

AÇÃO POPULAR: UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL

POPULAR ACTION: A CONSTITUTIONAL ANALYSIS

Rogério da Silva e Souza¹

Marcus Mauricius Holanda²

Resumo

O estudo sobre a ação popular constitucional trata do discurso político para a eficácia do instituto, a partir de uma pesquisa do tipo bibliográfica, de natureza qualitativa, com fins exploratórios e descritivos. Analisa a concepção semântica da ação popular enquanto garantia fundamental, sua natureza, distinção e sistemática na ordem jurídica constitucional. Evidencia a tutela da prestação jurisdicional no âmbito da demanda popular, com destaque para os elementos e as condições da ação, associada à construção jurisprudencial do instituto em virtude do modelo que se firma na experiência brasileira: da lesividade ao patrimônio público e ilegalidade do ato administrativo para a ação popular constitucional. Promove a discussão sobre a eficácia em cotejamento teórico sobre o discurso de hegemonias e contra-hegemonias em torno da garantia. Evidencia-se com a eficácia do instituto popular a manifestação do princípio democrático em conjunto a uma reflexão histórico-social sob a ordem constitucional brasileira, com fundamento na garantia popular enquanto instrumento da democracia participativa na perspectiva da sociedade civil e o caráter político que encerra a legitimidade da ação popular constitucional.

Palavras-chave: Ação popular constitucional. Garantia fundamental. Eficácia social.

Abstract

The study regarding popular action refers to the politics discourse for the efficacy of the institute, through a bibliographical research, with qualitative meaning, exploratory and descriptive purpose. Promotes a discussion about the efficacy of this guarantee on its theoretical treatment of the hegemonies e counter hegemonies discourse. It also evidences the implementation of the jurisdiction on the popular demand, emphasizing the elements and conditions of the action, allied to the jurisprudential construction of the institute focused on the model of the Brazilian experience: the laceration to the public patrimony and the illegality of the administrative act to the constitutional popular action. Refers as well about the manifestation of the democratic principle assembled to a historical and social reflection of the Brazilian constitutional order, founded on the popular guarantee as an instrument of the participative democracy on the civil society perspective and the popular character which concludes the legitimacy of the constitutional popular action.

Keywords: Constitutional Popular Action. Fundamental Guarantee. Social Efficacy.

¹ Advogado; Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará; Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR; professor de Direito Constitucional do Centro Universitário Estácio do Ceará – FIC. rogeriojur@hotmail.com

² Marcus Mauricius Holanda Doutorando em Direito Constitucional, é Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. É especialista em Direito do Trabalho e Processual Trabalhista pela Faculdade Christus. Coordenador do Curso de Direito da Faculdade do Vale do Jaguaribe – FVJ.

1 Introdução

O que se propõe neste trabalho é compreender o indivíduo no processo democrático, em contraposição à arbitrariedade administrativa, aos malfadados interesses econômicos, ranços de poderes tradicionais e de pequenos grupos, que, apesar disso, é mais forte que toda a demografia de uma localidade.

De logo encontra-se um grave problema, a saber, o titular da ação popular, mesmo gozando de toda a legitimidade para a ação e observando todas as condições que ensejam o encargo popular, não raro, desiste do desiderato popular ou ainda o procrastina, em virtude da sua integridade física e/ou moral, haja vista ainda as prováveis estigmatizações que venha a sofrer, por se tratar de um instrumento político, cujo polo passivo da ação resguarda muitas vezes, o poderio maculado ou arbitrário que surge como verdadeira chaga social.

O Brasil é um país democrático sob o ponto de vista formal, porém, no contexto social, é considerado deficiente, de tal sorte que a lei confere um esforço nada fácil à vida cidadã. Mas o lenitivo da esperança, tão bem assimilado como característica da personalidade brasileira, remonta a um esforço sisfício na construção da cidadania, vale dizer, na busca incansável de meios que visem a assegurar a aplicabilidade adequada e finalística dos direitos difusos e coletivos.

Sob esse prisma, dois aspectos devem ser ressaltados: o primeiro de caráter subjetivo, que confere aos cidadãos a perspectiva de uma pretensão no âmbito das liberdades públicas, um direito subjetivo público; e o segundo, de caráter institucional, na pertinência da Lei Fundamental que explicita o Estado em que se vive, na experiência jurídica brasileira, do Estado Democrático de Direito.

Se a Constituição brasileira assegura, positivamente, os direitos e as garantias fundamentais, significa, de outro modo, que toda a pessoa humana dispõe de mecanismos expressos para que sejam efetivados seus direitos, mas há colossal espaço entre a teoria e a prática. Na realidade brasileira, encontra-se grave crise no sistema jurídico, pela veemente carência na concretização dos direitos fundamentais.

Surge então a problemática da utilização de mecanismos para reconhecer e fazer aplicável a proteção de bens jurídicos tutelados pela ordem jurídica estatal; em outras palavras, para haver instrumentalidade dos direitos fundamentais, é necessário que tais direitos sejam envoltos por um manto protetor (garantias) mais efetivo, viabilizando a aplicabilidade desses direitos.

Além disso, é necessário uma hermenêutica adequada para os direitos e garantias fundamentais, quando muitos consideram que os métodos tradicionais de interpretação são insuficientes, diante da insegurança em se desprezar as peculiaridades e o caráter fundamental existente nesses direitos e garantias, ao que vale ressaltar: é indispensável melhor critério para a eficácia da interpretação com vistas à garantia dos direitos fundamentais.

Não obstante, deve-se dizer, outrossim, que a tutela jurisdicional desses mecanismos só há de ser viabilizada no empreendimento e na sensibilidade dos agentes jurisdicionais e jurisdicionados para o papel que devem cumprir em sede de reivindicações e exigibilidades, porquanto o direito, *per si*, não é capaz de salvaguardá-los.

Dentre os instrumentos emanados pelo Estado para a justiciabilidade dos direitos fundamentais, está a ação popular, cujo mister, no exercício da soberania do povo, em linhas gerais, consiste em fiscalizar e reparar os atos de autoridade ilegais e lesivos ao erário, ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e à ordem econômica.

Com efeito, o estudo tem como objeto a ação popular constitucional visando à perspectiva do discurso político-democrático sobre o instituto, cujo viés procedimental trata-se de forma correlata.

Nesta ordem, pode-se afirmar que o objetivo do estudo é analisar a ação popular, buscando-lhe a observação histórico-jurídica, perpassando a reflexão sobre o discurso democrático de tensão sociais. Semelhante objetivo é alcançado com a realização de pesquisa do tipo bibliográfica, de natureza qualitativa, com fins exploratórios e descritivos.

Com isso, enveredou-se para uma discussão sobre a distinção entre direito e garantia fundamental no que tange à ação popular constitucional, a qual se leva o interesse da posição que ocupa o titular da ação e as inferências doutrinárias a respeito. Desenvolve-se o conceito, campo temático e aplicativo da eficácia, haja vista a controvérsia existente sobre a concepção semântica

entre eficácia e efetividade, por isso repassaram-se as doutrinas de Óscar Correias e de Marcelo Neves, ao que se firmou pela corrente das hegemonias políticas a que defende o primeiro autor, para então abordar a reflexão do discurso político/jurídico que se deseja tratar sobre a ação popular constitucional, isto é, a partir da correspondência entre o sujeito a que se dirige a norma jurídica e o produtor desse discurso.

Por último, teceram-se as conclusões de todo o estudo dissertativo capitulando os tópicos sob a vinculação do discurso jurídico-político para a eficácia da ação popular constitucional, entendendo que, com base na ação necessariamente cidadã, buscou-se enfrentar o problema da democracia em uma sociedade justa, livre e solidária, para se poder chegar a um consenso construído na experiência jurídica brasileira.

2 Em torno da eficácia

Antes de iniciar a questão da eficácia da ação popular propriamente dita, é oportuno esclarecer sobre o que se entende por eficácia neste objeto de trabalho, de vez que o termo motiva uma vasta discussão no que tange ao seu conceito, campo de estudo e aplicação.

Há manifesta mudança no pensamento jurídico em busca do resgate pluridimensional da Teoria positivista do Direito. A exemplo disso, muito se tem falado em eficácia, como uma das dimensões do Direito.

Entretanto, o estudo da eficácia ainda se encontra em desenvolvimento, por isso Óscar Correias (1994) vai considerar que a Sociologia jurídica contemporânea preocupa-se em distinguir o conceito de eficácia do conceito de efetividade³. Por outro lado, afirma o autor: “[...] *la Teoría General del Derecho no se ha interesado por esta crucial diferencia*” (CORREAS, 1994, p. 207).

No campo da Teoria do Direito, não se deve perder de vista as chamadas instâncias de validade da norma, em que a validade social ou eficácia, ou mesmo efetividade, traduziria o processo de aceitação da norma pelo indivíduo.⁴

Acontece que a ciência jurídica não traduz melhor definição para o problema, confundindo as terminologias. Assim é que se pretende, por agora, analisar duas teorias sobre a distinção da eficácia e da efetividade, uma no segmento sociológico do direito, da lavra de Óscar Correias, e outra sob o prisma da Teoria do Direito, de Marcelo Neves, para ao final tecer as considerações a respeito.

2.1 A doutrina de Óscar Correias

Óscar Correias entende que a efetividade ocorre quando o sujeito a que se dirige a norma segue uma conduta que pode ser descrita da mesma maneira que a conduta descrita na norma (CORREAS, 1994, p.208). Já a eficácia, nas palavras do autor: “[...] *hace referencia a los*

³ Correias afirma: “Hemos visto también la relación entre validez y efectividad de las normas: una norma es válida si cumple la condición de ser eficaz em cierto grado, dice Kelsen. Por otra parte, um sistema jurídico es válido cuando sus normas, em términos generales y a grandes rasgos, son efectivas. Es decir la validez del sistema depende de la efectividad de las normas que lo componen. Lo que bien puede dar lugar a la conclusión de que la Dogmática Jurídica no puede cumplir su misión de describir um orden válido mientras no pueda afirmarse, por la SJ [Sociología Jurídica], que son efectivas la mayor parte de las normas que lo componen. Es decir, que la SJ es *condición* de la Dogmática, o que la pretensión de los juristas ‘puros’ de prescindir de los hechos y de independizar su ciencia de toda consideración sociológica, es ilegítima.” Ibid., 1994, p.252.

⁴ Miguel Reale afirma que a eficácia ou eficiência é a chamada validade social, para o autor a eficácia se refere, pois, à aplicação ou execução da norma jurídica, ou por outras palavras, é a regra jurídica enquanto momento da conduta humana, bastando dentre as instâncias de validade que no âmbito social a própria “sociedade deve viver o Direito e como tal reconhecê-lo”. REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p.112. Também Luís Roberto Barroso: “Efetividade, em suma, significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social”. BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.290.

objetivos políticos del productor del discurso” (CORREAS, 1994, p.209). Ou ainda: “*En el caso del derecho, tratándose de un discurso prescriptivo, su eficacia, en una primera aproximación, consiste en que se logre el objetivo querido por su productor*”. (CORREAS, 1994, p.237).

Um exemplo de efetividade jurídica, a que sugere Óscar Correias, verifica-se a partir de uma norma a qual assinala certa conduta: pagar impostos é obrigatório, afirma o autor: “Una norma *Op* a es *efectiva* si una observación sociológica, es decir una observación de *hechos*, comprueba que el individuo al que el derecho de dirige produce una conducta a la que puede atribuir-se el mismo sentido *p*. (CORREAS, 1994, p.217).

Vale ressaltar que Óscar Correias convencionou a “O” a modalidade deôntica “obrigatória” e a “p” uma variável que pode substituir-se pela descrição de qualquer conduta humana possível. (CORREAS, 1994, p.208).

Quanto à eficácia e sua distinção de efetividade, Óscar Correias dispõe de exemplo que ilustra bem a ideia, a saber: traficar drogas é proibido, vale dizer, a norma de combate ao narcotráfico faz referência ao objetivo político do produtor do discurso, muito embora, a conduta observada possa ocorrer diferentemente da conduta descrita na norma, de vez que o discurso do direito é diferente da realidade. Veja-se, pois, do que trata o autor:

[...] es posible que se observe un alto grado de efectividad en la aplicación de las normas que reprimen el narcotráfico y sin embargo el objetivo, que es la desaparación de ese negocio, no se consigue en absoluto. Puede que en algún país se observe que la policía, los jueces y los funcionarios de las cárceles, produzcan las conductas obligatorias tales como apresar a los narcotraficantes, condenarlos y mantenerlos en prisión. Y puede que eso suceda en todas las oportunidades en que se detecta el tráfico, en que se juzga a los delincuentes y em que se los encierra. Y sucede, como es público y notorio, que el narcotráfico ni siquiera disminuye. Este sería un caso de alto grado de efectividad y nula eficacia. (CORREAS, 1994, p.210).

Óscar Correias avalia, também, as motivações pelas quais as normas são, de um modo geral, correspondidas pela seguintes maneiras:

A) correspondência simples entre conduta e norma: ocorre pelo simples cumprimento da descrição da conduta contida na norma, embora não se saiba se os sujeitos de direito conhecem as normas. (CORREAS, 1994, p.210-211).

Anota ainda Óscar Correias: “*No debe descartarse la posibilidad de que la correspondencia fuera efecto de la obediencia de otras normas, religiosas por ejemplo, o provenientes de otros sistemas, los indígenas por ejemplo*”. (CORREAS, 1994, p.211).

B) correspondência por obediência: caso em que os sujeitos de direito obedecem às normas porque as conheciam e mesmo que as desconhecêssem, obedeceriam-nas por motivação moral ou religiosa; (CORREAS, 1994, p.211).

C) correspondência por aceitação, que Óscar Correias vai subdividir em três segmentos, a saber: c.1) por convencimento, quando é possível estabelecer correspondência às normas, porquanto os sujeitos estão convencidos de que as condutas reclamadas são moralmente boas; (CORREAS, 1994, p.212). c.2) por temor, na explicação do próprio autor: “*cuando la representación de la sanción en la conciencia de los sujetos pueda ser vista como teniendo la fuerza necesaria, como siendo causa, de la conductas observadas.*” (CORREAS, 1994, p.212); c.3) por conveniência, quando os sujeitos têm meios para evitar as sanções, porém, aceitam o cumprimento da conduta normativa por um cálculo de outra natureza, como quer Óscar Correias: “*Por ejemplo quien adecua su conducta a normas bancarias que le permiten acceso al crédito [...]*”.(CORREAS, 1994, p.213).

Com relação à eficácia ocorre o que Óscar Correias, com fundamento na doutrina de Antonio Gramsci, denomina de hegemonia. Desta forma assinala o jurista mexicano:

[...] tiene hegemonía quien consigue dirigir la sociedad; y ‘dirigir’ no puede querer decir otra cosa que lograr que otros produzcan las conductas y posean la ideología deseadas por quien detenta esa hegemonía. Que es precisamente lo

que desde el puento de vista de la SJ se denomina eficacia del derecho. (CORREAS, 1994, p.238-239).

Vale ressaltar que, para Óscar Correias, o produtor político do discurso jurídico pode ser tanto o do Processo Estatal de Hegemonia (PEH), nas palavras do autor: “[...] *conjuntos de conductas producidas por órganos del estado*” (CORREAS, 1994, p.240); quanto o do Processo Civil de Hegemonia (PCH): “[...] *conjuntos de conductas producidas por ciudadanos, entendiendo por éstos a quienes no son órganos estatales*”. (CORREAS, 1994, p.240).

Com isso Óscar Correias avalia que a hegemonia, assim como o conceito de eficácia, converte-se em um conceito relativo, porquanto: “[...] *en el realidad el fenómeno del poder existe como un juego de hegemonias⁵ e contrahegemonias entre distintos grupos sociales. Ninguno, em realidad, detenta hegemonía absoluta sobre todos los demás. Este juego em el que se adquiere y pierde hegemonía de llama política*”. (CORREAS, 1994, p.239).

Em vista dessa concepção doutrinária é que se pode observar, com base na distinção entre eficácia e efetividade, um alto grau de efetividade na correspondência entre a conduta descrita e a norma a ser seguida e nula eficácia com relação ao efetivo poder de produção do discurso, ou, inversamente, um baixo grau de efetividade e plena eficácia do discurso político produzido.

2.2 A doutrina de Marcelo Neves

Prossegue-se agora na apreciação das principais ideias de Marcelo Neves (2007) sobre a distinção entre eficácia e efetividade. De início, o jurista pernambucano apresenta a posição de Vilhelm Aubert a respeito das funções sociais manifestas e latentes da legislação, para referenciar o seu estudo sobre a *constituição simbólica*, assinalando que: “A legislação simbólica teria, então, efeitos sociais latentes, em muitos casos bem mais relevantes do que os ‘efeitos manifestos’ que lhe faltaram.” (NEVES, 2007, p. 42).

Com efeito, Marcelo Neves (2007) inicia a problematização da diferença entre o conceito de eficácia e efetividade, a saber: “[...] a utilização indiscriminada dos termos ‘eficácia’ e ‘efetividade’ em relação à legislação simbólica pode embaraçar a compreensão de quais os seus efeitos específicos. Além do mais, há efeitos latentes que não importam à função simbólica da lei.” (NEVES, 2007, p. 42-43)

Primeiramente, Marcelo Neves trata da distinção entre a eficácia no sentido *jurídico-dogmático*, assim denominada por ele, da eficácia em sentido sociológico.

No primeiro caso, o autor alude à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma jurídica, cuja problemática é se: “[...] a norma preencheu as condições intra-sistêmicas para produzir seus efeitos jurídicos específicos”. (NEVES, 2007, p. 43)

No segundo caso, Marcelo Neves vai denominar a eficácia em seu sentido empírico, real ou sociológico, compreendendo-a no que diz respeito à conformidade das condutas dos

⁵ O conceito de hegemonia de Antonio Gramsci segundo Carlos Nelson Coutinho é abstraído do seguinte período: “A hegemonia se materializa na criação dessa vontade coletiva, motor de um ‘bloco histórico’ que articula diferentes grupos sociais, todos eles capazes de operar, em maior ou menor medida, o ‘movimento catártico’ de superação de seus interesses meramente ‘econômico-corporativos’ em função da criação ‘ético-política’ universalizadora. Essa passagem ‘catártica’ do particular para o universal, porém, não se dá em Gramsci, ao contrário de Rousseau, através da repressão da vontade singular, mas sim, tal como em Hegel, mediante uma superação dialética na qual o ‘ético-político’, a vontade coletiva, conserva e *eleva a nível superior* os múltiplos interesses singulares e particulares dos diversos e plurais componentes do ‘bloco histórico’. Mas é como se, em Gramsci, a eticidade – aquilo que empresta conteúdo concreto à vontade geral ou coletiva, superando a abstratividade moralizante que é própria da concepção rousseauiana – fosse também ela resultado de um contrato, de uma livre negociação intersubjetiva, e não, como pensava Hegel, do movimento necessário e impessoal de um ‘espírito objetivo’, nem tampouco, como imaginam muitos marxistas vulgares, de férreas e fetichizadas ‘leis históricas’ de base econômica. Desse modo, se Gramsci retém de Hegel a noção de eticidade (que nele ganha os nomes de hegemonia e de ‘ético-político’), retém ao mesmo tempo de Rousseau a concepção política como contrato, como formação intersubjetiva de uma vontade geral (que nele ganha o nome de ‘vontade coletiva nacional-popular’).” COUTINHO, Carlos Nelson. **Marxismo e política**: a dualidade de poderes e outros ensaios. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1996, p.140.

destinatários à norma, cuja questão é: “[...] se a norma foi realmente ‘observada’, ‘aplicada’, ‘executada’ (imposta) ou ‘usada’.” (NEVES, 2007, p. 43)

Com isso, o autor vai dizer que eficácia: “[...] pode decorrer, conseqüentemente, seja da observância da lei ou de sua imposição” (NEVES, 2007, p. 44). Ou ainda, na sua forma negativa, como quer o jurista: “A ineficácia só se configura, por conseguinte, na hipótese de não ocorrer nenhuma das duas alternativas de concreção da norma legal [...]” (NEVES, 2007, p. 45).

Marcelo Neves avalia também que: “A consonância entre produção e aplicação de normas gerais não é suficiente, portanto, para que se caracterize a eficácia do direito: a falta de observância ou de execução (em sentido estrito) poderá, também, nesse caso, quebrar a cadeia da concretização normativa.” (NEVES, 2007, p. 46).

Efetividade, para Marcelo Neves, refere-se: “[...] à implementação do ‘programa finalístico’ que orientou a atividade legislativa, isto é, à concretização do vínculo ‘meio-fim’ que decorre abstratamente do texto legal”. (NEVES, 2007, p. 48).

Já a eficácia, para o jurista pernambucano: “[...] diz respeito à realização do ‘programa condicional’, ou seja, à concreção do vínculo ‘se-então’ abstrata e hipoteticamente previsto na norma legal” (NEVES, 2007, p. 46-47).⁶

Destarte, Marcelo Neves vê a efetividade, quanto aos fins das normas jurídicas, em efetiva ou inefetiva ou ainda em antiefetiva em sua atuação ((NEVES, 2007, p. 48)). E explica o autor que:

Uma lei destinada a combater a inflação, por exemplo, será *efetiva* quando a inflação for reduzida relevantemente por força de sua *eficácia* (observância, aplicação, execução, uso). Entretanto, o vínculo “se-então” previsto abstratamente em uma lei antiinflacionária pode estar sendo regularmente concretizado nas relações sociais, sem que haja nenhuma modificação significativa no aumento dos preços; tem-se, portanto, eficácia sem efetividade [o que Marcelo Neves vai chamar de *inefetividade*]. (NEVES, 2007, p. 48)

Com isso, o autor conjectura a existência de uma legislação anti-inflacionária intensamente eficaz, mas que, no entanto, provoque uma relevante alta de preços, importando em antiefetividade (NEVES, 2007, p. 48).⁷

3 O problema da eficácia da ação popular constitucional

Objetivando a análise das distinções elaboradas por Óscar Correias e por Marcelo Neves, deve iniciar-se pelo ponto em comum dessas duas doutrinas.

Com efeito, Óscar Correias vai chamar de efetividade o que comumente se chama de eficácia, ao passo que Marcelo Neves mantém a nomenclatura usual de eficácia.

Ambos, porém, empregam à expressão o significado social para essa instância de validade da norma jurídica.⁸

Agora, com relação à eficácia, para Óscar Correias, refere-se à produção do discurso político que se insere no texto normativo. Para Marcelo Neves, a eficácia, que na sua doutrina é denominada de efetividade, é uma relação “meio-fim” por decorrência do texto legal, como visto anteriormente.

⁶ Marcelo Neves registra: “Capella (1968, p.105) e Jeammaud (1983, p.53s.) utilizam os termos ‘efetividade’ e ‘eficácia’ em sentido inverso ao que utilizo no presente trabalho, mas tratam do mesmo problema”. Ibid., 2007, p.47.

⁷ Marcelo Neves afirma ainda: “[...] quero advertir que tanto ‘eficácia’ quanto ‘efetividade’ são conceitos relativos, graduais. Nos casos, porém, em que a ineficácia e a inefetividade atingem um grau muito elevado, implicando que as expectativas normativas das pessoas e dos órgãos estatais, de uma forma generalizada não se orientem pelos dispositivos legais, encontramos-nos diante da falta de vigência social da lei ou de carência de normatividade do texto legal [...]”. Ibid., 2007, p.48.

⁸ Para leitura sobre as instâncias de validade da norma jurídica, vide o capítulo: “Legitimidade da norma jurídica”, em VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.236-272. e “Da validade da norma jurídica”, em REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p.105-116.

A diferença está que na primeira concepção doutrinária, a terminologia está compreendida na doutrina político-sociológica e a segunda se insere na interpretação teleológica da norma jurídica.

Entende-se neste estudo dissertativo, que a estrutura “meio-fim” de Marcelo Neves, através de um esforço hermenêutico intrassistêmico, não traduz uma distinção metódica decisiva para o conceito de efetividade.

É que tal exegese pela estrutura finalística da norma é incapaz de responder ao problema que transcende à ordem positiva, qual seja, a legitimidade, porque afasta a tensão que deve existir entre a hegemonia estatal e a hegemonia civil na produção político-jurídica das normas jurídicas.

Leia-se aqui hegemonia, no âmbito das posições ideológicas, como o consenso entre a classe dirigente e a aceitação da classe dirigida pela produção de normas jurídicas do Estado, segundo Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino, com base na doutrina de Antonio Gramsci.^{9 10}

Com efeito, a eficácia, na doutrina de Óscar Correias, não é mera instância de validade social da norma jurídica, vale dizer, acatamento da norma pela sociedade, mas o processo político de quem produz a norma jurídica, que tanto pode ser o processo de hegemonia estatal, quanto o processo de hegemonia civil.

Para Marcelo Neves, o papel político realizado pela norma jurídica chama-se efetividade, cuja compreensão se dá por quem se utiliza do poder para alcançar os fins expressos pela norma jurídica.

Por isso a diferença fundamental da eficácia de Óscar Correias e da efetividade de Marcelo Neves é que para este a efetividade é uma convenção política da hegemonia estatal, e por assim dizer, sem legitimidade, para aquele, a eficácia é processo dialético da hegemonia estatal e da hegemonia civil.

O problema é que a tensão entre o processo de hegemonia estatal e o processo de hegemonia civil vai refletir-se na existência entre o Estado e a sociedade civil, com fundamento no princípio democrático decisivamente estabelecido nas Constituições democráticas, a exemplo da Constituição de 1988, como bem observa Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz:

Com a soberania popular erigida ao nível de princípio fundamental de legitimidade do poder, uma vez positivada na Constituição, a idéia de representação política procedimentaliza essa pedra fundamental do sistema político-jurídico. A limitação do poder se dá numa estrutura jurídica de caráter universal e exigível, não mais dependendo da vontade de quem temporariamente o exerce. A legitimidade do poder e, o seu correlato, a limitação do seu exercício, referidos ao princípio constitucional da soberania popular, situam a obrigação político-jurídica não como exigência moral, um dever moral do governante, mas como uma exigência universal posta na lei fundamental do Estado e da Sociedade. (DINIZ, 2006. p. 313).

Mas, então, deve-se questionar se o problema da eficácia para Óscar Correias passa a ser o problema da legitimidade da norma jurídica. Entende-se que não, uma vez que tanto a eficácia

⁹ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 13.ed. Trad. Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mónaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cacaís. Brasília: UNB, 2007, v.1, p.580.

¹⁰ Com isso assinalam os autores: “Seguindo o caminho indicado por Gramsci, o debate acerca da Hegemonia continuou até os nossos dias, definindo melhor o conceito e enriquecendo-o de novas particularidades. Alguns estudiosos marxistas, especialmente Nicos Poulantzas, defenderam a importância de uma função hegemônica no seio do próprio bloco que detém o poder, destinada a regular as contradições existentes entre as diversas classes e frações de classe que o compõem. A Hegemonia de uma classe ou fração sobre as demais que compõem o bloco do poder dominante faz com que cada uma renuncie aos seus interesses imediatos, interesses econômico-corporativos, em benefício do comum interesse político pela exploração e domínio das classes subalternas. A Hegemonia atua como princípio de unificação dos grupos dominantes e, ao mesmo tempo, como princípio de disfarce do domínio de classe. Simetricamente, no bloco revolucionário entendido como unidade contraditória entre classes dominadas, a Hegemonia indica a transformação política, para além de todo particularismo e corporativismo, do interesse da classe operária em interesse geral de todos os explorados”. Ibid., 2007, p.581.

quanto à legitimidade operam sob a observação da norma jurídica pela sociedade. Ocorre que a legitimidade cuida do aspecto político da norma jurídica, ao passo que a eficácia assinala o seu aspecto jurídico-político.

Veja-se que a eficácia é instância de validade da norma jurídica, como evidencia Arnaldo Vasconcelos: “O que se espera da eficácia é o resultado, que se mede pela constância com que a norma é seguida e realizada”. (VASCONCELOS, 2006, p. 241) Enquanto a legitimidade é instância de valor da norma jurídica, ainda na verve do jurista cearense: “Verifica-se a preeminência do fator político sobre o jurídico, colocando-se a legitimidade por cima da justiça”. (VASCONCELOS, 2006, p. 247)

Ora, o chamado processo estatal de hegemonia comporta as diversidades que espelham a sociedade, com isso, surge o processo civil de hegemonia que vai produzir a tensão entre o interesse estatal e o interesse da sociedade pluralista politicamente, produzindo, portanto, ações políticas diversificadas, mas que estariam dicotomizadas pelo produtor do discurso estatal e pelo produtor do discurso civil.

É bem verdade como se verá nas páginas seguintes que o processo estatal de hegemonia nem sempre se coaduna com o discurso do processo civil de hegemonia. Ocorre que para a tensão de hegemonias e contra-hegemonias, importará o consenso que porventura venha esclarecer qual processo resguarda o melhor propósito para o interesse social.

É a extensão do Estado, que Antonio Gramsci vai a chamar de sociedade civil e a dialética da *opinião pública*.¹¹ Com isso, o autor peninsular vai estabelecer o mérito da opinião pública: “o ponto de contato entre a sociedade civil e a sociedade política, entre o consenso e a força. O Estado, quando quer iniciar uma ação pouco popular, cria preventivamente a opinião pública adequada, ou seja, organiza e centraliza certos elementos da sociedade civil” (GRAMSCI, 2000, p. 265).

Afinal, por que a ação popular se insere no discurso de hegemonias e contra-hegemonias? Isso acontece porque a garantia da ação popular constitucional manifesta uma dimensão democrática que se realiza justamente na tensão entre o interesse público primário e o interesse público secundário.¹²

Como se verá a seguir, pode-se observar claramente a tensão que ocorre entre o processo de hegemonia civil, por intermédio do cidadão, legitimado para postular em juízo a defesa do interesse social, em face do processo de hegemonia estatal, por ato de autoridade na relação jurídica processual.

¹¹ Assim define a sociedade civil Costilla, sob a égide gramsciana: “1) um espaço social ‘público’ de grande liberdade privada: trama privada do estado, espaço ‘privado’ das relações sociais e, espaço social público onde se desenvolve a vida ativa e atuante dos indivíduos; 2) espaço ideológico de confrontação e luta: em que as ideologias, transformadas em ‘partidos’ (isto é, concepções de mundo, programas de idéias e orientações políticas nacionais e sociais diferentes), entram em confronto e lutam entre si; 3) plano ou fenômeno onde prevalece e se impõe uma dada unicidade dos fins econômicos e políticos, uma das ideologias-partido tende a prevalecer, deve se impor em toda a área social, determinando a unicidade intelectual e moral, além da unicidade dos fins econômicos e políticos; 4) plano do universal: lugar onde as questões se põem num plano relacionado com todas as energias nacionais, e 5) expressão de hegemonia de um grupo social fundamental sobre uma série de grupos determinados.” COSTILLA, Lucio Olivier. Um Gramsci para o século XXI. In: GRAMSCI: Interpretações e atualizações de um pensamento. **Revista de Ciências Sociais**, Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, v. 35, n.2, p. 126, 2004.

¹² Sobre a diferença entre interesse público primário e interesse público secundário assinala Celso Antônio Bandeira de Mello: “Interesse público ou primário é o pertinente à sociedade como um todo e só ele pode ser validamente objetivado, pois este é o interesse que a lei consagra e entrega à compita do Estado como representante do corpo social. Interesse secundário é aquele que atina tão-só ao aparelho estatal enquanto entidade personalizada e que por isso mesmo pode lhe ser referido e nele encarna-se pelo simples fato de ser pessoa.” MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 57-58.

4 Ação popular, eficácia e democracia

Seguindo a concepção ideológica defendida por Óscar Correias, pode-se compreender a eficácia como manifestação do exercício democrático e, com isso, a ação popular constitucional manifesta os contornos expressos de instrumento a serviço da democracia.

O advento da democracia moderna é a questão da pluralidade, como informa Simone Goyard-Fabre: “Por intermédio do pluralismo, cada um pode reconhecer sua diferença e sua liberdade; tem então o sentimento de se engajar de maneira responsável na vida da cidade e, em troca, espera do estado que ele se ponha a serviço dos direitos individuais e coletivos” (GOYARD-FABRE, 2003, p.342.).

Uma definição mínima de democracia na vida contemporânea é a que oferece Norberto Bobbio, a saber: “o de considerá-la caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem *quem* está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais *procedimentos*” (BOBBIO, 1989, p. 18).

Entretanto, para que não se veja aí também uma definição autocrática, o próprio autor vai desenvolver seu pensamento no sentido de que não é qualquer decisão coletiva que a faria democrática, a pretexto de marginalizar a pluralidade de grupos dentro de um Estado. Por isso, assinala ainda Norberto Bobbio (1989): “[...] é preciso que aqueles que são chamados a decidir sejam colocados diante de alternativas reais e postos em condição de poder escolher entre uma e outra.” (BOBBIO, 1989, p. 20). Além disso, assevera o autor: “[...] não apenas exerce o poder *sub lege*, mas o exerce dentro de limites derivados do reconhecimento constitucional dos direitos ‘invioláveis’ do indivíduo”. (BOBBIO, 1989, p. 20).

Também aí está a política. É bem verdade que política tem um objeto polissêmico e por isso demanda uma pluralidade de objetos de estudos. Não se tem por meta realizar aqui um ensaio sobre a semântica da palavra, mas é inegável que o sentido mais frequente que se atribui à política é o de *poder*.

Com isso, desde os gregos da antiguidade, ficou proclamado o ser humano como ser político, o qual tem condição natural de vida na *polis*, vale dizer, tratou-se de firmar a índole humanista de que o homem, ao que observa Arnaldo Vasconcelos: “E é assim porque a Política constitui uma das dimensões mais dignificantes da condição do ser humano” (VASCONCELOS, 2003, p.148)

É o que confirma Battista Mondin: “Sociabilidade e politicidade são duas dimensões fundamentais do ser humano. Já Aristóteles dizia: ‘O homem é, por natureza, animal político’ (e, então, também sociável). Quem, por natureza, não possui estado, é superior ou mesmo inferior ao homem, quer dizer: ou é Deus ou mesmo animal” (MONDIN, 1980, p.159). Com efeito, o ser humano emana a exigência que lhe é própria de relacionar-se e sente o sentimento particular quando consegue realizar essa sua disposição (MONDIN, 1980, p.159).

A política está na essência da criatura, o ser humano não conhece a si mesmo senão através do outro e política faz-se tão somente entre pessoas, pois é uma qualidade inerente ao ser humano.

É o que diz Hannah Arendt em outros termos: “[...] o homem é a-político. A política surge no *entre-os-homens*; portanto, totalmente *fora* dos homens. Por conseguinte, não existe nenhuma substância política original. A política surge no intra-espaco e se estabelece como relação.” (ARENDRT, 1998, p.23). Por isso conclui a autora: “A política baseia-se na pluralidade dos homens” (ARENDRT, 1998, p.21).

Já se vê que a política pressupõe a potencialidade intrínseca para a natureza humana e a relaciona à intersubjetividade, estratificando-se socialmente como objeto de estudo e comporta, por último, uma integração com o direito, a saber, o poder que interfere nas instituições de direito.

Um dos fundamentos essenciais da democracia é o veículo entre povo e poder, de cuja relação decorrem as três formas distintas de democracia: a direta, em que o povo por meios mediatos legisla, administra e julga; a indireta, na qual o povo transfere as funções do governo aos seus representantes eleitos; e a semidireta, na qual existe a junção da democracia representativa com a participativa através de instrumentos de participação direta, como o plebiscito, dentre outros.

A democracia como a que se apresenta no Brasil, é objeto de muitas críticas pelo fato de não haver a real identidade entre o povo e o representante eleito no que tange à manifestação de vontade daquele. A distância entre a vontade popular e as ações governamentais é intensificada

pela ausência de prestação de contas dos representantes em relação aos seus eleitores, pelo manifesto desinteresse por parte dos representantes do povo. De toda sorte, com a abertura política do País, a democracia apresenta esforços para a sua consolidação, a exemplo da projeção cidadã, como titular de direitos e garantias, dentre eles o exercício da ação popular constitucional.

Toda dúvida acerca da ação popular constitucional e sua articulação enquanto mecanismo da democracia é pautada na incredulidade histórica que se deve ao instituto, se é ou não eficaz. Ocorre que tal questionamento se dá na descrença social, porquanto, do ponto de vista sistêmico o instituto oferece condições para isso, já pela sua validade formal, já pela material, por ser uma garantia fundamental da Constituição brasileira.

É soberano o povo para, no exercício da cidadania, utilizar o mecanismo da ação popular para os fins a que o instituto prevê, e, é exatamente nesta ordem que se pode fundamentar formalmente o princípio da soberania popular no parágrafo único do art. 1º do texto constitucional: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”, que tem por fundamento o Estado Democrático de Direito; no dispositivo 1º, II: “a cidadania”, e por último, o instrumento que se tem por objeto, dentre as garantias fundamentais do art. 5º, 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 [...]”.

Com efeito, é no plano positivo que a validade formal da ação popular se expressa, entretanto, materialmente, a garantia apresenta o fundamento político de controle dos atos públicos. Assim é que José Afonso da Silva afirma: “A doutrina reconhece, quase sem discrepância, que a ação popular é um instrumento de natureza política e essencialmente democrático” (SILVA, 2007, p.83).

José Afonso da Silva, segundo o verbete “Azione Popolare” de Enciclopédia Italiana: “Mediante tal instituto atua-se na forma de participação do cidadão na vida pública. Essa participação importa numa derrogação do princípio, segundo o qual o exercício dos direitos cabe ao sujeito que lhe é titular ou a quem o represente” (SILVA, 2007, p.84).

Todavia, José Afonso da Silva vai dizer que a segunda parte da citação contém equívoco irreduzível, ao afirmar que a titularidade é do povo e o cidadão não a derroga; só isso, assinala o autor, é bastante para demonstrar que é exercida pelo próprio titular do poder que a fundamenta (SILVA, 2007, p.84). Assim, a ação popular é instrumento da soberania do povo, que, ordinariamente, é exercido por meio de representação popular.

Com efeito, do ponto de vista substancial, há eficácia do instituto da ação popular constitucional? Nesse sentido afirmam Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega e Sérgio Augusto Frederico: “Entende-se por democracia substancial, distinguindo-a da formal, aquela que faz referência prevalentemente a conteúdos preconizados pelos ideais da tradição do pensamento democrático – o igualitarismo e a participação” (TARREGA, 2006, p.301-341).¹³

Na concepção de Ana Paula de Barcellos, a relação entre o controle das políticas públicas e a participação da sociedade civil é compreendida por princípios democráticos em uma área nuclear e uma área não nuclear, a partir de dois círculos concêntricos. Assim, o círculo interior corresponderá a um núcleo de efeitos mínimos que se tornam *determinados* na medida em que decorrem de forma consensual do sentido elementar do princípio democrático. O espaço intermediário entre o círculo interno e o externo será o espaço de expansão do princípio reservado à deliberação democrática; esta é que definirá o sentido, dentre os vários possíveis em uma sociedade pluralista, que se atribuirá ao princípio a partir de seu núcleo. (BARCELLOS, 2006, p.46).

O problema surge quando determinado grupo político age em razão de interesses econômicos e/ou partidários com interesses manifestamente particularizados em prejuízo dos interesses sociais, o que significa verdadeiro engessamento do processo de hegemonias e contra-hegemonias, em outras palavras, um verdadeiro desprestígio do processo democrático.

¹³ Vejamos ainda em Tarrega e Frederico: “Adverte Bobbio que ao longo da história da teoria democrática se entrecruzam motivos de métodos e motivos ideais, fundidos na concepção maior em que a democracia de valor enquanto ideal igualitário se realiza somente na formação da vontade geral – democracia como método. Ambos, portanto, historicamente legítimos. A democracia que se busca precisa de ideais e de instrumentos para a sua concretização.” TARREGA, M.C.V.B; FREDERICO, S.A., op.cit., 2006, p.305.

Assim, a legitimidade eleva a questão da democracia, partindo-se do princípio de que a legitimidade assegura o reconhecimento da autoridade que detém o poder, juntamente com o reconhecimento do processo pelo qual esse poder se manifesta, ao que se pode entender a preponderância do fator político sobre o jurídico.

Por isso é que Carlos Nelson Coutinho, a partir de uma leitura da hegemonia gramsciana, evidencia que “a obrigação política se funda na aceitação consensual, por governantes e governados, de um mínimo de regras e valores coletivamente partilhados” (COUTINHO, 1994, p.140).

Essa é a questão contra a qual se insurgem inúmeras ações populares, com o objetivo de corrigir os desvios de poder ou de finalidade a que devem ser levados os atos da administração pública.

Para fins exemplificativos de como a ação popular manifesta-se como um dos instrumentos para a reconstrução da democracia brasileira, remete-se a recente julgado pelo Supremo Tribunal Federal em Recurso Extraordinário 479.887-5 do Rio de Janeiro (BRASIL, 2007. Ementário 2296-3).

No ano de 1979, o então advogado Walter do Amaral, atualmente desembargador do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, propôs ação popular em face de Paulo Salim Maluf, Petróleo Brasileiro S/A (PETROBRÁS), PAULIPETRO – Consórcio CESP (Companhia Energética do Estado de São Paulo) e IPT (Instituto de Pesquisas Tecnológicas do Estado de São Paulo), dentre outros tantos. (ATHAYDE, 2008. p.30).

Depois de quase 28 anos, o Supremo Tribunal Federal condenou o ex-governador e outros cinco réus a indenizar o Estado de São Paulo em 4,3 bilhões de reais (ATHAYDE, 2008. p.30). Na ementa do acórdão pode-se ler:

É nulo de pleno direito o contrato supracitado, porquanto o negócio premeditado, engendrado e, afinal, realizado pelo Estado de São Paulo visando a exploração de Petróleo na Bacia do Paraná, e que lhe deu colossal prejuízo sobre ter sido efetivado com evidente atentado a moralidade administrativa, decorre de ato administrativo, em que falta, um a um, todos os elementos para a sua caracterização, já que praticado a) com desvio de finalidade; b) adotando forma imprópria, pois não prevista em lei; c) praticado por agente incapaz; d) sem competência; e) faltando ainda o consentimento do Estado visto só ser tido como tal quando manifestado nos limites estabelecidos pela lei. Ação popular. Procedência. (BRASIL. REExt. 479.887-5/RJ, 2007, p.5-6)

Para o Ministério Público, trata-se do maior escândalo da exploração do petróleo no Brasil, posto que, com o objetivo de explorar petróleo e gás natural no estado de São Paulo, a PAULIPETRO foi criada a partir de um convênio com a CESP e o IPT, e firmado contrato de alto risco com a PETROBRÁS, projeto que esta última já havia tentado e desistiu, prevendo o malogro do empreendimento, que os demais prosseguiram com acentuado desvio da melhor administração pública (ATHAYDE, 2008. p.30).

O que se pode observar em tal caso é a iniciativa de um cidadão, que muito embora causídico, travava em tempos difíceis da democracia no Brasil, com o propósito de zelar pela moralidade administrativa por meio de ação popular constitucional e em oposição a grupo reconhecido por obras faraônicas, que tinha como subterfúgio a exploração da coisa pública em total imoralidade.

Outro caso importante, com manifesta lesão ao erário público, pode-se evidenciar em Recurso Extraordinário nº 208.114-1, e cuja ementa do instrumento do Supremo Tribunal Federal sintetiza: “Ação popular. Publicação custeada pela Prefeitura de São Paulo. Ausência de conteúdo educativo, informativo ou orientação social que tivesse como alvo a utilidade da população, de modo a não se ter o acórdão recorrido como ofensivo ao §1º do art. 37 da CF”. (BRASIL. STF. REExt 208.114-1/SP, 2000, p.3-4).

Em síntese, a ação popular se contextualiza em certa nota do município de São Paulo divulgada pela imprensa; tida como necessária e útil para informação da comunidade, sem vinculação a interesses pessoais da Prefeita de São Paulo, à época a Sra. Luiza Erundina. A nota fora veiculada em diversos jornais da Capital, com título: “A greve geral e a Prefeitura”, tecendo

comentários sobre a posição do governo municipal com relação ao movimento paredista ocorrido nos dias 14 e 15 de março de 1989.

Com aparência de ato discricionário da Administração Pública, deixava entrever finalidades diversas de simples teor educativo, ao declarar que ela e seu secretariado não se intimidavam diante de acusações infundadas e ameaças de represálias políticas e jurídicas, e expunham ainda o seu apoio político à greve, de acordo com as diretrizes do Partido dos Trabalhadores (PT), sobretudo, porque agiam em cumprimento do mandato recebido nas urnas, entre outras tantas, teciam críticas sobre os efeitos desastrosos da política econômica do Governo Federal. (BRASIL. STF. REextr 208.114-1/SP., 2000, p.3-4).

No entendimento do Ministério Público, afirmou-se nada obstar que a ré ou qualquer partido político se manifestasse a respeito da greve geral desde que o resultante exercício do poder ficasse condicionado ao interesse público e dele não se afastasse sob pena de contaminação do ato por desvio de finalidade, cuja previsão se encontra no art. 2º “e” e parágrafo único “e”, da Lei da Ação Popular 4.717, de 29/6/65 (BRASIL. STF. REextr 208.114-1/SP., op.cit., 2000, p.5)

Nesse sentido, Ana Paula de Barcellos (2006) vai tratar de uma grave e legítima preocupação em limitar juridicamente o ímpeto arrecadador do Estado, embora não se veja preocupação equivalente com o que o Estado fará, afinal, com os recursos arrecadados, que não são fenômenos pontuais e isolados na Administração Pública brasileira, a exemplo de desperdício e ineficiência, precariedade de serviços indispensáveis à promoção de direitos fundamentais básicos, como educação e saúde, e sua convivência com vultosos gastos em rubricas, como publicidade governamental e comunicação social, prioridades incompatíveis com a Constituição (BARCELLOS, 2006, p.44).

Por fim, manteve-se a decisão de 1º grau preservada que, acolhendo a ação popular, declarou inválido o ato administrativo impugnado, condenando a Sra. Prefeita do Município de São Paulo a repor aos cofres públicos a importância paga com as publicações referidas na inicial e demais custas judiciais e honorários advocatícios. (BRASIL. STF. REextr 208.114-1/SP., op.cit., 2000, p.2).

Nesses dois últimos casos, seguindo a corrente defendida por Óscar Correias, pode-se evidenciar um baixo grau de eficácia da ação popular constitucional, porque, ao garantir-se a efetividade do instituto popular com a obediência à norma prevista na garantia, o mesmo não se pode afirmar por eficácia, uma vez que o discurso político previsto na ação popular não é alcançado com o êxito de uma administração condizente com os ditames da moralidade pública.

Com efeito, o instrumento é uma garantia que permite fiscalizar a atuação dos dirigentes, servidores, agentes e representantes públicos, cujo instrumento legitima o direito de qualquer cidadão pleitear para si a proteção de um interesse metaindividual, de tal sorte que a ação popular é uma garantia política que se inclui na cidadania e que se adjetiva, bem afirmado por Ricardo Lobo Torres, como *cidadania democrática*, e, que por sua vez, está intimamente ligada à liberdade política (TORRES, 2001, p.269).

A ação popular é, enfim, um mecanismo da democracia, mais ainda de uma democracia qualificada, em cuja reserva do poder social se reconhece a legitimidade de controle e correção pelo poder do povo, sob as condições da ordem democrática poliárquica que se fundam em expediente de caráter constitucional, baseadas no procedimento de certas regras fundamentais.^{14 15}

¹⁴ Para Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega e Sérgio Augusto Frederico: “A plenificação da democracia é assegurada pela idéia de que, o povo, ao transferir para outros o poder originário de fazer as leis, conserva o poder de criar o direito através da tradição e de intervir na gestão da coisa pública, diretamente ou pelo controle dos atos praticados pelo poder público. A titularidade de poder conferida aos representantes legítima a ação política, mas a possibilidade substancial de pressupor o direito conserva-se com o povo. Essa reserva de poderes legitima a participação política do cidadão nas decisões e no controle delas”. TARREGA, M.C.V.B.; FREDERICO, S.A., op.cit., 2006, p.304.

¹⁵ Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega e Sérgio Augusto Frederico assinalam: “A democracia poliárquica significa um avanço no contexto de democracias tradicionais sobretudo porque ultrapassa os limites dos direitos e garantias constitucionalmente assegurados e estabelece fundamentos pré-constitucionais para a participação popular na tomada e no controle das decisões públicas.” TARREGA, M.C.V.B; FREDERICO, S.A., op.cit., 2006, p.306.

Em suma, é o que se pode ver na construção democrática da garantia da ação popular, vale dizer, sobre o esforço para enfrentar a atuação dos que malferem a administração pública e dos problemas que temerizam o direito à prestação jurisdicional espelhando a sorte reacionária ao máximo. Nessa hora é que o cidadão se retrai com insatisfação ou mesmo teme a atuação dos grupos que detêm o poder sobre as instituições sociais, vale dizer, no que se refere às políticas públicas em detrimento da ordem social cidadã. Cidadania esta que tem por fim o zelo pelo bem comum, a igualdade e a justiça.

5 Conclusão

A ação popular firma-se na ordem constitucional como mecanismo de que se serve o cidadão para o controle dos atos de gestão pública, tendo por objeto a proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa, do meio ambiente e da ordem econômica.

A garantia é insculpida no art. 5º., LXXIII, da Constituição brasileira de 1988 e tem natureza jurídico-política existente na tensão entre o interesse público primário e o interesse público secundário.

A Constituição de 1988 enuncia no art.1º., parágrafo único, combinado com o dispositivo previsto na garantia fundamental, as premissas do Estado Democrático para a eficácia da ação popular, seja no que concerne à participação cidadã no contexto da abertura política e redemocratização do País, seja no alargamento de seu objeto de atuação, com a justiciabilidade da garantia fundamental e a vigilância do cidadão-eleitor.

Sobre a eficácia adotou-se a posição doutrinária de Óscar Correias. Para o autor, embora a norma seja obedecida pelo meio social, haverá sempre uma comunicação entre o destinatário e o produtor da norma jurídica, com ênfase no discurso político de hegemônicas e contra-hegemônicas, o que chama de eficácia.

Pode-se evidenciar um baixo grau de eficácia da ação popular constitucional, de vez que se garante a efetividade do instituto popular com a obediência à norma prevista na ação popular, porém o discurso político previsto na ação popular não é alcançado com o processo de uma administração proba.

Com isso a Lei 4.717, de 1967, é um bom instrumento para a exercício democrático, vale dizer, encontram-se no instituto os mecanismos para que o cidadão faça controle da coisa pública. A ação popular implica na perspectiva do interesse público primário sob o *status activae civitatis* e *in processu*, no amadurecimento para uma autocrítica social e descentralizadora, promovendo-se a construção da realidade social sob paradigmas jurídicos pluralistas.

Historicamente, viu-se o alargamento do objeto de incidência da ação popular, mas do ponto de vista fático não se evidenciaram as devidas condições para que o cidadão venha a exercê-la sem a descrença de um resultado indiferente aos reclames da cidadania, e isso não a torna eficaz, porquanto o produtor do discurso político não se preocupou em destacar a vulnerabilidade em que se encontra o cidadão quando venha a exercer a fiscalização da administração pública. Para tanto, a Lei de ação popular pode ser aperfeiçoada, no sentido de que ela possibilite ao cidadão equilíbrio de forças em face da instituições legitimadas passivas para o mister da garantia constitucional.

No exercício da democracia, através da ação popular constitucional, o interesse público secundário tem encontrado mais força do que o interesse público primário. É certo, porém, que ação popular tem contribuído para a vida democrática, ainda que a passos curtos, e a ausência desse instrumento enfraqueceria os interesses da democracia cidadã.

Referências

- ATHAYDE, Phydia. Cidadão persistente: Perfil – A história de Walter do Amaral que derrotou Paulo Maluf na Justiça. **Carta Capital**, São Paulo, 19 mar. 2008. Caderno: Seu País. c.1-3. p.30-32.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Org.). **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

- BOBBIO, Norberto.. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. 4. ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.
- _____; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 13.ed. trad. Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacais e Renzo Dini; coord. Trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cacais. Brasília: UNB, 2007. v.I.
- BRASIL. STF. Supremo Tribunal Federal. Rextr. 479.887-5/RJ. Coord. de Análise da Jurisprudência. **Diário da Justiça**. Brasília, 31 jan. 2007. Ementário 2296-3. Rel. Min. Carlos Ayres Brito.
- BRASIL. STF. Supremo Tribunal Federal. REXtr 208.114-1/SP.RECURSO EXTRAORDINÁRIO 208.114-1/SP. Coord. de Análise da Jurisprudência. **Diário da Justiça**. Brasília, 25 ago. 2000. Ementário 2001-3. Rel. Min. Octávio Gallotti.
- BRASIL. STJ. Superior Tribunal de Justiça. REsp 234388/SP, 2ª T., Rel. Min. João Otávio de Noronha. **Diário Oficial**. Brasília, 1º ago. 2005, p.373.
- BRASIL. STJ. Superior Tribunal de Justiça. REsp 250593/SP, 1ª T, Rel. Min. Garcia Vieira. **Diário Oficial**. Brasília, 4 set. 2000, p.126.
- CORREAS, Oscar. **Introduccion a la sociologia jurídica**. Coyoacán: Coyoacán, 1994. (Filosofia, politica y derecho – 1).
- COSTILLA, Lucio Olivier. Um Gramsci para o século XXI. In: GRAMSCI: Interpretações e atualizações de um pensamento. **Revista de Ciências Sociais**, Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2004. v. 35, n.2, p. 110-133, 2004.
- COUTINHO, Carlos Nelson. **Marxismo e política: a dualidade de poderes e outros ensaios**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1996.
- DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **O princípio de legitimidade do poder no direito público romano: e sua efetivação no direito público moderno**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. (Coleção: Justiça e Direito).
- GRAMSCI, Antonio. **Cadernos do cárcere**. Trad. L. S. Henriques; M. A. Nogueira; C. N. Coutinho. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. v. III.
- GRAMSCI, Antonio. **Cadernos do cárcere**. Trad. L. S. Henriques; M. A. Nogueira; C. N. Coutinho. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. v. III ou V, Caderno 13, nota 16, p.35.
- MONDIN, Battista. **O homem, quem é ele?** Trad. R. Leal Ferreira e M.A.S Ferrari. 9. ed. São Paulo: Paulus, 1980.
- NEVES, Marcelo. **A constituição simbólica**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- SANCHES JÚNIOR, Antônio Roberto. Ação popular: aspectos relevantes e controvertidos. In: GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; SANTOS FILHO, Ronaldo Fenelon (Coord.). **Ação popular: aspectos relevantes e controvertidos**. São Paulo: RCS, 2006, p.3.
- SILVA, José Afonso da. **Ação popular constitucional: doutrina e processo**. 2. ed. rev. ampl. aument. São Paulo: Malheiros, 2007.
- TARREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco; FREDERICO, Sérgio Augusto. Ação popular no contexto democrático: aspectos processuais. In: GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; SANTOS FILHO, Ronaldo Fenelon (Coord.). **Ação popular: aspectos relevantes e controvertidos**. São Paulo: RCS, 2006. p.301-341.
- VASCONCELOS, Arnaldo. **Direito, humanismo e democracia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- _____. **Teoria Pura do Direito: repasse crítico de seus principais fundamentos**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.