ou nulidade de atos administrativos. - O Poder Judiciário não pode, através de uma ação popular, suspender a aplicação de qualquer lei pelo seu exame em tese. - Interpretação do art. 141, § 38, da Constituição. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL Agravante: Américo Ribeiro de Araújo. Disponível em: bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/13488/12385 . Acesso em

07.08.2019. Agravo de petição n. 3.840 - Relator: Sr. Desembargador BULHÕES DE CARVALHO. 19 de dezembro de 1952. – *Estúcio de Sá e Benevides*, Presidente. - *Francisco Pereira de Bulhões Carvalho*, Relator. - *Alberto Mourão Russel*.

Submetido em 10.10.2019

Aceito em 16.10.2019