

O INSTITUTO DA AÇÃO POPULAR E A (IM)POSSIBILIDADE DO PLEITO INDENIZATÓRIO POR DANOS MORAIS

Luís Fernando Centurião Argondizo¹
Raphael Prieto dos Santos²

ARGONDIZO, L. F. C.; DOS SANTOS, P. P. O instituto da ação popular e a (im) possibilidade do pleito indenizatório por danos morais. **Rev. Ciênc. Juríd. Soc. UNIPAR.** Umurama. v. 21, n. 1, p. 47-67, jan./jun. 2018.

RESUMO: A ação popular tem como escopo proteger a sociedade contra atos lesivos praticados contra o patrimônio público, moralidade administrativa e meio ambiente. Muito se discute sobre a possibilidade da ação popular poder ser meio cabível para reparação dos danos morais perpetrados contra a coletividade. Dessa forma, o presente estudo tem como função precípua analisar a possibilidade do pedido de reparação de danos morais por meio da ação popular, passando pelo histórico e linhas gerais deste instituto, estudando o dano moral coletivo, culminando com uma análise da jurisprudência sobre o assunto.

PALAVRAS-CHAVE: Ação Popular, Coletivo, Dano Moral.

1 INTRODUÇÃO

A Ação Popular possui grande panorama evolutivo na legislação brasileira, sendo importante ferramenta na garantia dos direitos da população, porém, cabe ressaltar que em grande parte da história brasileira sua população ficou relegada de proteção jurisdicional, sendo que várias são as dúvidas que ainda permeiam nosso judiciário e, conseqüentemente, a segurança jurídica buscada pelo jurisdicionado.

Porém, impende destacar que o caráter indenizatório por dano moral nas demandas de Ação Popular foram questão de grandes debates doutrinários e jurisprudenciais no judiciário pátrio.

Uma das grandes barreiras era o entendimento quanto a personalidade pertencente à coletividade, se esta deveria estar protegida e amparada pela abrangência do instituto do dano moral.

Com o avanço jurisprudencial que reconheceu a personalidade da pes-

DOI: 10.25110/rcjs.v21i1.2018.7450

¹Mestrando em Direito Processual e Cidadania pela UNIPAR, Bolsista CAPES/PROSUP/UNIPAR, Advogado, Docente dos Cursos de Graduação da UESPAR. E-mail: lf_centuriao@hotmail.com

²Mestrando em Direito Processual e Cidadania pela UNIPAR, Bolsista do CAPES/PROSUP/UNIPAR, Mediador e Conciliador do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. E-mail: raphael.prieto92@gmail.com

soa jurídica como detentora de guarida em casos que esta sofra violação moral, criando, assim, possibilidade de determinar a aplicação por analogia aos casos de entes despersonalizados, no caso a coletividade.

Sendo o presente trabalho proposto como forma de expor um panorama evolutivo legal da Ação Popular e o consequente debate acerca da possibilidade ou não de aplicação do instituto do dano moral no tocante a essas demandas.

2 PANORAMA EVOLUTIVO CONSTITUCIONAL

Em que pese a lei específica que trata da ação popular data de 1965, cabe destaque e análise em contexto próprio tanto à época da lei, quanto em análise as constituições passadas, afinal quando da constituição do Império, já se encontravam considerações sobre a Ação Popular.

Luiz Manoel Gomes Junior (2004, p. 11) faz alerta que a menção não traz a realidade atual que se encontra no dispositivo, incluso por meio do artigo 157, a previsão da época servia como forma de prevenção ante abusos e desvios de conduta praticados por juízes e/ou oficiais de justiça, desde que em exercício de suas funções.

Porém, quando do advento da carta constitucional republicana, omitiu-se o instituto, não se aceitando sequer aquela que trazia a previsão penal na Constituição da época do império (SILVA, 1968, p. 30 apud GOMES JUNIOR, 2004, p.11).

A possibilidade de Ação Popular ressurgiu em tempo republicano na Carta Constitucional de 1934, porém frente ao golpe militar e a implantação do regime totalitário em solo brasileiro, seria utopia imaginar que a Carta Constitucional redigida pelo Estado Novo trouxesse qualquer possibilidade de uso de direitos por parte de qualquer da população, ou seja, suprimiu-se de seu bojo qualquer resquício de possibilidade de manejo da Ação Popular.

Contudo, a possibilidade de manejo da Ação Popular retornou quando da reforma do estado democrático e da promulgação da Constituição de 1946³, que trazia em seu título IV, Da Declaração de Direitos, em seu Capítulo II, Dos Direitos e das Garantias Individuais, o artigo 141, que em seu parágrafo 38 rezava:

Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 38 - Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear

³Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946.

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.

Grande avanço da legislação neste tocante a inclusão das entidades autárquicas (SILVA, 1968, p. 35 apud GOMES JUNIOR, 2004, p.13), já que a grande tendência a descentralização do poder se fazia de forma extensiva naquele momento histórico, diante da intervenção estatal com a ampliação de investimentos e da criação de empresas públicas e de economia mista, o que visava a modernizar e desburocratizar o Estado.

O avanço acima destacado sofreu forte golpe quando da promulgação da Carta Constitucional de 1967, pois esta alterou o texto da carta anterior, trazendo simples descrição de que seria possível Ação Popular frente ao patrimônio das entidades públicas, numa tentativa de excluir de apreciação jurisdicional pela via em debate as sociedades de economia mista e as empresas públicas, pois estas se equiparam às empresas privadas.

Em que pese na época já vigor a Lei 4.717, que regula a ação popular, sendo que esta em seu artigo primeiro, prevê a inclusão das empresas públicas e das sociedades de economia mista em seu rol de agentes passíveis de submissão de Ações Populares.

A Constituição vigente, promulgada em 1988, traz em seu artigo 5º, inciso LXXIII, a previsão constitucional de manejo da Ação Popular, que respeita a previsão constitucional anterior, ainda, aumentando sua abrangência para atuação do cidadão:

Art. 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.

Com a previsão textual de que pode o cidadão pleitear anulação de ato de qualquer entidade que o Estado participa exime-se a dúvida que pudesse pairar sobre a imposição da Ação Popular frente as empresas de economia mista

ou de empresas públicas, pois como previsão de participação estatal não há que se falar em impossibilidade de submissão destas frente a demanda popular (MEIRELES; MENDES; WALD, 2009, p. 149).

3 A IMPORTÂNCIA DE LEI 4.717 E A NECESSIDADE DE SUA REFORMA

Como podemos observar a Ação Popular passou por grandes evoluções legislativas nos textos constitucionais, porém, sua regulação específica se dá por meio da Lei 4.717 de 29 de junho de 1.965.

Na Lei 4.717, encontramos a previsão de aplicabilidade das Ações Populares, bem como a regulamentação de seu rito e demais especificidades necessárias para o regular das demandas.

Vale ressaltar as alterações advindas da Lei 6.513 de 20 de dezembro de 1977, que trouxe modificações nos artigos 1º e 5º da Lei originária, com a nova redação do §1º⁴ e inclusão do §4º⁵ em seus respectivos artigos.

As alterações em destaque trouxeram certo ar de insegurança, em especial, pela edição do §4º do artigo 5º na Lei 4.717, que traz a possibilidade de suspensão liminar do ato lesivo impugnado. Porém, sem trazer qualquer condicionamento ou indicação de forma clara e precisa o caminho legal cabível, limitando as interpretações analógicas aos casos passíveis de mandado de segurança (MEIRELES; MENDES; WALD, 2009, p. 150).

Ainda, em atenção ao dispositivo alhures explicitado cabe ressaltar a necessidade de o judiciário utilizar de grandes doses de parcimônia quando da análise das Ações Populares que vem sendo manejadas hodiernamente, afinal, nota-se que grande parte destas possuem caráter meramente político, o que pode trazer grande prejuízo à coletividade, que é o bem maior tutelado por ela.

Em que pese as modificações sofridas posteriormente a sua sanção, a Lei 4.717 possui suma importância no legado legislativo nacional, pois regula importante dispositivo processual do direito pátrio. Porém, importante ressaltar que sua edição se deu em regime de governo diverso do vivido atualmente, bem como, na vigência de constituição diversa da atual, o que impõe cuidado à interpretação necessária junto aos princípios constitucionais atuais.

Por fim, nota-se que a Lei de Ação Popular necessita de grande reflexão legislativa que acarrete em profunda reformulação de seu corpo legal, ade-

⁴Lei 4.717, de 29 de junho de 1965 diz em seu Art. 1º, §1º: Consideram-se patrimônio público para os fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico.

⁵Lei 4.717, de 29 de junho de 1965 diz em seu Art. 5º, § 4º Na defesa do patrimônio público caberá a suspensão liminar do ato lesivo impugnado.

quando-a a nova realidade cultural, social e política de nosso país (MEIRELES; MENDES; WALD, 2009, p. 150).

4 LEGITIMIDADE

4.1 Legitimidade Ativa

A lei 4717/65 legitima o cidadão como legitimado ativo para propor a Ação Popular. Conforme o artigo 1º, §3º da supramencionada legislação o cidadão deve fazer prova desta sua condição em juízo com o título de eleitor.

Rodolfo de Camargo Mancuso (1996, p. 73) ensina: “No tocante às partes que compõe a ação popular, o polo ativo sói ser integrado por uma física singular- cidadão eleitor [...]”

Neste diapasão, Hely Lopes Meirelles, Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes (2003, p. 176) lecionam que:

O primeiro requisito para o ajuizamento da ação popular é o de que o autor seja cidadão brasileiro, isto é, pessoa humana no gozo de seus direitos cívicos e políticos – requisito, esse que se traduz na sua qualidade de eleitor. Somente o indivíduo (pessoa física) munido de seu título eleitoral poderá propor ação popular, sem o que será carecedor dela. Os inalistáveis ou inalistados, bem como os partidos políticos, entidades de classe ou qualquer outra pessoa jurídica não tem qualidade para propor ação popular. Isso porque tal ação funda-se essencialmente no direito político do cidadão, que, tendo o poder de escolher os governantes, deve ter também a faculdade de lhes fiscalizar os atos de administração.

Assim, conforme doutrina majoritária, por se tratar de direito político, somente o eleitor poderá figurar, *a priori*, no polo ativo da ação popular. Dessa forma, ficariam excluídos aqueles que perderam ou tiveram seus direitos políticos suspensos, por exemplo.

Uma outra corrente sustenta um alargamento da concepção de cidadão que transcenda a condição de eleitor para a propositura da Ação Popular. Tal entendimento tem fundamento no fato do art. 5º, LXXIII da Carta Política do Brasil, não fazer menção ao gozo dos direitos políticos do cidadão.

Já para Celso Antonio Pacheco Fiorillo entende que cidadão é o sujeito que está em pleno gozo dos direitos previstos na Lei Maior do Estado brasileiro quando assevera:

[...] o cidadão em nossa Carta Magna é a pessoa humana no gozo pleno de seus direitos constitucionais e não

única e exclusivamente ‘nacional no gozo de seus direitos políticos’. O cidadão brasileiro, portanto, possui igual dignidade social independentemente, da sua inserção econômica, social, cultural e obviamente política [...]. (FIORILLO, 1993, p. 244-246)

No mesmo sentido leciona Almeida (2003, p. 526) ditando que:

Acredita-se que realmente não é compatível com o texto constitucional qualquer interpretação restritiva em torno da ação popular, que é a garantia constitucional fundamental. Assim, se a Constituição não delimita a concepção de cidadão, para efeitos de ação popular (art. 5.º, LXXIII, da CF/1988), não pode a lei infraconstitucional ou o intérprete aplicador do direito conduzir a uma interpretação restritiva.

Nessa linha de pensamento, haveria um problema de recepção de constitucional do art. 1º da Lei 4717/65, pela restrição da legitimidade ativa para a propositura da Ação Popular, além de violação do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

A impossibilidade de a pessoa jurídica figurar no polo ativo da ação popular é fato incontroverso, uma vez que é inconcebível a extensão do termo “cidadão” a pessoas jurídicas. O STF, em sua súmula 365, compreende que pessoas jurídicas não possuem legitimidade ativa pra propor ação popular.

Se for levado em consideração a questão da condição de cidadão-eleitor como legitimado ativo da ação popular, seria possível um eleitor de 16 (dezesesseis) anos propor ação popular? Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade entendem que sim e esclarecem que:

Capacidade eleitoral não se confunde com capacidade civil. A capacidade civil para ser eleitor nasce aos dezesesseis anos (CF 14 §1º II c), mas só aos trinta e cinco anos de idade é que ocorre a capacidade plena para ser eleito [...]. O eleitor com dezesesseis anos é parte legítima para propor a ação popular, estando capacitado para o exercício desse poder que decorre de sua condição de eleitor. Poderá agir em juízo, praticando atos processuais, sem a assistência dos pais ou representantes legais, pois o exercício pleno dos direitos políticos de eleitor não pode ser feito por representação, nem se coaduna com a submissão ao poder familiar. (NERY JR; ANDRADE, 2003, p. 348)

No que se refere ao Ministério Público, a princípio ele não será legitimado ativo para propositura da ação popular, mas atuará como fiscal da lei. Em caso de desistência do autor original, ele terá a chamada legitimidade ativa ulterior para dar continuidade na ação.

Nesse sentido ensina Rodolfo de Camargo Mancuso (1996, p. 74-75):

[...], cabe citar a posição do Ministério Público na ação popular, que a melhor doutrina qualifica como ‘parte pública autônoma’. De fato, apesar de não ter legitimação ativa originária para propor a ação enquanto órgão do Ministério Público (podendo fazê-lo, naturalmente como cidadão), o *Parquet* exerce uma atividade multifária: é *custos legis* e agente impulsionador da produção probatória (§4.º do art. 6º da lei); assume a titularidade da ação sendo, pois ‘um legitimado ativo subsidiário ulterior’, na eventualidade de o autor originário dela desistir ou ser ‘absolvido de instância’ (art. 9º da lei), correspondendo, hoje, basicamente, à extinção do processo sem julgamento do mérito por inépcia da inicial ou abandono do feito [...].

O litisconsórcio e assistência no polo ativo da ação popular é plenamente possível por força da própria Lei 4717/65, uma vez que em seu art.6º, §5º permite a habilitação de qualquer cidadão interessado na demanda como litisconsorte ou assistente.

4.2 Legitimidade Passiva

O art.6º da Lei 4717/65 prevê que ação popular poderá ser proposta em face de pessoas públicas ou privadas, contra os entes da administração pública direta e indireta e outras entidades também previstas no art.1º da referida lei. Também poderá ser proposta contra aqueles que autorizaram, ratificaram, aprovaram ou mesmo que tenham praticado o ato lesivo ou foram omissos quanto tal ato.

[...] os sujeitos passivos podem ser diversos. Deverão ser citadas para a ação, obrigatoriamente, as pessoas jurídicas, públicas ou privadas, em nome das quais foi praticado o ato a ser anulado e mais as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, ratificado ou praticado pessoalmente o ato ou firmado o contrato impugnado, ou que, por omissos, tiverem dado oportunidade à lesão, como também os beneficiários diretos do mesmo ato ou contrato (art. 6º). Se a ação visar a ato ou contrato

lesivo em razão de avaliação inexata, há de ser citado também avaliador, como corresponsável pela lesividade, podendo ser dispensado, neste caso o chamamento dos que apenas confiaram na avaliação. (MEIRELLES; WALD; MENDES, 2013. p.187-188).

Todos aqueles que estão envolvidos no ato impugnado devem ser chamados ao processo, para que todos sejam julgados em um mesmo processo como preceitua Rodolfo de Camargo Mancuso:

Já o polo passivo, oferece quase sempre um cúmulo subjetivo, porque a intenção do legislador é justamente alcançar e trazer para o âmbito da ação não só o(s) responsável(is) direto(s) pela lesão, mas todos os que direta ou indiretamente tenham para ela concorrido por ação ou omissão, e ainda os terceiros beneficiários. Tudo para que no limite máximo se resolvam em uma única lide de cognição ampla exauriente, as responsabilidades imediatas e ainda para que se formem os títulos para oportuna resolução das pendências correlatas, que se ajustarão via de regresso (Lei 4717/65, arts. 6º e 11). (MANCUSO, 1996. p. 73-74)

Luiz Manoel Gomes Júnior (2004, p. 51-52) tem entendimento similar ao autor supramencionado:

[...] pelo próprio teor dos textos normativos que incidem na espécie, há necessidade inafastável de que todos os beneficiados pelo ato impugnado integrem a lide popular, no polo passivo. [...]. Entendemos que a pessoa será beneficiária direta, a ponto de legitimar a sua atuação no polo passivo, quando o ato impugnado lhe propiciar um benefício concreto.

Conforme Rodolfo de Camargo Mancuso (1996, p. 74), haverá um litisconsórcio simples e necessário na parte passiva da ação popular entre as entidades que estão no art.1º da lei 4717/65, os agentes que perpetraram o ato lesivo e aqueles (quem quer que sejam) que de alguma forma se beneficiaram com o ato impugnado.

Um fato curioso sobre as pessoas jurídicas de direito público ou privado que figurarem no polo passivo da ação popular poderão trocar de polo durante a ação e se juntar ao autor na demanda se for conveniente à pessoa jurídica.

Sobre isso Hely Lopes Meirelles, Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Men-

des lecionam que:

A pessoa jurídica de direito público ou privado chamada na ação poderá contestá-la ou não, como poderá, até mesmo encampar o pedido do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo exclusivo do representante legal da entidade ou da empresa (art. 6º, §3º). A inovação processual é das mais relevantes, pois permite que o réu confesse tacitamente a ação, pela revelia, ou a confesse expressamente, passando a atuar em prol do pedido na inicial em defesa do patrimônio público. Estas hipóteses são muito comuns nos casos em que o ato ou contrato impugnado é da Administração anterior e a lesividade só vem a ser descoberta pela Administração subsequente, não vinculada a conduta de sua antecessora. Mas nada impede que o próprio administrador em cuja gestão se praticou, verificando a ilegalidade e a lesividade de tal ato, confesse a ação, para facilitar a restauração do direito. (MEIRELLES; WALD; MENDES, 2013, p.188-189).

Assim, com a devida autorização do seu representante, após avaliação de utilidade, a pessoa jurídica poderá assistir o autor da ação popular.

5. OBJETO

A ação popular tem como objeto precípua o combate ao ato lesivo perpetrado contra o erário público, nos termos do art.1º da Lei da Ação Popular. Dessa forma, a ação popular tem como função a proteção de bens de interesse público, da coletividade e não do próprio autor da ação.

Os artigos 2º, 3º e 4º da lei 4717/65 trazem o atos que serão nulos ou anuláveis mediante ação popular. É de extrema relevância ressaltar que tal rol é meramente exemplificativo, podendo outros atos que, não se encontrem nos artigos mencionados, ser objeto da ação estudada, consoante destaque de Hely Lopes Meirelles, Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, que asseveram no sentido de:

[...], rendem ensejo a anulação pela ação popular os atos das entidades enumerados no art.1º que contenham qualquer desses vícios: incompetência de quem os praticou; vício de forma; ilegalidade do objeto; inexistência dos motivos; ou desvio de finalidade (art.2º e parágrafo único). A própria lei incumbiu-se de conceituar os vícios que

enumerou como ensejadores da anulação, mas admitiu também que outros podem ocorrer, segundo a natureza do ato e as prescrições legais específicas para sua prática (art.3º). Deste modo, ficou evidenciado que a descriminação da lei não é exaustiva, admitindo novas hipóteses de atos ou contratos invalidáveis pela ação popular, desde que ocorram os pressupostos de ilegalidade e lesividade ao patrimônio público, a que se refere a Constituição da República. (MEIRELLES; WALD; MENDES, 2013, p.185).

O fato de não ser cláusula fechada, permite que outras hipóteses de ato lesivos ou ilegais sejam impugnados pela ação popular. Dessa forma, o meio ambiente e as relações de consumo serão passíveis de tutela por meio de ação popular. Sobre as questões de consumo Gregório Assagra de Almeida (2003, p. 400) entende que “[...] a utilização da ação popular para as relações de consumo somente será possível na esfera do direito difuso (art. 81, parágrafo único, I do CDC), como é da própria essência da ação popular como garantia processual constitucional do cidadão”.

A ação popular pode ter como objeto a chamada lei de efeitos concretos, se esta for considerada lesiva ao erário. Sobre este ponto Hely Lopes Meirelles, Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes esclarecem que:

Dentre os atos ilegais e lesivos ao patrimônio público pode ter até mesmo le de efeitos concretos, isto é, aquela que já traz em si as consequências imediatas de sua atuação – como a que desapropria bens, a que concede isenções, a que desmembra ou cria Municípios a que fixa limites territoriais, e outras dessa espécie. Tais leis só o são em sentido formal, visto que materialmente se equiparam aos atos administrativos, e, por isso mesmo, são atacáveis por ação popular ou por mandado de segurança, conforme o direito ou o interesse por elas lesado; mas é incabível a ação popular contra lei em tese. (MEIRELLES; WALD; MENDES, 2013, p.186).

Assim, a lei de efeitos concretos só pode ser alvo de ação popular por ser materialmente equivalente a atos administrativos, sendo vedado esse tipo de ação em face de lei. Atos jurisdicionais não poderão também, ser alvo de ação popular. Nesse caso a parte deverá impugnar o ato mediante recurso ou outro meio legal cabível.

6. COMPETÊNCIA

O art.5º da Lei 4717/65 versa sobre a competência para julgar a ação popular. Tal competência dependerá da gênese do ato impugnado. Dessa forma, será de competência do juiz federal quando se tratar de ato que envolver a União. No que se refere a atos envolvendo Estado da Federação, o juízo competente é aquele eleito para julgar casos de interesse do Estado (geralmente Vara da Fazenda Pública). Quando se tratar de atos lesivos ao município, o juízo competente será o da comarca da cidade do ato impugnado.

Hely Lopes Meirelles, Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, sustentam que:

A competência para processar e julgar ação popular é determinada pela origem do ato a ser anulado. Se este foi praticado, autorizado, aprovado ou ratificado por autoridade, funcionário ou administrador de órgão da União, entidade autárquica ou paraestatal da União ou por ela subvencionada, a competência é do juiz federal da Seção Judiciária em que se consumou o ato. Se o ato impugnado foi produzido por órgão, repartição, serviço ou entidade do Estado ou por ele subvencionado, a competência é do juiz que a organização judiciária indicar como competente para julgar as causas de interesse do Estado. Se o ato impugnado foi produzido por órgão repartição, serviço ou entidade de Município ou por este subvencionado, a competência é do juiz da comarca que o Município interessado pertencer e que, de acordo com a organização judiciária do Estado respectivo, for competente para conhecer e julgar causas de interesse da Fazenda municipal [...]. (MEIRELLES; WALD; MENDES, 2013, p.186)

Urge esclarecer que por força do 5º, §1º da lei 4717/65, os entes para estatais, no que se refere à competência se igualam à União, Distrito Federal, Estados e Municípios.⁶

Uma pergunta a ser feita é: Qual será o juízo competente quando União, Estado Federado e/ou município, por exemplo, tiverem interesse no ato impugnado? Rodolfo de Camargo Mancuso traz resposta no sentido que:

⁶Lei 4.717, de 29 de junho de 1965 diz em seu Art. 5º, §1º: Para fins de competência, equiparam-se atos da União, do Distrito Federal, do Estado ou dos Municípios os atos das pessoas criadas ou mantidas por essas pessoas jurídicas de direito público, bem como os atos das sociedades de que elas sejam acionistas e os das pessoas ou entidades por elas subvencionadas ou em relação às quais tenham interesse patrimonial.

[...] Quando o ato ou omissão sindicados na ação toque a mais de um nível de governo (v.g., uma hidrelétrica que se está alteando com recursos de um Município e de um fundo federal) a competência se desloca em favor do ente político mais proeminente, no caso a União, o mesmo se dando se a concomitância de interesses envolver Estado ou Município (§2º,art.5.º). (MANCUSO, 1996. p.157).

O ingresso com a ação no juízo competente prevenirá este no caso novas ações populares sejam intentadas com o mesmo objeto, mesmas partes e mesmo fundamento conforme dita o art. 5º, §3º da Lei da Ação Popular.

7. DANO MORAL

Atualmente tem-se uma visão errônea de que o dano moral é um instituto novo no direito, com casos de ser remetido via de regra ao tratamento comum de indústria jurídica, onde se tenta obter proveito pecuniário da parte contrária, como forma de reparação pelo suposto abalo emocional e moral sofrido pelo demandante.

O instituto do Dano Moral tem raiz na história antiga da humanidade, sendo remetido ao Código de Hamurabi, que data de 1750 a.c., em que vigorava a pena de Talião, o famoso olho por olho e dente por dente; sendo remetida como uma forma de compensação à vítima a possibilidade de causar o mesmo dano sofrido por ele ao seu autor.

Já a compensação financeira veio à tona com o código de Ur-Nammu que fora promulgado pelos antecessores dos povos sumérios, sendo que este previa uma compensação pecuniária em favor do ofendido; sendo esta compensação de responsabilidade do ofensor.

Em análise mais ampla podemos encontrar o Dano Moral ainda nas escrituras sagradas da bíblia, onde da leitura do livro do Deuteronômio, capítulo 22, versículos 13 a 19, lê-se:

13Se um homem, depois de ter desposado uma mulher e a ter conhecido, vier a odiá-la,14e, imputando-lhe faltas desonrosas, se puser a difamá-la, dizendo: desposi esta mulher e, ao aproximar-me dela, descobri que ela não era virgem,15então o pai e a mãe da donzela tomarão as provas de sua virgindade e as apresentarão aos anciões da cidade, à porta.16O pai dirá aos anciões: dei minha filha por mulher a este homem, mas porque ele lhe tem aversão,17eis que agora lhe imputa faltas desonrosas, pretendendo não ter encontrado nela as marcas da virgindade.

Ora, eis aqui as provas da virgindade de minha filha. E estenderão diante dos anciãos da cidade a veste de sua filha. 18E os anciãos da cidade tomarão aquele homem e fã-lo-ão castigar, 19impondo-lhe, além disso, uma multa, de cem siclos de prata, que eles darão ao pai da jovem em reparação da calúnia levantada contra uma virgem de Israel. E ela continuará sua mulher sem que ele jamais possa repudiá-la. (DEUTORONÔMIO, 2018).

Observa-se da leitura do livro sagrado que a previsão de reparação dava-se por conta de insulto moral para com a mulher que o homem recebia como esposa, sendo indenizada a família da donzela que fora desonrada.

Vale ressaltar que o breve exposto, possui condão acadêmico introdutório acerca do dano moral, demonstrando que este existe além do que possa imaginar o homem simples, bem como, o profissional em início de caminhar que por vezes é impulsionado ao viés popular do instituto.

Ainda, necessário observar, mesmo que de modo sucinto, as fazes do instituto do dano moral no direito brasileiro.

No contexto nacional o dano moral passou por três teorias que visavam explicar e delimitar a área de aplicação do instituto, destacando a grande polêmica acerca do tema, que fora assunto de grandes debates jurídicos de nossos doutrinadores.

Em primeira análise cabe destacar a teoria negativista que sedimentava o entendimento de inaplicabilidade do dano moral, por considerar que a dor sofrida pelo agente suportador do ato, não poderia ser quantificada em dinheiro ou qualquer outro modo que fosse revertido em pecúnia. Salientava-se ainda, a possível imoralidade de se determinar valor ao sofrimento humano. Dentre os negativistas temos nomes célebres como Savigny, Chironi, Venzi e Cavagnari. (CAHALI, 2005, p. 24)

Doutra banda existe o pensamento da teoria positivista, que exprime entendimento antagônico ao da teoria negativista, sendo este entendimento acolhido e aplicado no direito pátrio hodiernamente, sendo entendida e sedimentada a possibilidade de aplicar-se à reparação pecuniária pelos danos morais sofridos; afinal, com a promulgação da Carta Magna de 1988, com a expressa previsão de possibilidade de indenização por dano moral na parte final do artigo 5º, inciso X.

Sendo ainda reafirmada, também, de forma expressa no artigo 186⁷ do Código Civil em vigência.

Com isso, resta inequívoco que a legislação nacional acolhe a aplica-

⁷Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 diz em seu Art. 186 Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

bilidade do instituto do dano moral, como forma de reparar o sofrimento, dor, angústia e amargor suportado pela vítima de abuso patrimonial ou extrapatrimonial.

7.1. Da Dignidade da Pessoa Humana

De suma importância para o entendimento quanto à aplicabilidade do instituto do dano moral, se faz necessário o entendimento do princípio da dignidade da pessoa humana, já que este princípio é o cerne principal de nossa legislação.

Para tanto interessante se faz a leitura de conceito de Immanuel Kant, que mesmo como passar dos anos se faz atual e presente em nosso meio:

A pessoa humana não deve jamais ser tratada como meio de seus próprios fins, mas sempre também como um fim em si mesma. Em outros termos, o homem não deve jamais ser utilizado unicamente como meio sem considerar-se que ele é, ao mesmo tempo, um fim em si. (KANT, 2004, p.52).

Da análise do texto de Kant, conclui-se que ao ser humano não pode ser considerado uma ferramenta para a obtenção de um objetivo, ou fim, pois este fim ou objetivo, deve ser sempre o ser humano, ou seja, a reparação deve vir ao encontro do ser humano ou seres humanos que sofreram o dano, e não serem utilizados como forma de obtenção da reparação.

Reflexo desse pensamento pode-se encontrar da leitura do artigo 1º, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, bem como, reafirmado também, no artigo 1º da Carta Constitucional de 1988, não sendo possível atribuir preço a uma pessoa, sendo imperiosa a prevalência da pessoa humana, independente da relação em que se versa o debate, como podemos extrair da lição de Miguel Reale que assevera:

O ser humano é o único ente que pode recepcionar valores, cuja noção não se limita apenas a um conjunto de fatores biológicos e psicológicos, [...]. O ser humano caracteriza-se pela autoconsciência, não é um mero acontecimento natural, e sua existência está associada a ideia de pessoa dotada de dignidade. (REALE, 1996, p. 210).

Com o breve exposto, vê-se a importância de ser observado o princípio maior de nossa Carta Constitucional, bem como, que este deve ser analisado de forma extensiva para albergar a proteção dos direitos difusos e coletivos, pois

possui extensão maior que a esfera individual do ser, sendo essência da sociedade nacional.

7.2. Do Dano Moral Coletivo

O tema em comento possui grande ebulição doutrinária entre os juristas pátrios, sendo exprimidas opiniões das mais diversas possíveis, as quais variaram desde a aceitação e aplicabilidade do instituto na esfera individual culminando com os debates acerca de sua aceitação no que tange o dano moral coletivo.

Um dos maiores avanços para que pudesse ser aceita a aplicação do instituto nas demandas de cunho coletivo foi o entendimento exarado de nosso judiciário quanto à possibilidade de pessoa jurídica ser indenizada por danos morais por ela suportados, ou seja, possibilitou-se a indenização de ente sem dotação de personalidade jurídica de pessoa física, e ainda, considerando a possibilidade de abalo moral a um ser jurídico inanimado.

Para melhor entendimento dessa possibilidade ideal debruçarmo-nos sobre lição do doutrinador Marcelo Freire Sampaio Costa, que leciona sobre a existência de um conjunto triplo de condições que ensejam a possibilidade de aplicação do dano moral de natureza transindividual, vejamos:

Justificam o reconhecimento da ocorrência de danos excedentes da esfera da individualidade, são eles, a) dimensão ou projeção coletiva do princípio da dignidade da pessoa humana; b) ampliação do conceito de dano moral coletivo envolvendo não apenas a dor psíquica; c) coletivização dos direitos ou interesses por intermédio do reconhecimento legislativo dos direitos coletivos em sentido *lato*.” (COSTA, 2009, p. 63-64)

Ainda na análise da doutrina de Marcelo Freire Sampaio Costa, importante observar que este discorre de forma clara sobre a necessidade de aceitação de conceito de dano moral que transcenda a dor psíquica da vítima, para que esta possa ser enquadrada nas demandas de cunho coletivo, afinal, sem esse entendimento restará comprometida sua aplicação, já que mensurar na coletividade a dor psíquica de determinado fato se faz tarefa árdua, quiçá de impossível realização.

Corroborando o entendimento constatado alhures o doutrinador Carlos Alberto Bittar Filho que leciona ser a coletividade detentora de direitos imateriais e com isso merece guarida jurisdicional do Estado para preservá-los, vejamos:

Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente conside-

rado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico; quer dizer isso, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto imaterial. Tal como se dá na seara de dano moral individual, aqui também não há que se cogitar de prova da culpa, devendo-se responsabilizar o agente pelo simples fato da violação (*damnum in re ipsa*). (BITTAR FILHO, 2005. p. 64)

Com isso, podemos asseverar que o dano moral coletivo carece de tratamento interpretativo diverso do dano moral individual, transcendendo a busca da dor ou abalo psicológico suportado pela vítima, mas devendo ser observado e resguardado o direito da coletividade. Portanto, é necessária a atuação do Estado, mesmo que de forma visando à reparação do dano; no caso com a aplicação do instituto do dano moral, sem possível ainda, a aplicação de medida que garanta a reparação do bem jurídico debatido na demanda.

8. DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

Como forma de comprovar o entendimento sedimentado nos tribunais pátrios acerca do assunto, em que a aplicação do dano moral nas ações populares, apresentamos uma coleção de decisões que corroboram o entendimento.

Sendo o julgamento do REsp 1.057.274 – RS sedimento a adoção do entendimento aqui exposto, qual seja possível à adoção do dano moral coletivo; afinal, antes deste julgado o entendimento encampado no Superior Tribunal de Justiça defendia a inaplicabilidade do instituto nas demandas de cunho coletivo, com raras exceções a sua aplicação.

ADMINISTRATIVO - TRANSPORTE - PASSE LIVRE - IDOSOS - DANO MORAL COLETIVO - DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA DOR E DE SOFRIMENTO - APLICAÇÃO EXCLUSIVA AO DANO MORAL INDIVIDUAL - CADASTRAMENTO DE IDOSOS PARA USUFRUTO DE DIREITO - ILEGALIDADE DA EXIGÊNCIA PELA EMPRESA DE TRANSPORTE - ART. 39, 1º DO ESTATUTO DO IDOSO - LEI 10741/2003 VIAÇÃO NAO PREQUESTIONADO. 1. O dano moral coletivo, assim entendido o que é transindividual e atinge uma classe específica ou não de pessoas, é passível de comprovação pela presença de prejuízo à imagem e à moral coletiva dos indivíduos enquanto síntese das individualidades percebidas como segmento,

derivado de uma mesma relação jurídica-base. 2. O dano extrapatrimonial coletivo prescinde da comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico, suscetíveis de apreciação na esfera do indivíduo, mas inaplicável aos interesses difusos e coletivos. 3. Na espécie, o dano coletivo apontado foi a submissão dos idosos a procedimento de cadastramento para o gozo do benefício do passe livre, cujo deslocamento foi custeado pelos interessados, quando o Estatuto do Idoso, art. 39, 1º exige apenas a apresentação de documento de identidade. 4. Conduta da empresa de viação injurídica se considerado o sistema normativo. 5. Afastada a sanção pecuniária pelo Tribunal que considerou as circunstâncias fáticas e probatória e restando sem prequestionamento o Estatuto do Idoso, mantém-se a decisão. 5. Recurso especial parcialmente provido. (STJ – REsp 1.057.274-RS, Segunda Turma, Relatora: Ministra Eliana Calmon, DP: 01/12/2009)

No tocante específico do presente trabalho observamos decisões que acolhem a pretensão indenizatória no particular da Ação Popular:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. CABIMENTO. ILEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. LESIVIDADE AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO. NECESSIDADE.

1. O fato de a Constituição Federal de 1988 ter alargado as hipóteses de cabimento da ação popular não tem o efeito de eximir o autor de comprovar a lesividade do ato, mesmo em se tratando de lesão à moralidade administrativa, ao meio ambiente ou ao patrimônio histórico e cultural.

2. Não há por que cogitar de dano à moralidade administrativa que justifique a condenação do administrador público a restituir os recursos auferidos por meio de crédito aberto irregularmente de forma extraordinária, quando incontroverso nos autos que os valores em questão foram utilizados em benefício da comunidade.

3. Embargos de divergência providos.

(REsp 260.821/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, Rel. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/11/2005, DJ 13/02/2006, p. 654)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. **AÇÃO POPULAR**. RECONVENÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

DANO MORAL. AFERIÇÃO. SÚMULA 07/STJ. 1. A ação popular é um dos mais antigos meios constitucionais de participação do cidadão nos negócios públicos, na defesa da sociedade e dos relevantes valores a que foi destinada. Admitir o uso da reconvenção produziria efeito inibitório do manejo desse importante instrumento de cidadania, o que o constituinte procurou arredar, quando isentou o autor das custas processuais e do ônus da sucumbência. 2. O instituto da reconvenção exige, como pressuposto de cabimento, a conexão entre a causa deduzida em juízo e a pretensão contraposta pelo réu. A conexão de causas, por sua vez, dá-se por coincidência de objeto ou causa de pedir. 3. Na hipótese, existe clara diversidade entre a **ação popular** e a reconvenção. Enquanto a primeira objetiva a anulação de ato administrativo e tem como causa de pedir a suposta lesividade ao patrimônio público, a segunda visa à indenização por **danos morais** e tem como fundamento o exercício abusivo do direito à **ação popular**. 4. O pedido reconvenicional pressupõe que as partes estejam litigando sobre situações jurídicas que lhes são próprias. Na **ação popular**, o autor não ostenta posição jurídica própria, nem titulariza o direito discutido na **ação**, que é de natureza indisponível. Defende-se, em verdade, interesses pertencentes a toda sociedade. É de se aplicar, assim, o parágrafo único do art. 315 do CPC, que não permite ao réu, “em seu próprio nome, reconvir ao autor, quando este demandar em nome de outrem”. 5. A discussão a respeito da suposta má-fé do autor **popular** ao propor a demanda sem um mínimo de provas aceitáveis resvala no óbice da Súmula n.º 07/STJ, que impede o reexame, na via especial, do suporte fático-probatório que fundamenta a decisão recorrida. 6. Recurso especial improvido. (REsp 72.065/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/08/2004, DJ 06/09/2004, p. 185) (Grifo nosso)

Ao levar por base as jurisprudências colacionadas no corpo do presente, nota-se ser completamente aplicável a indenização por danos morais em razão de demanda por Ação Popular, ensejando assim, uma proteção aos direitos da sociedade de modo geral e não apenas do íntimo pessoal.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A figura da ação popular é prevista no ordenamento jurídico pátrio desde o início do século passado, ganhando legislação específica no ano de 1965, com o a finalidade precípua de defender o patrimônio público de atos lesivos. Tal ação é coletiva, manejada pelo cidadão tendo como objeto o próprio ato impugnado, sendo projetada a condição de status constitucional com o advento da Carta Política de 1988, uma vez que está prevista em seu art. 5º, LXXIII.

A Lei Maior do Estado brasileiro, também garante a dignidade da pessoa humana, sendo esse direito basilar tolhido poderá ocorrer o ensejo da reparação pelos danos morais causados. O dano moral poderá ter natureza transindividual quando atingir toda uma comunidade, quando houver mácula ao seu conjunto de valores.

Concluindo, a ação popular é instrumento hábil para que sejam tutelados os danos morais transindividuais, desde que reste comprovado a violação dos interesses e valores da sociedade. Além disso, dentro da própria ação popular é possível o pedido de dano moral individual em caso de reconvenção.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, G. A. de. **Direito processual coletivo brasileiro**. Um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003.

Deuteronômio. Português. **Bíblia sagrada**. Disponível em: <<https://www.bibliacatolica.com.br/biblia-ave-maria/deuteronomio/22/>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão nos 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais nos 1/92 a 91/2016 e pelo Decreto Legislativo no 186/2008. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 18 de setembro de 1946.

_____. Lei 4.717 de 29 de Junho de 1965. Regula a ação popular. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 5 jul. 1965.

_____. Lei 6.513 de 20 de dezembro de 1977. Dispõe sobre a criação de Áreas

Especiais e de Locais de Interesse Turístico; sobre o Inventário com finalidades turísticas dos bens de valor cultural e natural; acrescenta inciso ao art. 2º da Lei nº 4.132, de 10 de setembro de 1962; altera a redação e acrescenta dispositivo à Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 22 jul. 1977.

_____. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, n. 8, p. 1, 11 jan. 2002.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência n. 260.821/SP. Relator Ministro Luiz Fux, 23 nov. 2005. **Diário da Justiça [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 13 fev. 2006.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 72.065/RS. Relator Ministro Castro Meira, 03 ago. 2004. **Diário da Justiça [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 06 set. 2004.

BITTAR FILHO, C. A. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. *In*: Sérgio Augustin (Coord.). **Dano moral e sua quantificação**. 3.ed. rev. e ampl. Caxias do Sul, RS: Plenum, 2005.

COSTA, M. F. S. **Dano moral (extrapatrimonial) coletivo**, 1.ed. São Paulo: LTr, 2009.

FIORILLO, C. A. P. **Direito processual ambiental brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

GOMES JUNIOR, L. M. **Ação popular**: aspectos polêmicos: lei de responsabilidade fiscal, improbidade administrativa, danos causados por liminares e outros pontos relevantes. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

_____. **Curso de direito processual coletivo**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. tradução de Leopoldo Holzbach – São Paulo. 1 ed. Editora Martin Claret, 2004.

MANCUSO, R. de C. **Ação popular**: proteção do erário; do patrimônio público; da moralidade administrativa e do meio ambiente. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

MEIRELLES, H. L.; WALD, A.; MENDES, G. F. **Mandado de segurança e**

ações constitucionais. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

NERY JR, N.; ANDRADE, R. M. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 3. ed., São Paulo: RT, 2003.

REALE. M. **Filosofia do Direito**. 17 ed. São Paulo. Editora Saraiva. 1996.

THE INSTITUTION OF CLASS ACTIONS AND THE (IM) POSSIBILITY OF INDEMNIFYING CLAIMS FOR MORAL DAMAGES

ABSTRACT: The purpose of class actions is to protect society against harmful acts perpetrated against public property, administrative morality and the environment. There is much discussion about the possibility of class actions being a means of repairing the moral damages perpetrated against the community. In this way, this study has the main goal of analyzing the possibility of requesting compensation for moral damages through class actions, including the history and general lines of this institute, studying collective moral damage, culminating with an analysis of the jurisprudence on the subject matter.

KEYWORDS: Class Action; Collective; Moral Damage.

EL INSTITUTO DE LA ACCIÓN POPULAR Y LA (IM)POSIBILIDAD DEL PLEITO INDEMNIZATORIO POR DAÑOS MORALES

RESUMEN: La acción popular tiene como objetivo proteger la sociedad contra actos lesivos practicados contra el patrimonio público, moralidad administrativa y el medio ambiente. Mucho se discute sobre la posibilidad de la acción popular poder ser medio posible para reparación de daños morales perpetrados contra la colectividad. De esta forma, la presente investigación tiene como función precípua analizar la posibilidad del pedido de reparación de daños morales por medio de acción popular, pasando por el histórico y líneas generales de este instituto, estudiando el daño moral colectivo, culminando con un análisis de la jurisprudencia sobre el asunto.

PALABRAS CLAVE: Acción Popular; Colectivo; Daño Moral.