

A AÇÃO POPULAR E O PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO

RAFAEL BIELSA

SUMÁRIO: I. *Noção geral da ação popular e a defesa do interesse geral.* II. *As "actiones populares" em Roma.* III. *O "recurso de excesso de poder" e a "ação popular" contra os atos administrativos. Exame comparativo.* IV. *A ação popular no sistema constitucional. A separação entre o poder judiciário e o poder administrativo.* V. *O poder discricionário não está isento do exame de legalidade.* VI. *O poder discricionário da administração pública e os meios de limitá-lo.* VII. *A possível propensão para o exercício irrefletido ou irresponsável da ação popular.* VIII. *Caráter jurídico e moral que a ação popular atribui ao seu autor.*

I

* A ação popular é um meio jurisdicional idôneo para defender, unido ao *interesse pessoal*, o *interesse da coletividade* referida a uma entidade pública: Nação, Estado ou Município. A concorrência de ambos os interesses não é acidental, senão necessariamente jurídica, ou seja, trata-se de uma "solidariedade de interesses", os quais podem ser de ordem econômica — ou mais precisamente "patrimonial" —,¹ de ordem moral e cívica, mas, acima de tudo, se trata sempre de interesses de ordem jurídico-política. Com a ação se pretende restabelecer o império da legalidade, quer extinguindo os atos irregulares que violam o direito, quer aplicando sanções repressivas aos autores das trans-

* NOTA DA RED.: Publicado em "La Ley", março de 1954 e traduzido por Guilherme A. dos Anjos.

1 O conceito de patrimônio do Estado deve ser tomado, nesse caso da ação popular, não apenas como sendo aquilo que propriamente pertence à entidade pública, Nação, província ou comuna, na qualidade de pessoa jurídica privada, mas, também, e com maior razão, no que se refere ao erário ou fisco que se forma com as contribuições fiscais; e dizemos com maior razão, porque essas contribuições se formam com tributos derivados do patrimônio de cada um dos contribuintes e, em tal caso, a *ação popular* se justifica ainda mais do que no caso do patrimônio da pessoa jurídica.

gressões, sejam funcionários públicos ou não. Há casos em que se move a ação principalmente contra o ato e casos em que se processa o funcionário autor do ato e outro qualquer beneficiário da irregularidade administrativa ou financeira.

A origem dessa espécie de ação é remota, pois já existia em Roma (na época da República) e aí tinha um campo de ação considerável, pois podia ser movida, não só contra os que exerciam funções públicas, senão também *cargos públicos*; além disso, com essa modalidade de ação se defendia o patrimônio da entidade pública ou erário, e também o de pessoas privadas como o pupilo prejudicado por atos de seu tutor, em cujo caso se pode dizer que esse patrimônio estava em primeiro lugar, mas, ao defendê-lo, se restabelecia a ordem jurídica alterada pelo ato irregular.

O móvel, pois, da ação popular não era apenas restabelecer a *legalidade*, mas também punir ou reprimir a *imoralidade*. E nesse duplo fim vemos a virtude dêste singular meio jurisdicional, de evidente valor educativo e cívico.

Atualmente, em certos sistemas como o francês, se defende o direito *objetivo* quanto à *legalidade da atividade administrativa* e, ainda, à sua *moralidade*, por meio de recursos contenciosos chamados de *anulação*, bem conhecidos, tais como o de *excesso de poder* e o de *desvio de poder*, que, na realidade, é uma forma derivada do anterior, muito embora possa ter maior âmbito de aplicação. Isso explica que a atual ação popular proceda nos casos em que procede o recurso de desvio de poder. Assim se considera no projeto apresentado pelo deputado Professor Bilac Pinto, no Congresso Nacional do Brasil. Nesse notável projeto se institui um regime orgânico e completo, bem inspirado e que se fôr convertido em lei, como é lógico esperar, elevará bastante o espírito cívico da parte consciente e responsável do povo, e contribuirá para o saneamento moral da administração pública nas três ordens: a da União, a dos Estados, e a dos Municípios.²

A ação popular é educativa, como temos dito sempre,³ e o seu exercício faz do cidadão um colaborador da moralidade e da legalidade, onde mais falta faz o seu contrôlo.

Em geral — e isso se explica — a ação popular funciona nos *sistemas judiciais*, ou seja onde não existe a jurisdição contencioso-

2 O projeto consta de trinta e um artigos e se divide nas seções seguintes: Sujeitos, ativo e passivo, da ação popular; Do objeto da ação popular; Da competência; Do processo; Da sentença; Dos recursos; Disposições gerais. Oportunamente consideraremos, analiticamente, este regime legal.

3 Em nosso "*Derecho administrativo*" (4.^a ed., t. IV, p. 308, nota 8 e 3.^a ed., 623, nota 4), ao tratar dos meios jurisdicionais idôneos para impugnar os atos administrativos irregulares e defender com isso o interesse público, fazemos notar este mérito da ação popular.

No breve artigo "*Moralidad y racionalización*", em "*Tribunal de Comercio*", Rosario, julio 29 de 1953.

Ao tratar dos meios jurisdicionais idôneos para impugnar os atos administrativos irregulares e defender com isso o interesse público fazemos notar que a ação popular é uma forma de educar juridicamente o povo. Ver "*Derecho Administrativo*", 4.^a ed., t. IV, p. 308, nota 8 e 3.^a ed., t. I, p. 623, nota 4.

administrativa. Dizemos funciona, e deveríamos dizer *deve funcionar*, porque são muito poucas as legislações que instituíram a ação popular, e, ainda assim, de maneira excepcional ou parcial.

Há certa analogia substancial entre o “recurso contencioso-administrativo de anulação” do sistema francês, e a “ação popular judiciária” dos outros sistemas em que não existe a jurisdição contencioso-administrativa. Ambos os meios jurisdicionais tendem, como dissemos, a defender a legalidade em *interêsse geral*, e podem ser exercitados pelos que se interessem pela extinção dos atos administrativos irregulares.

Esse grau de *interêsse*, porém, é diferente. No recurso de anulação é necessário um *interêsse legítimo*; na ação popular basta um *interêsse simples*.

As sentenças proferidas em virtude dêsses dois meios jurisdicionais têm autoridade de coisa julgada “*erga omnes*” ou “para com todos”, no caso de declararem a nulidade ou ilegalidade dos atos impugnados. No caso, porém, de inadmissibilidade ou rejeição do recurso contencioso ou da ação popular, pode ser novamente intentada a impugnação, baseando-se o recorrente, ou o autor, em novos motivos ou em novas provas.

Conforme dissemos, a ação popular é de aplicação mais ampla e compreensiva do que o recurso contencioso de anulação. Com efeito, embora a ação se fundamente numa violação de lei — expressão genérica que abrange tôda norma de direito que o Poder administrativo deve observar ou cumprir, e inclusive, todo princípio de direito fundamental — basta que o patrimônio (ou o *erário*, segundo se deve entender) sofra um prejuízo ou os funcionários ou terceiros se enriqueçam ilícitamente, para que ela seja viável.

Mesmo quando, com o lucro ilícito dos funcionários ou de particulares, não se cause prejuízo ao patrimônio do Estado ou ao erário, viola-se, porém, a *moralidade administrativa* e corrompem-se as instituições, por exemplo, nos casos de licenças de importação ou exportação, ou cotas, etc., que, embora devam ser concedidas aos importadores, industriais, etc., sem pagamento algum, são, pelo contrário, dadas a intermediários que vendem tais licenças a quem deveriam ser concedidas inteiramente grátis, pela razão de serem os seus destinatários legais.

Advertimos que, em muitos casos em que se diz que um ato é *ilegal*, se deveria dizer, também, que é *imoral*, como tivemos ensejo de explicar em outro breve estudo.³ Em um regime de legalidade puramente *formal* pode cometer-se uma imoralidade grave, como no caso de concorrências públicas cujas bases determinem como único material aceitável aquele que somente possa ser fornecido por determinado produtor

4 Nas primeiras decisões, o Conselho de Estado não admitiu o terceiro opositor. Em 1882, admitiu-o (*Ville de Cannes*, abril 28). Dezessete anos depois, voltou à primitiva doutrina (dezembro. 8 de 1899). mas em 1912, no conhecido caso *Boussuge*, decidiu admitir o terceiro opositor, que não havia sido ouvido. Houve quem considerasse isto o reconhecimento *predominante* do direito subjetivo. Veja-se Kritter, “*La tierce opposition en droit administratif*” (Paris, 1935) ps. 43 e segts.

ou comerciante que, clandestinamente, esteja em combinação com os funcionários administrativos entre os quais é repartido o lucro ilícito.

Um ato de favoritismo partidário ou faccioso, embora não implique suborno é também atacável pela ação popular, por causa de sua ilegalidade, no sentido de que viola a igualdade perante a lei. Naturalmente êsse ato é, por si só, imoral.

Os recursos contencioso-administrativos de anulação se movem contra atos que possam não ser imorais, porém que evidentemente são ilegais, por exemplo, por vício de *incompetência, violação de formas, e violação de lei no fundo* (embora neste caso o órgão seja competente e tenham sido observadas ou cumpridas as formas). Nessas hipóteses, o recurso se baseia numa exigência jurídica de interesse geral, que é a de fazer imperar a *legalidade*; êsse recurso contencioso-administrativo não é, porém, exercido por qualquer pessoa (*cuique populo*), senão por aquêles que prova a *lesão de um interesse legítimo* como consequência do ato legal que impugna, isto é, que deve invocar um interesse *diferencial*, que não logrou alcançar a categoria de direito subjetivo, pois, então, poderia defendê-lo o recurso contencioso de plena jurisdição, que lhe permite a reparação integral dêsse direito. E aqui devemos fazer uma reflexão que o próprio sistema dêesses recursos nos sugere e que é a seguinte: a decisão proferida no recurso contencioso de anulação tem — como se viu — efeitos *erga omnes*, se o ato fôr anulado. Apesar disso, a pessoa cujo direito subjetivo é prejudicado pela anulação, e que não foi ouvida no julgamento contencioso, pode como “terceiro opositor”, debilitar a “coisa julgada”, no que lhe diz respeito. Isto equivale a reconhecer o direito subjetivo em primeiro plano, e por isso o consideramos plausível e educativo. O Conselho de Estado francês assim o decidiu, embora depois de vacilações e decisões contraditórias, que motivaram notáveis debates na doutrina mais autorizada.⁴ Viu-se nessa jurisprudência definitiva o triunfo do direito subjetivo sobre o interesse geral e até se predisse a ruína do recurso de anulação, profecia essa que redundou em equívoco.⁵

O que há de exato em tudo isto — segundo nos parece — é a índole individualista de ambos os recursos contenciosos. O interesse legítimo é algo assim como um direito subjetivo, *in fieri*, ou em estado potencial; êsse interesse deve ser pessoal e diferencial; daí resulta que nem todos aquêles que têm interesse em impugnar a ilegalidade do ato podem promover o recurso, a não ser, apenas, aquêles que têm um *interesse legítimo*. Nesse sentido, o recurso não é expressão de solidariedade. O interesse ou móvel do recorrente é mais jurídico do que cívico ou popular.

Na ação popular, pelo contrário, o grau de interesse não se qualifica, nem se mede. É um cidadão (exceto casos especiais em que não se deve exigir essa qualidade) quem impugna um ato lesivo para o interesse geral, porque êsse ato viola a lei, ou prejudica o patrimônio

⁵ Hauriou, em nota sobre este acórdão, predisse a ruína do recurso de excesso de poder. Vejam-se “*Notes d'Arrêts sur les décisions du Conseil d'État et du Tribunal des Conflits*” (Paris, 1929), t. II, ps. 413 e segts.

da entidade pública, ou implica uma imoralidade, ou restringe arbitrariamente a liberdade. O autor, então, ataca o ato para extingui-lo e tornar efetiva a responsabilidade dos transgressores e beneficiários espúrios do mesmo, sejam funcionários públicos, ou não.

O autor da ação popular é uma espécie de “cavaleiro cruzado” da legalidade e da moralidade pública. Nêle se vê uma *expressão de solidariedade* para com todos os cidadãos honestos ou animados de espírito cívico. O interesse jurídico está *em segundo plano para êle*; mas *em primeiro plano para a lei*. É a lei que exige a extinção do ato e o castigo dos culpados e, para isso, investe de um título legal todo aquêle que tenha interesse em defender a ordem jurídica tutelar da *moralidade administrativa*, do *patrimônio do Estado*, do *erário*, da *legalidade*, em suma.

O autor da ação popular não necessita invocar a lesão de um direito subjetivo, nem de um interesse legítimo, embora para êle essa lesão exista. Basta-lhe invocar sua *qualidade de cidadão*, sem interdições, para assumir a defesa da legalidade. Essa decisão é que lhe atribui um *direito subjetivo* para exercer a ação. Não é um direito subjetivo preexistente.⁶ É um direito que nasce com a decisão de exercer a ação popular.

Para a lei, aí onde nasce a iniciativa e o impulso em defesa concreta da legalidade surge uma *situação jurídica de continuidade* até lograr o fim proposto, pois a ação pode ser prosseguida por outro cidadão, se fôr abandonada pelo primeiro,⁷ como se se tratasse de uma posição de luta, de um *fortim de legalidade* contra a ilegalidade.

No regime representativo, o cidadão elege seus representantes, que se chamam também mandatários (embora mandato não seja a mesma coisa que representação). Quando o cidadão deposita seu voto, ou vota oralmente, nesse único instante é *soberano*; seu mandato não tem regime, isto é, o mandatário ou representante pode não cumprir o que prometeu em sua plataformas ou programas e o eleitor não pode anular-lhe o mandato. Isto quer dizer que para a anulação, terá que esperar por outra eleição, se não houver recurso de destituição (*recall*, entre os norte-americanos), o qual deve ser exercido coletivamente. Como invalidar os atos de seu representante, no caso de serem irregulares, desleais, ruinosos para o erário? Se não pode invocar a lesão de um direito subjetivo ou interesse legítimo, sòmente poderá fazê-lo mediante *ação popular*. Se não tem direito subjetivo *protegido* por ação, surge para êle um *direito subjetivo de exercer a ação*. Com a decisão formal de exercer a ação, nasce o seu direito. Certamente existem recursos jurisdicionais subjetivos, como o recurso de *inconstitucionalidade*, seja como ação, seja como exceção; o de amparo, o de *habeas-corpus*, etc., com função semelhante. A ação popular, porém, não requer a lesão de um direito subjetivo.

6 Cf. Fernández de Velazco, “La acción popular en el derecho administrativo”, Madrid, 1920, p. 60.

7 Art. 18 do citado projeto de Bilac Pinto.

Na ordem eleitoral, a ação popular pode ter, também, influência moralizadora. A Lei n.º 8.871, de 13 de fevereiro de 1912, chamada “Lei Sáenz Peña” (por ter sido êste grande estadista e patriota quem a projetou e aplicou, pela primeira vez, com exemplar honradez), dispunha (art. 90) que “tôdas as faltas e delitos eleitorais poderão ser denunciados por qualquer eleitor, contanto que pertença ao mesmo distrito eleitoral, sem que o demandante fique obrigado a dar fiança nem caução alguma, sem prejuízo das ações e direitos do acusado se existir má fé na acusação”.

Esta ação foi exercida em alguns casos que tiveram efeitos moralizadores; entretanto, mais por desconhecimento do que por outras causas, ela não teve a influência que se observa em épocas de corrupção por subôrno.

A propósito disso também a lei era moralizadora, porque incriminava a compra e venda de votos e o subôrno (art. 77, inc. 5.º e art. 81, inc. 7.º, respectivamente). Na lei vigente, sancionada em 1951, faltam essas disposições. Neste breve estudo empregamos com frequência a palavra *solidariedade*, aliás, consciente e deliberadamente. Entendemos que no regime liberal de nossa Constituição de 1853, nada há que seja incompatível com qualquer expressão jurídica positiva de *solidariedade na defesa do direito, da liberdade, da Nação e da economia pública e particular*.

Tal solidariedade nada tem a ver com o socialismo — doutrina política e econômica respeitável e compatível também com a constituição nos limites que ela impõe — nem com qualquer outra forma diferente do liberalismo.

A Constituição nacional é individualista — disse a Suprema Côrte — no sentido de que reconhece ao homem direitos anteriores ao Estado, e dos quais êle não pode ser privado; isto, porém, não significa que a vontade individual e o livre contrato não possam ser submetidos às exigências das leis regulamentares (*Acórdãos*, t. 179, pág. 113).

Os excessos do liberalismo têm sido a causa das críticas ao sistema; mas os excessos não criam princípios, antes os deformam, e também nós já criticamos acerbamente êsses excessos.⁸ A verdade é que não se concebe a liberdade a não ser em um *regime liberal* moderado pela ação razoável do Estado, para suprir a debilidade ou a insuficiência do indivíduo, se essa liberdade fôr motivada por causas anômalas, ou que não lhe possam ser atribuídas.

A tese da solidariedade jurídica, na defesa do direito e da liberdade, tem, precisamente, seu domínio natural no liberalismo, pois tudo aquilo que um homem faz por sua liberdade pessoal beneficia, por ação reflexa aos demais que querem essa liberdade.⁹

8 “*Reflexiones sobre sistemas politicos*” (Buenos Aires, 1944), pág. 3 e segts.

9 O economista francês Bastiat, sem dúvida o maior representante da escola liberal, cuja obra é de notável conteúdo moral e sentido jurídico, dá um tom elevado à sua doutrina, com a tese da *solidariedade*. Ele não concebe uma solidariedade segundo a qual uns vivem à custa dos outros, tornando-se o Estado um distribuidor de favores,

II

Dos povos da antigüidade — e acrescentaríamos “mais conhecida” — nenhum teve um sentido mais claro e intuitivo e uma organização jurídico-política mais completa e eficaz do que o povo romano. Povo individualista, instituiu meios jurisdicionais defensivos dos direitos individuais, não somente a respeito das instituições civis, mas também das administrativas, referidas à *ordem pública*, ao *uso público*, às *liberdades públicas* e à *moralidade das autoridades*, bem como a respeito dos que desempenhavam *funções e cargos públicos*. Esses meios jurisdicionais eram as *actiones populares*, que podiam ser intentadas por qualquer cidadão, embora não tivessem no assunto um interesse pessoal direto. Dizemos isto, porque, em princípio, tudo aquilo que interessa à coletividade interessa, também, aos elementos que a compõem, porém, a uns em maior grau do que a outros. Esse interesse varia, porém, e não pode ser assimilado, isto é, considerado equivalente ao interesse que, no direito administrativo, chamamos “legítimo”, que autoriza, a quem o tem, a promover recursos contenciosos de anulação, contra os atos administrativos eivados de irregularidade grave. A *actio popularis* em Roma se dava a quem possuía aquilo que hoje denominaríamos interesse pela causa pública, que em Roma era, a princípio, considerada como vinculada à *gens*.¹⁰

a torto e a direito, sistema acariciado pelos demagogos que nunca trabalharam e dão a uns (sem esquecer a sua parte) aquilo que tiram de outros.

Bastiat concebe uma *solidariedade de interesses*, fecunda em conseqüências morais, econômicas e políticas. Não é solidariedade sentimental de mera fraseologia, senão solidariedade refletida em defesa do direito. Veja-se o seu notável livro “*A-mônias econômicas*”, trad. espanhola da 7.^a ed. francesa, caps. XXI e XXV.

10 Veja-se: Mainz C., “*Curso de derecho romano*”, t. I, n.º 98, p. 204; § 53, IV; Willems, P., “*Le droit public romain*”, Louvain, 1872, ps. 306 e segts.; Bonfante, P., “*Istituzioni di diritto romano*”, Milano 1907, ps. 206, 116.

Ihering encontra na ação popular do direito romano uma expressão da influência que a *gens* exerceu no direito do Estado como célula constitutiva e dinâmica do mesmo. Da *gens* surge a defesa do direito que interessa ao todo. E quando isso desapareceu, ficaram as ações populares que são — diz ele — um fenômeno notável, não somente do ponto de vista de nosso direito público atual, no sentido de que por meio delas qualquer particular pode exercer uma vigilância regida por princípios especiais determinados, senão, também, sob o ponto de vista do direito romano, segundo o qual um particular mantém, em muitos casos, com o mais extremo rigor, o princípio da *legitimatío ad causam* do demandante, concedendo-lhe ações que, aparentemente, lhe não oferecem o menor interesse.

As ações populares estão destinadas a proteger essa relação particular da comunidade indivisível do direito:

a) “*Espiritu del derecho romano*”, trad. de Principe y Santorres (Madrid, s./d.), t. I, § XVII.

Ihering se refere à ação popular em diversas partes desta obra notável, mas o nosso propósito não é o de examinar a sua doutrina (método que não aceitamos) senão a nossa. É lógico, todavia, que assinalemos a concordância de opinião do grande jurista com a tese que sustentamos agora, em outro plano, outra época e outras circunstâncias. As observações do célebre romanista têm muita significação atual. Em seguida explica Ihering como, não obstante o princípio *nemo alieno nomine lege agere potest* (como se o demandante representasse os direitos e os interesses do Estado — em cujo caso não

Mediante essas ações os cidadãos romanos exerciam uma espécie de poder de polícia em forma jurisdicional, isto é, não como expressão de autoridade alguma (que também podia ocorrer para certas diligências no processo da ação popular, ou seja, depois do vínculo do litígio), senão porque punham em movimento a justiça para indagar, processar e condenar os transgressores do direito objetivo que interessava aos cidadãos no que se referisse à *segurança pública, à moralidade administrativa, ao patrimônio do Estado*, e, ainda, ao patrimônio daqueles que podiam ser prejudicados pelos que o administrassem em virtude de uma função pública, como, por exemplo, os tutores, pois por meio da *accusatio suspecti tutoris* era possível promover a remoção do tutor suspeito,¹¹ em defesa do menor e da ordem pública.

Precisamente, já no período das *legis actiones*, a representação se concedeu nos casos de defesa do interesse público *actio pro populo*, quer em forma de acusação pública, quer mediante as ações populares, para defender a liberdade (*pro libertate*), assim como para defender os interesses do pupilo (*pro tutela*), e até os próprios bens do ausente, vítima de furto (*ex lege Hostilia*).¹²

O exercício destas ações se justificava pelo interesse geral de cumprir a lei. Assim, por exemplo, o cidadão não tinha (nem tem hoje), direito subjetivo sobre as coisas públicas (*res publicae*); mas se alguém impedisse fazer uso das mesmas — o uso que a República permite a todos — o pretor, em virtude de seu império, determinava que cessasse o fato perturbador desse uso do domínio público.¹³ O pretor não podia dar ação àquele que não tivesse direito, mas, como podia exercer seu império em face de semelhante ação que funcionava como denúncia e acusação ao mesmo tempo, assim o dispunha e em seu caso condenava.

Em nossa opinião, tem-se o direito de exercer a defesa do interesse geral, porquanto a mesma afeta qualquer elemento da comunidade. Esta defesa do interesse geral ou pessoal, embora não sendo de um direito subjetivo em sentido estrito, levava em germe não só os inter-

poderia conceber-se o Estado como uma pessoa, em nossa opinião — os jurisconsultos não desconheciam o aspecto real da relação).

Neste ponto, convém considerar atentamente essa distinção entre a *gens* (de que falamos) como pessoa moral e os *gentiles* do mesmo modo que as *res publica* não são propriedade do Estado. senão de todos os súditos do Estado:

b) Esta concepção do domínio público é precisamente a nossa, que sustentamos em nosso "*Derecho administrativo*", 4.^a ed., t. II, ps. 421 e segts., e nas edições anteriores, desde 1921. O Estado somente possui um poder de legislação e de administração nos bens do domínio público, porém administração que se limita a assegurar o uso geral.

11 Bonfante, loc. cit. Estas ações tinham um fim preventivo, e por isso não são penais, ao contrário da *actio rationibus distrahendí*, que é acusação dirigida contra os desvios (como quem diz *malversações*) do tutor, quando podiam ser consideradas como furtos.

12 *A Lex plaetoria* permitia ação popular contra aquele que houvesse enganado ou ludibriado um menor de vinte-e-cinco, abusando de sua inexperiência, para fazer com que esse último contraísse matrimônio. Bonfante, op. cit., p. 54.

13 Maynz, loc. cit. e p. 124.

ditos, mas também as ações *in factum*, como se explica em qualquer obra que examine o processo pretoriano.

O desenvolvimento progressivo dessa defesa pretoriana do interesse geral não só a respeito dos bens, senão, também, no tocante à liberdade pessoal, se caracteriza por duas idéias principais: 1.º) a *observância da lei*, que não pode ser violada, embora não afete um direito subjetivo; 2.º) a *afirmação da personalidade do cidadão na esfera da liberdade e do direito*. Vemos assim esta instituição com o critério jurídico atual. Se a obra *positiva* coube ao pretor, a obra *criadora* coube aos jurisconsultos clássicos, pois na época desses últimos é que se desenvolveu tal proteção jurídica.

O império do pretor se manifesta no *inderdicto* (que, em princípio, é proibição de agir enquanto se decide sobre o fundo da questão; daí seu próprio nome de *inter* (entre ou enquanto) *dictum* (sempre que se decide ou se declara o direito). Os interditos relativos às *res divini juris*, e às *res publicae*, são seguidos do interdito de *libero homine exhibendo* (Frag. 10, *De locis publicis*, 43, 7 e D., 43 e 49).¹⁴

A prudência do pretor e a valorização das qualidades pessoais dão, também, um caráter particular a essas ações populares em Roma, havendo preferência por quem revela um *maior interesse pessoal* (que, como dissemos, não chega a constituir um direito) e por quem pressupõe uma *idoneidade maior para prosseguir a instância*. Esta seleção se impunha quando se apresentavam, ao mesmo tempo, vários cidadãos com a mesma ação popular. Em nossa opinião, a regra de admissão deve ser essa, embora não se apresentem vários cidadãos. É verdade que, presentemente, o autor não recebe a importância proveniente da pena pecuniária, como regra geral, mas sempre é necessário considerar sua autoridade moral.

Atualmente nas denúncias fiscais (que são como ações populares na defesa do erário) é costume atribuir-se ao denunciante, em virtude de certas leis, uma *parte do produto das multas*, aplicadas em caso de transgressão fiscal. Isto tem caráter de prêmio para estimular aos particulares na defesa do fisco.

As *quaestiones perpetuae* têm competência, como tribunais especiais, em matérias determinadas. A *Lex Calpurnia* previa a *quaestio perpetua* (149 A.C.) para julgar os *judicia repetundarum*. São também *judicia publica* os *judicia perduellonis*, *majestatis*, *ambitus*, *de peculatu*, *de sicarii*, *venefici*, *de vi*, etc.¹⁵

14 Maynz, op. cit., t. I, § 53, e t. II, §§ 284 e 285, nota 30, p. 581.

15 A repressão de atos ilícitos foi, em Roma, objeto de uma legislação progressiva. Os delitos que justificam a *vindicta publica* eram julgados em demanda na qual se reclamava pena pecuniária, que devia ser exigida mediante ação civil (a questão patrimonial aparece, pois, como principal). Na época anterior a este regime, os *delicta privata* eram de duas espécies: o *furtum* e as *injuriae*. Na época da República se duplicou o número de ações: uma para certa classe de furtos (*bona vi rapta*) e outra para certas injúrias (*damnum injuria datum* ou *actio legis Aquiliae*) a) segundo a lei que as havia criado. b) Além disso, concederam-se ações civis para reclamar penas pecuniárias por causa de certos atos que, embora não fossem qualificados de delitos eram, todavia, julgados de maneira análoga, e quem os cometesse era declarado *quase ex delicto* (c) — Maynz, op. cit., t. I, §§ 269 e 272; (b) *Ibid.*; (c) Maynz, op. cit., t. I, § 278.

III

1) *Suas diferenças.* Há meios jurisdicionais contra as decisões do Poder administrativo, que tendem para um mesmo fim, mas cujo regime legal é diferente, por serem diferentes os seus caracteres jurídicos. Isso explica a distinção entre o *recurso de excesso de poder e a ação popular*. Antes de tudo, a própria denominação de um e outro denota uma diferença que estabelecemos para evitar certa promiscuidade de emprêgo de termos jurídicos.

Já dissemos ¹⁶ que o recurso é um meio de impugnar uma decisão da autoridade, e quem o exerce é aquêle que tem um direito subjetivo ou um interesse legítimo lesado por essa decisão. Essa qualidade *subjetiva* é da maior importância em nosso conceito.

A ação protege um direito e em certos casos um mero interesse — como a ação popular — quando êle é lesado não só pela autoridade, como por qualquer particular; mas quando o autor do fato ou do ato é a autoridade, o domínio de aplicação da ação popular é amplíssimo, e tem um caráter de índole política (no sentido de defesa do interesse geral) ou, pelo menos, cívico. Daí resulta que a ação popular é exercida pelo cidadão eleitor, e não por qualquer indivíduo, quando se trata de atos ou fatos que somente a *autoridade* pode realizar. Tal é a ação popular criada pela Constituição do Brasil. ¹⁷ O âmbito desta ação é, porém, muito limitado. De fato, a Constituição brasileira de 1946 dispõe, no art. 141, § 38, que “Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista”.

Trata-se, pois, de uma ação popular relativa aos bens patrimoniais do Estado em sentido lato. Os termos do preceito restringem bastante a ação popular instituída na Constituição, embora dando, como se deve dar, o conceito de fisco ao de “patrimônio”, caso se pretenda defender o que provém das contribuições fiscais, as quais, logo após a sua arrecadação, passam a constituir o *tesouro nacional*, como algumas constituições o chamam, também, imprópriamente, porque o tesouro é riqueza de que se dispõe em casos *excepcionais*, *v. g.*, em épocas de guerras ou grandes calamidades públicas. Pelo contrário, são os atos ordinários e correntes, próprios da atividade funcional do Estado — como atos de administração e de poder que, diariamente, se realizam, e do mesmo modo as aplicações de capital — que originam malversações, desperdícios, negócios ilícitos, etc.

As operações propriamente de índole patrimonial são poucas em proporção às financeiras. Os atos irregulares, imorais, de suborno, etc.,

¹⁶ Veja-se: “Conceptos jurídicos y terminología”. “Recurso” y “Jurisdicción plena”, en Rev. La Ley, t. 56, p. 787.

¹⁷ Art. 141, § 38. Recentemente, em virtude deste preceito, elaborou-se projeto de lei orgânica regulamentando esta ação popular.

Veja-se: Seabra Fagundes, “Da ação popular”, em “Revista Forense”, t. CXII (junho de 1947), ps. 5 e segs.

que não lesam o patrimônio público, não estão compreendidos no preceito constitucional, o que é deplorável.

Quando se trata de fatos que afetam um interesse geral, e que podem provir tanto da autoridade como de *qualquer habitante*, a ação popular, também, pode ser exercida por qualquer pessoa. Tal é o caso de um fato que impede o uso do domínio público; a ação popular pode, então, ser exercida por qualquer usuário desse domínio. Poder-se-á, quando muito, exigir desse habitante a prova de que pertence à jurisdição territorial da entidade que exerce autoridade sobre esse domínio público (ser vizinho ou domiciliado, ou ter concessão ou licença especial de uso, em cujo caso se o autor do fato perturbador é a autoridade, o habitante tem recurso e, inclusive, ação contratual derivada da relação jurídica da concessão).

No recurso por excesso de poder é preciso invocar um *interesse legítimo* "diferencial", vinculado ao ato que se impugna; não basta um interesse simples. Na ação popular basta um interesse pessoal, qualquer que seja, e o interesse geral em cumprir a lei. Claro está que não é necessário ter um direito subjetivo — ou seja invocar a lesão de um direito subjetivo — fundado em uma situação jurídica anterior. O que exerce ação popular só tem *direito subjetivo à ação*; seu direito subjetivo consiste no exercício da ação, e nasce com ela, isto é, com a decisão formal de promovê-la.¹⁸

Embora haja diferenças entre esta *ação* e aquêla *recurso*, há também *certas analogias* entre eles, não somente de fins, como já dissemos, senão de efeitos jurídicos. Quando se admite a ação popular, ela tem efeitos *erga omnes* a respeito da anulação do ato impugnado; e isso se explica, pois seu objeto é *restabelecer a legalidade alterada pelo ato irregular*. Isto, além das responsabilidades dos autores do ato.

Esta responsabilidade, dado seu caráter repressivo e disciplinar, alcança não somente aos que tomaram a decisão, como também: a) aos que a autorizaram ou aprovaram, no exercício de sua competência legal; b) aos que opinaram ou deram parecer favorável à emanção ou aprovação do ato antes de realizado; c) aos que devendo decidir contrariamente ao mesmo não o fizeram de maneira expressa.

A eficácia da ação popular depende do *domínio de sua aplicação*. Em princípio, ela somente procede em face dos casos de *violação de lei*; mas numa regulamentação legislativa *imprevidente, incompleta ou defeituosa* que não preveja os atos que se devem considerar contrários ao interesse geral, a ação popular terá uma virtualidade limitada, por seu caráter indefinido ou imprevisão. Por isso, no conceito de *violação de lei* deve incluir-se não só toda transgressão de regra material; constituição, lei, regulamento, resolução, estatuto, etc., como tam-

18 Veja-se: Fernández de Velasco, op. cit., p. 60, que concorda com esta tese.

19 O projeto de lei, apresentado no Congresso brasileiro pelo deputado Bilac Pinto, compreende a violação de princípios gerais do direito derivados da declaração de direitos e do costume (art. 24, c), o que, em nossa opinião, é plausível sempre que esse costume seja compatível com os bons princípios para evitar um círculo vicioso em que se cairia, se os costumes irregulares de uma esfera bastassem para legitimar-se pelo simples fato de que igualmente se legitima esse costume em outra parte.

bém a violação de *todo princípio de direito público contido no sistema da Constituição*, ou a lei, tanto no que respeita à separação dos poderes, e de sua respectiva competência, quanto no que se refere às *garantias individuais*.¹⁹ Se assim não fôsse, bastaria deixar de estabelecer regras positivas ou ir derogando ou ab-rogando as que mais limitem ou regulem o exercício regular e moral da autoridade, sobretudo no que se refere “à disposição dos bens que compõem o patrimônio das entidades públicas e o erário ou fisco nacional, as províncias ou os municípios”.

Uma lei pode ser violada em seu *texto* (violação grosseira e visível), em seu *espírito* (violação tortuosa e sutil), na verdade de seus *designios* sociais, econômicos, administrativos, etc. (falsa motivação).

Deve compreender-se, além disso, como violação de lei, tãda *interpretação arbitrária* das normas aplicadas em detrimento do interesse geral ou do patrimônio ou erário do Estado, bem como a *errônea* ou *falsa motivação*, seja nos *designios de fato*, seja na *determinação dos motivos*; isto é, tanto na apreciação dos motivos anteriores ao ato (caso de inexistência dêsses motivos ou de não justificação para agir), quanto nos *motivos determinantes* que se dão na decisão. Se assim não fôsse, repetimos, bastaria apoiar-se em pressuposições de fato e em citações legais para legitimar os atos. E dada a tendência dos governos arbitrários a um excessivo *legalismo falso*, *puramente literal e palavroso*, é necessário e lógico estender o campo ou domínio da ação popular a êste conceito de violação de lei.

IV

Ao admitir-se que os particulares, ou os cidadãos, possam atacar os atos que violam a lei em prejuízo do interesse geral, objeta-se que isso não deve alterar o princípio de separação de poderes, atribuindo ao judiciário jurisdição ou competência para conhecer e decidir nessa ação, porque ao julgar os atos impugnados, o juiz se erige em árbitro da administração pública, e que, embora em alguns sistemas se possam julgar os atos discricionários sempre que êles se *afastam do fim da lei*, como na França, mediante o recurso de “desvio de poder” (*détournement de pouvoir*) — que é uma forma especial do recurso “de excesso de poder”, ou seja *objetivo* — isso não apresenta reparo quando são os tribunais do próprio poder administrativo (o Conselho de Estado) que julgam o ato irregular. Isto é certo, e sabemos a razão histórica e a razão de princípio dêsse sistema, que veda em absoluto ao Poder Judiciário imiscuir-se nos atos administrativos, embora a proibição não seja tão absoluta que impeça o exame da legitimidade dêsses últimos por *via de exceção*, e se, nesse caso, o juiz não pode anulá-los, tampouco pode reconhecer-lhes validade, como já explicamos.²⁰ O mecanismo

20 Embora não seja assim denominada, por uma inexplicável lacuna da doutrina e da legislação processual, muito propensa a construir *sobre as concepções processualistas européias* (onde, porém, elas nada dizem, porque naqueles países não existe a instituição; aqui tampouco discorrem organicamente sobre o assunto...).

Veja-se: Bonfante, “*Istituzioni di diritto romano*” (Milano, s./d.), p. 54; Ihering, “*Espíritu del derecho romano*”, ed. cit., t. I, § LXII, p. 130.

desta “exceção de ilegalidade” é análogo ao da exceção de “inconstitucionalidade” em nosso regime.

Dizemos isto, porque, embora não exista nas leis, instituída como exceção, em sentido técnico, a defesa contra a lei anticonstitucional (em realidade como exceção se faz valer, em face da *pretensão* jurídica da parte em juízo, e mediante recurso especialmente o extraordinário) contra toda *decisão* definitiva e irrevisível fundada em lei anticonstitucional. Voltemo-nos, porém, para a ação popular.

A objeção que, nesta ordem de idéias, se faz contra a ação popular é inconsistente, em face da necessidade de remediar os males atuais. Somos os primeiros a sustentar que o poder judiciário não pode paralisar as decisões administrativas destinadas a satisfazer o interesse geral; por isso, fazemos reservas aos recursos de *injonction* e *mandamus*, que inspiraram o de defesa. Isto, porém, não significa admitirmos que um poder administrativo possa agir *de legibus solutus*. Pelo contrário, toda a nossa obra de longos anos tem essa direção e esse propósito: *instituir recursos para defender não somente os direitos subjetivos, mas também o direito objetivo, a legalidade, que limita a arbitrariedade*. E por isso defendemos a ação popular.

À objeção em aprêço se pode responder, dizendo: “a ação popular deve ser instituída de acordo com o sistema constitucional, e dentro dele, duas grandes regras devem ser estabelecidas: 1) sobre o fundamento do “petitório”, ou seja que *causas ou motivos o tornam procedente ou admissível*; 2) sobre a *extensão da competência do tribunal judiciário*, ou seja *que espécie de caso deve ser julgado pelo juiz e que efeitos tem sua decisão*. O mecanismo processual é secundário, em face dessas normas que são de fundo constitucional; por isso, a ação popular segue, em geral, os trâmites do processo civil ou criminal, *que parece mais consentâneo ao objetivo da ação*, já que se trata de estabelecer a *verdade real* e não a *formal*; defender a *ordem pública*, o *patrimônio do Estado*, e não o patrimônio dos particulares, embora este se beneficie, indiretamente, pois toda defesa do erário, do fisco ou do patrimônio do Estado, resulta em benefício da sociedade e dos cidadãos e contribuintes honestos, ou seja não complicados nas irregularidades administrativas do fisco. Toda lesão ilegal a esse patrimônio, erário ou fisco, implica uma lesão, por pequena que seja, dos patrimônios individuais, porque, a título de contribuintes, terão de repor o que os beneficiários ilícitos aproveitaram, ou o que os administradores desleais fizeram perder ao Estado (em sentido lato: Nação, Estado ou Município).

Além disso, poder-se-á dizer que há menoscabo do poder administrativo quando a legalidade de seus atos é examinada pelo tribunal judiciário, em virtude de impugnação fundada, e quando esse tribunal não faz senão verificar o ato e sua conformidade com a lei?

Algumas ações que hoje são privadas, em sua origem foram populares, porque a lesão do direito objetivo, da legalidade, da segurança jurídica, ameaça a todos, embora prejudique mais a uns do que a outros de maneira imediata. Em certos casos se vê uma dupla evolução, como no da *lei Ploetoria* (192-191 A. C.), que, segundo alguns autores, esta-

beleceu originariamente uma *actio popularis* para defender o menor de idade, enganado por sua inexperiência, em detrimento de seu patrimônio,²¹ e, segundo outros, essa ação era extensiva a qualquer pessoa que quisesse promover o *judicium legis Ploetoriae*.

Onde também se vê esta concorrência de fins defensivos do interesse geral e do particular lesado é nas ações populares de polícia, por causas similares às previstas ou compreendidas na *lex Aquilia*.

Restabelecer a legalidade administrativa espontaneamente ou por iniciativa dos representados quando os representantes violam a lei, e com isso o mandato de cumpri-la, que em um regime *republicano e representativo* receberam do povo, não pode ser considerado menos-cabo de um *Poder que precisamente está colocado debaixo da lei*, e não acima da lei, ao contrário do poder legislativo, que só está colocado sob a Constituição, porém acima da lei. Que virtude teria a lei se, apenas, pudesse ser defendida quando fôsse violado um direito subjetivo determinado, ou um interesse legítimo (diferencial)!? Sua órbita de aplicação, seu império, sua missão mantenedora da *ordem pública*, do *interesse público*, dependeria da “boa vontade” dos funcionários administrativos.

2) A liberdade política é indispensável para defender a liberdade civil, declarou com razão a Corte Suprema (*Acórdãos*, t. 191, pág. 388). Eis, aí, um princípio da maior importância, que sempre temos defendido. Apenas, onde a Corte diz “liberdade política”, nós dizemos “liberdade cívica”, que, aliás, é *liberdade pública* usufruída não só pelos cidadãos, mas, também, pelos estrangeiros. Não se deve confundir a liberdade cívica com a liberdade política. A cívica é o gênero, pois é pública, e a política é a espécie, pois concerne aos *cidadãos*.

A liberdade de reunião, a de associação, a de imprensa, tôdas essas formas, entram na órbita da liberdade cívica, e com ela se defende a *liberdade civil*, a que se refere a Corte. O estrangeiro não contribui com sua vontade para a formação dos poderes e menos ainda pode fazer parte dêles, no plano de *expressão direta do poder* (pois pode ser funcionário, mas, neste caso, está em segundo plano, embora tenha poder de decisão).

A liberdade civil é a de contratar, legar, adquirir bens e aliená-los, trabalhar, comerciar; tudo isto está na esfera do *direito privado*, seja civil, comercial, industrial, etc.

A liberdade pública é a que se exerce na esfera pública, referida a uma entidade pública a título de *administrado, contribuinte, vizinho*, etc., e, nesse sentido, também podem ser exercidas funções públicas, tais como as de vereador municipal, membro de júri, seja criminal, fiscal ou de imprensa.

21 Um regulamento militar ou de regime carcerário cujo objetivo é assegurar a disciplina a todo custo, e onde tudo se reduz a obedecer o bom e o mau, não pode ser aplicado aos administrados, que são homens livres, responsáveis e com direito a discutir os atos administrativos, nem sequer aos próprios funcionários ou empregados autárquicos devem ser aplicados regulamentos dêste tipo.

O fato de leis mais recentes exigirem o título de cidadão para esses cargos, não afeta o princípio. Devemos lembrar que, quando bastava ser contribuinte para desempenhar o cargo de vereador municipal, ou para eleger vereadores, houve estrangeiros que defenderam com energia e honra o interesse público, ao contrário de vereadores-cidadãos que deram concessões escandalosas a empresas estrangeiras, ou deixaram explorar as riquezas nacionais sem outra razão a não ser o seu fracasso governativo.

Para ser membro de conselho escolar basta a qualidade de pai de aluno; não é questão política.

O direito político compreende o de fazer parte do governo ou elegê-lo, como cidadão, em cujo caso se tem um verdadeiro direito subjetivo —o de eleitor.

A *ação popular*, em princípio, pode e deve ser cívica.

É certo que o erário, o fisco, o Estado em suma, têm seus defensores em juízo, mas se estes últimos fazem parte fatalmente dêsse mesmo poder administrativo que viola a lei, seja por subordinação hierárquica, seja por *esprit de corps*, ou por cumplicidade, pode suceder que esses funcionários não a defendam, que não vejam, ou não queiram ver, ou que sejam, eles próprios, beneficiários da ilegalidade. Nesse caso, os cidadãos, os habitantes terão de assistir ao predomínio da ilegalidade, em homenagem ao princípio de separação dos poderes, cujo objetivo não é mutilar a integridade da lei, nem seu vigor total, senão, pelo contrário, distribuir, no processo de sua formação da lei, a sanção, a aplicação e a execução?

Existem *tribunais de contas* que julgam os atos dos funcionários e exigem a devolução daquilo que foi ilegalmente apropriado; existe o *ministério fiscal*, que acusa e persegue os que lesam o fisco; existe o *ministério público*, que acusa os delinquentes. Tais atividades formais são, porém, suficientes para a manutenção integral da *legalidade* e a *incolumidade do patrimônio do Estado*, como a lei o quer? (dizemos Estado em sentido amplo, incluindo o erário e o fisco). A resposta negativa é dada pela realidade.

V

Em suas linhas gerais, no fundamento de suas decisões, o poder discricionário deve ser legal. Por princípio, as decisões dessa índole devem ser *motivadas*, porque, precisamente quando se exerce uma atribuição em que há liberdade de agir, é mais necessário, ainda, explicar os motivos, do que quando se exerce uma faculdade regulamentada, porque nesta última tudo se reduz a andar nos trilhos da lei, isto é, nos rumos traçados por um poder superior ao autor da decisão. No exame dêsses motivos se pode comprovar a observância da lei, em seus fins e em sua direção. Os motivos podem ser errôneos e a lei mal interpretada ou tortuosamente aplicada e essa aplicação é que entra no exame de legalidade.

O poder discricionário da administração pública se exerce não só nas decisões individuais, isto é, nas particulares que têm por objeto

uma questão concreta, como seria, por exemplo, o fechamento de um estabelecimento; a extinção de uma pessoa jurídica, baseando-se a decisão na ordem pública ou em uma medida de polícia; a avaliação da utilidade na aquisição de um bem; a nomeação de um funcionário anteriormente a concurso, cujas bases se fixam *ad hoc*...; mas, também, a faculdade discricionária se aplica, com mais graves consequências ainda, no exercício do *poder regulamentar*. Dizemos “mais graves consequências”, porque nos “regulamentos de execução”, por exemplo, são, às vezes, introduzidas normas que não se limitam a “aplicar a lei”, senão a *ampliar a lei* à qual êsses regulamentos devem subordinar-se. Essa propensão para os regulamentos *praeter legem* — ou que passam por cima da lei ou vão muito além da mesma — é índice de falta de sentido constitucional e expressão de autoritarismo.

Os regulamentos autônomos — como o seu nome o indica — são baixados sem referência a lei alguma (embora, a nosso ver, com subordinação a tôdas); o âmbito da faculdade discricionária é maior ainda nos regulamentos de execução, uma vez que são impostos *por falta de lei* (por exemplo, os de reunião, associação, função pública, ensino, etc.).

Nos regulamentos delegados, a lei limita o poder regulamentar à esfera determinada pela *delegação*, que, na realidade, é um *encargo de regulamentar* êsse ou aquele ponto de legislação. Por isso a delegação é de interpretação estrita, e não se pode delegar coisa alguma que implique estabelecer *impostos, penas* ou outras limitações à liberdade, ao patrimônio e a todo direito natural. No caso de se delegar o encargo de fixar penas, deve-se estabelecer o respectivo limite; o mesmo, quando se tratar de taxas fiscais. Há sempre, no govêrno ou na administração, pessoas que, por sua mentalidade profissional estreita ou destituída de sentido jurídico, confundem *mando* ou mera *execução* com govêrno e administração.²² Nessas pessoas, o exercício da faculdade regulamentária perturba a ordem constitucional relativa às liberdades públicas.

Um regulamento que estabelece disposições ilógicas, arbitrárias, autoritárias, e é fielmente obedecido pela autoridade que o baixou “para agir dentro da lei” constitui, para a ordem jurídica, maior perigo do que a falta de qualquer regulamento. Por isso, a sua *fiel observância* o torna mais condenável, ainda, perante a ação popular, no caso de afetar a lei, ou na falta desta, a própria Constituição. Expressão típica desta classe de disposições é a do decreto de 6 de janeiro de 1950 que dispôs que a polícia federal devia exigir das pessoas que se ausentassem para o exterior um certificado expedido pelo Ministério da Fazenda — Diretoria Geral de Rendas — no qual constasse que as mesmas não eram devedoras de impostos cuja arrecadação fôsse da alçada daquele órgão.

Claro está que criticamos essa disposição extravagante e anti-jurídica,²³ porque o devedor responde com seus bens, e não com sua

22 Veja “Compêndio de direito público”, t. III, p. 76, nota 71.

23 Nesses regimes se criam mitos e frases que confundem o juízo crítico do povo:

pessoa; êsse regulamento viria converter o território nacional numa espécie de cárcere de contribuintes, contra todo princípio de direito vigente em países civilizados e como fizemos notar, a prisão por dívidas foi abolida há quase um século (lei n.º 514, de 22 de junho de 1862). Não podia haver transgressão mais clara do direito proclamado na Constituição — de entrar e sair do território. “Os direitos se exercem de acôrdo com as leis que os regulamentam”, mas regulamentá-los é *afirmá-los* e protegê-los, sem outras limitações senão as impostas pela própria natureza do direito.

Há um errôneo conceito do poder regulamentar na ordem técnico-administrativa, poder que se considera exclusivo e próprio da administração pública e isento de revisão pelos tribunais de justiça. O erro provém de confundir a natureza e extensão dêsse poder.

É evidente que um tribunal de justiça não tem competência para rever planos de estudo dos colégios ou universidades, nem de construções e inspeções de obras públicas, nem de procedimentos de polícia sanitária, nem de exame de competência para exercer cargos de contador fiscal, nem de procedimentos de arrecadação fiscal, etc., porque a técnica de cada disciplina e a eficácia dos preceitos gerais (*ciência da administração*) é matéria de política administrativa, e o tribunal de justiça não é *super-administrador*. Mas tudo isso — que concerne ao mérito do ato ou decisão da administração pública — não deve ser confundido com a *legalidade*, ou seja com tudo aquilo que envolva um princípio de direito, uma garantia constitucional, porque perante os princípios em que se baseia todo o sistema fundamental, a eficiência, o mérito e a técnica estão em segundo plano e subordinados aos mesmos princípios, porquanto, sem liberdades razoáveis que permitam o desenvolvimento das aptidões intelectuais e físicas das pessoas, não haveria progresso, eficiência, cultura e ordem, senão constrangimento, submissão, claudicação e despotismo. Nenhum povo pode progredir com um sistema dessa natureza. Por isso, todo povo que conquista a liberdade e a independência, a primeira coisa que faz é estabelecer firmemente uma carta constitucional que é instrumento de govêrno e, ao mesmo tempo, baluarte de garantias individuais e coletivas. Nessa carta se conciliam os *interesses públicos* (que são os da Nação) com os *interesses individuais* e os direitos pessoais.

Dessa *solidariedade de interesses*, o público e o individual, surge o espírito de defesa do direito constituído, e a *ação popular* não é outra coisa senão um meio de defender essa ordem jurídica, dentro dêsse equilíbrio harmônico do interesse público (do qual são beneficiários todos os indivíduos) quando os poderes públicos o alteram, aberta ou dissimuladamente, em seu benefício pessoal ou segundo seus próprios

apesar disso, embora êle não tenha uma ilustração suficiente para avaliar os princípios constitucionais, tem, em geral, uma certa intuição para ver se seus direitos são respeitados ou não. Pode ser enganado, transitòriamente, pelo palavreado; não tarda, porém, em descobrir tudo isso enquanto é pôsto à prova, e, logo após, reage com o seu espírito de vindita.

desígnios, estejam ou não em cumplicidade com alguns membros do corpo social.

A hierarquia de normas é uma questão formal, cuja observância é benéfica se a norma superior está animada de sentido constitucional. Se a lei não tem substrato constitucional e o regulamento se adapta à lei, e o decreto ou o estatuto se adaptam ao regulamento, o exame de legitimidade do decreto, do estatuto, do regulamento, relativamente a essa lei, não passaria de um exercício de lógica formal, que não teria nenhuma virtude para o direito. A única dependência ou conformidade normativa é um fetiche formalista de regime totalitário, de despotismo disfarçado em legalismo. O que importa é que a própria lei se adapte à Constituição e que esta seja interpretada com sentido jurídico de liberdade e de autoridade razoável, e não de autoritarismo.²⁴

Em momentos de relaxamento do civismo, pelo suborno e pela intimidação, o cidadão que promove a ação popular contra um ato arbitrário lesivo do *patrimônio do Estado, das liberdades públicas, da moralidade administrativa* deve ser rodeado das garantias análogas às que possuíam os tribunos romanos, não, porém, com espírito de classe, senão como defensor da ordem constituída.

O que exerce a ação popular não é um fiscal do govêrno, nem um acusador público, mas um defensor da ordem jurídica, inclusive da patrimonial. Nesse momento, aparece como mandante virtual da sociedade que discute a lealdade do mandato concedido na representação política; é ele que pede o restabelecimento da legalidade que se considera alterada.

24 Embora a nossa opinião esteja sempre expurgada da influência doutrinária de qualquer sistema. E porque devemos considerar os problemas jurídicos com critério autônomo, esse critério que se forma pelo sentido constitucional e pela experiência própria, aprez-nos citar a opinião de um autor de notável imparcialidade, o professor Ferraris, que em seu estudo sobre o poder discricionário da administração pública e da autoridade judiciária (*"Il potere discrezionale della Pubblica Amministrazione e l'autorità giudiziaria"*, em *"Rivista di Diritto Pubblico e della Pubblica Amministrazione"*, 1924, 1.^a parte, p. 226), diz: "A autoridade judiciária comum deve sempre poder examinar se a administração exerceu seu poder discricionário como estava obrigada a fazê-lo, isto é, se agiu de modo a alcançar o fim para o qual esse poder lhe havia sido concedido, se escolheu meios idôneos para consegui-lo, ou se, pelo contrário, causou danos a terceiros, por ignorância ou por errônea apreciação das condições técnicas ou administrativas normais, ou se por ter procedido de modo inadequado, deliberando ou resolvendo, ou por ter ocasionado prejuízos ou lesões de interesses em maior escala do que aquela que podia ser predeterminada, mediante cuidadosa previsão, ou por deixar-se levar por motivos errôneos e não pertinentes ao caso, ou por haver feito uma errônea apreciação das circunstâncias de fato, ou por haver decidido sem suficiente notícia das mesmas, e assim por diante.

Tôdas estas condições entram no exame da pura legitimidade da ação administrativa; em nenhuma delas, a apreciação se refere ao mérito, ou seja não implicam um juízo de conveniência ou de oportunidade. Se tal competência fôr negada à autoridade judiciária e se continuar sendo proclamada a não revisão do exercício do poder discricionário da administração pública, acabar-se-á por deixar caminho livre às providências que assumem o deplorável caráter de despotismo administrativo, e podem comprometer o prestígio — que há de ser mantido, pelo contrário, zelosamente intacto — daquele organismo estatal como atento promotor dos interesses da coletividade, não os separando dos que concernem a cada indivíduo".

Esta atitude, de pedir o restabelecimento do direito constituído, induziu a alguns autores a basear a ação popular no *direito de petição*, e isto tem algo de verdade; mas, em nossa opinião, somente o fundamento é admissível, porque em sua qualidade de autor, quem exerce a ação popular não apenas pede, mas também exige concretamente uma decisão. Não solicita um favor, mas reclama uma legalidade, e o seu título de autor é dado pela lei, do mesmo modo que esse título é dado ao ministério público para acusar e prosseguir as acusações contra os transgressores de leis de ordem pública. Isso explica a ação conjunta que o autor da ação popular e o ministério público realizam em defesa do interesse geral.

Nunca se pôs em dúvida o direito de um terceiro de promover o recurso de *habeas-corpus*, embora esse terceiro não haja sofrido dano nem lesão de um direito; nem o direito de denunciar uma infração fiscal que implica defraudação para a renda pública que o mesmo denunciante contribui para formar. No caso do *habeas corpus*, embora se admitindo transgressão por parte do prêso, há um interesse geral em defender a liberdade.

A ação popular se apresenta perante um poder que é, ou deve ser, independente da força política, e os membros deste poder sabem que, como juizes, têm por sua vez outros juizes — segundo a expressão de Avellaneda — que é a parte do povo que se chama *neutra*, e é a maior nos momentos de decisão livre.

A ação popular permite o que não é possível fazer na imprensa, embora haja certa liberdade, porque denunciar não é o mesmo que *pôr em movimento um poder* como o judiciário, obrigado a decidir, investigar, anular, condenar ou absolver. Mas a própria absolvição não põe um fim à irregularidade, se ela existe, porque *com novos motivos e provas* pode outro autor, mediante ação popular, voltar ao assunto. E é justo que assim seja, porque não deve ter autoridade de coisa julgada uma ação popular mal promovida ou deliberadamente mal apresentada e sustentada por um falso autor movido pelo autor da irregularidade ou por seus cúmplices; esse fracasso aparente não pode inibir o cidadão autêntico, que possa exercer a ação eficazmente. Não devemos esquecer que, nestes casos, se trata de estabelecer a *verdade real*; não está em jogo o direito subjetivo de uma pessoa, direito que, se é patrimonial, é renunciável (salvo fraude contra terceiros), mas o *direito objetivo*, que a todos interessa — o patrimônio público.

O poder judiciário pode julgar a legalidade dos atos discricionários, bem como os de discricionarismo técnico. Já fizemos a distinção entre o que é técnico, ou de mérito, ou de eficácia, e o que é legal, ou jurídico. O rótulo não altera a substância do conteúdo. Vejamos alguns exemplos. Um estatuto ou regulamento de funcionários e empregados exige a idoneidade como requisito para ser nomeado; isso é constitucional. A idoneidade é *profissional e moral*. A profissional consiste na aptidão para o exercício do cargo, o qual, segundo sua índole, pode requerer o conhecimento razoável da Constituição e da legislação geral. Se, todavia, exige o conhecimento de doutrinas (assim chamadas, às vezes) de partidos ou de pessoas, tal regulamento é inconstitucional,

por vulnerar a liberdade política. Se exige religião determinada, não sendo requisito constitucional, viola a liberdade de consciência e de culto, conforme seja a forma estabelecida para expressar essa adesão à religião determinada. Se exige juramento de fidelidade a um partido, ou filiação partidária, sob pretexto de lealdade, é inconstitucional, porque afeta a liberdade política e viola o princípio da *idoneidade*, que é objetiva e impessoal. A lealdade se deve à lei e não a partidos a que não se pertence, e menos ainda às pessoas, embora elas ocupem ou detenham cargos públicos. Uma regulamentação ou edital de condições de obras públicas ou fornecimentos, que exigem o emprêgo de materiais de determinados produtores ou vendedores, embora não se enunciem expressamente nesses editais ou bases (mas isso resulta do fato), são imorais e violatórios da igualdade perante a lei, no tocante à liberdade de indústria e comércio.

Todos êstes casos e outros semelhantes que entram na esfera dos vícios que invalidam os atos impugnáveis em certos sistemas pelo recurso de *desvio de poder*, podem e devem ser atacáveis pela ação popular, porque são violatórios não sòmente de normas expressas da Constituição, mas, também, de princípios essenciais de ordem moral que precisam estar escritos para que dominem em tôda a legislação administrativa ou constituam o substrato ético da mesma.

Em nosso sistema constitucional, o poder judiciário não possui, sòmente, a missão limitada que tem nos sistemas europeus, onde a onipotência legislativa só reconhece os limites que ela mesma se impõe, pois não existe o contrôle de *constitucionalidade* das leis por meio de recursos jurisdicionais, senão a concepção francesa da separação dos poderes, que inibe o juiz judicial de imiscuir-se nos atos administrativos. Em nosso sistema — da mesma forma que no sistema que os constituintes tiveram em vista — o poder judiciário é o baluarte defensivo dos direitos individuais privados e públicos, sempre que os mesmos são lesados. Êste princípio atribui aos juizes o exame da legalidade dos atos da administração pública, se êstes últimos ferem direitos e garantias jurídicas de qualquer espécie.²⁵

Pode suceder que o poder judiciário leve até ao extremo o seu conceito de separação dos poderes, inibindo-se de examinar a legalidade de certos atos do poder executivo, por considerá-los políticos, mas isso é circunstancial e depende do grau de independência que o mesmo poder judiciário atribua a si próprio.

Não é êsse o sistema da Constituição, que fêz do poder judiciário um poder jurídico, moral e economicamente independente, e cuja força

25 Não é necessário que se configure uma malversação para que a disposição seja causa de impugnação pela ação popular, se o ato é ilegal, embora não esteja sancionado criminalmente. Uma licença de importação que sòmente deve ser concedida a importadores, e que, entretanto, é dada a um intermediário para que êste a negocie, é um ato de corrupção ou suborno, e, com mais forte razão, se tem por objeto um fim de política subalterna; é, porém, sempre, um ato imoral, embora se caracterize por mero favoritismo. Tôdas essas sujeições e forças caudinas que se estabelecem como requisitos pseudo-legais, servem para corromper os cidadãos e, inclusive, as instituições.

reside, acima de tudo, na integridade de seus membros. A opinião pública considera também essas coisas.

VI

Alguém já disse que a eficácia da ação administrativa depende, em larga escala, da faculdade discricionária, pois os *entraves* impostos pelas normas legais entorpecem ou retardam essa ação e não permitem que o administrador inteligente e ativo realize sua ação em proveito do interesse público. Salientou-se, outrossim, que o êxito das empresas particulares — algumas das quais têm mais importância que certas administrações públicas municipais e também estaduais — é devido ao exercício dessa faculdade discricionária, a essa aptidão para decidir segundo as circunstâncias de tempo, lugar, oportunidade, que os seus diretores, ou gerentes manifestam. Isto é verdade; mas na administração pública êsses argumentos perderam muito valor nos governos de origem democrática, onde o caudilhismo, a demagogia e a falta de consciência cívica do povo torna possível o advento de governantes cujo intuito é o de manter-se no poder, que não exercem como a Constituição o determina.

Ora, como o grau de enervação e de corrupção nunca chega a tôdas as classes em sua totalidade, e sempre há cidadãos conscientes de sua missão cívica, que têm um claro sentido da legalidade, que sempre defenderam o interesse geral, em tôdas as atividades e esferas de sua vida, ou têm vocação por êsse interesse, torna-se evidente que dotar tais cidadãos de um meio “legal” capaz de conter ou de reduzir êsse discricionarismo é algo inerente à própria forma de governo democrático e exemplar maneira de preservar as instituições e tornar impossível ou difícil que sejam entronizados a arbitrariedade, o desperdício do erário, a destruição do patrimônio do Estado.

Não é no exercício das faculdades reguladas, senão das discricionárias onde mais se fere o interesse público, a saúde moral do povo e se ofende a propriedade dos habitantes; se, porém, tais faculdades se consideram como não suscetíveis de revisão, o mal se agrava ante a importância do povo para combatê-lo. A ação popular é o meio mais idôneo e lógico em sistemas como o nosso. Ante o interesse geral, efetivo, defendido com argumentos irretorquíveis, pela ação popular — que sempre deve ser fundamentada, pública, discutida — o argumento da faculdade discricionária, que, na prática, se resume em agir *de legibus solutus*, tem de ceder como um embuste formal.

A faculdade discricionária, se não é objeto de controle jurídico, e especialmente jurisdicional, permite o governo pessoal. Tão inconveniente é o governo discricionário unipessoal (caciquismo) como o *volegiado* (camarilha). Por isso, a ação popular se exerce, também, contra as entidades autárquicas, ou contra seus órgãos colegiados, nos quais, apenas, salvam a sua responsabilidade os membros que não consentem, expressamente, os atos irregulares suscetíveis de serem atacados pela ação popular.

Ora, no domínio dos princípios, observamos que a crítica que se faz ao sistema de ação popular no sentido de que ela ameaça o exercício da faculdade discricionária e debilita a ação administrativa, é inconsistente, pois a ação não se exerce quando o ato está em gestação, a menos que a medida preparatória do ato seja em si mesma de tal modo irregular que constitua, por si só, uma decisão impugnável. A ação popular, nesse caso, pode ser admitida, em virtude da mesma razão que serviu de base ou motivo jurídico à Côte Suprema nacional para admitir o recurso extraordinário contra decisões não definitivas (isto é, suscetíveis de revisão mediante ações ou recursos, na jurisdição local), se a execução delas causa um dano que pode ser irreparável e quando das mesmas surge uma inconstitucionalidade manifesta.

Casos existem nos quais se a decisão inconstitucional não pudesse ser embargada logo depois de terminada a ação ordinária de pedido de pagamento, ou reivindicatória, etc., as decisões executivas fiscais poderiam arruinar uma indústria, um comércio, uma empresa útil, etc.

A Côte Suprema foi lógica e justa ao admitir o recurso extraordinário contra as decisões ditadas em caráter compulsório, e em geral contra os atos executados como *vias de fato* contra a propriedade, por funcionários provinciais ou federais (aqui a distinção não tem razão de ser) que agem seja de *motu proprio*, seja por ordens de seus "superiores". Se fôsse esperar sempre por essas decisões definitivas, embora triunfando o ofendido, o seu triunfo poderia ser uma vitória de Pirro! Por isso, consideramos acertada a jurisprudência da Côte Suprema que abre o recurso extraordinário contra as decisões executórias, embora, isso, apenas, aconteça imediatamente depois de executadas (*Acórdãos*, t. 98, pág. 309; t. 113, pág. 165; t. 158, pág. 78 e outros posteriores).

O mesmo princípio vale para contrarrestar pela ação popular um ato preparatório de certa gravidade e de natureza autônoma, no processo administrativo; quando, por si só, esse ato constitui uma flagrante violação da lei e um prejuízo dificilmente reparável na ordem natural das coisas. Não devem os cidadãos assistir *perinde ac cadaver*, enquanto está em formação uma irregularidade máxima e completa; quando já estão sendo cometidas violações parciais da lei — embora preparatórias — para ver o que, no fim, irá acontecer...

Por meio da ação popular podem ser impedidos atos de disposição *irregular dos bens do Estado*,²⁶ privilégios facciosos ou partidários, atos imorais da polícia em cumplicidade com os grupos facciosos.²⁷

Mediante a ação popular se pode impedir a nomeação ou a promoção ilegal de um funcionário não idôneo, moral e profissionalmente, ou, melhor, a preterição injusta de um funcionário exemplar. Há um inte-

26 Em seu livro "*Vida del pueblo norteamericano*", seus autores Faulkner, H. U.; Kepner, T.; Barlett, H., ed do "*Fondo de Cultura Económica*", México, 1941, p. 253, se referem às façanhas de Tweed, e Tamany. Hall-Stead, W. T., em seu livro "*El gobierno de New York*", relata pormenores do impressionante informe da Comissão senatorial presidida por Lexon, em 1894, e que investigou esses fatos e a cumplicidade da polícia daquela cidade.

rêsse geral em que se observe o princípio constitucional da idoneidade, pois os beneficiários de uma administração pública são todos administrados, com exceção dos transgressores, que querem assegurar a impunidade de seus atos irregulares na administração pública.

Se a ação popular se admite contra os atos irregulares (ilegais) de disposição ou administração do patrimônio do Estado ou do erário, como não deverá ser admitida em casos dessas nomeações ou promoções que, por si sós, além serem ilegais, implicam uma ameaça presumível de ilegalidades futuras? Em tais casos, alia-se à ilegalidade do ato da nomeação uma nova transgressão, quando se trata de funcionários ou de pessoas já condenadas pela própria administração, se esta agiu com justiça, pois prescindimos da inabilitação penal, que, por si só, constitui impedimento para exercer funções ou empregos, enquanto durar a mesma.

VII

Uma das objeções que se costuma fazer à ação popular é a possibilidade de que se multipliquem, temerariamente, essas espécies de acusações, porque, em sua essência, elas consistem precisamente nisto. Dizem alguns que o exercício da ação popular pode ser convertido em meio de desprestígio da administração, bastando, apenas, propô-las ou promovê-las se forem em grande número. Este argumento, porém, que não é de princípio, como se fez notar com razão,²⁷ perde consistência se advertirmos que do resultado dessas ações depende, também, o crédito ou, pelo contrário, o desprestígio de quem as promove, podendo ocorrer que a administração saia airosa e sem mácula; e, neste caso, isto a coloca em melhor situação do que se não tivessem sido investigados, ou deixados que se propalassem rumores ou campanhas de maledicência. Isto mesmo nos faz lembrar que é possível mover-se uma ação popular com o propósito deliberado de que a mesma venha a fracassar, para desvanecer rumores ou desviar a atenção das verdadeiras e graves irregularidades que não se impugnam mediante ações. Isto acontece como em certos processos movidos por “testas de ferro” dos querelados...

Por outro lado, a lei pode regular os requisitos subjetivos, isto é, a qualidade de autor, seu nome, sua solvência seu grau de responsabilidade.

Também se propôs — para limitar as ações —²⁸ a fiança do autor, mas, ao nosso ver, isto é uma exigência injusta e, além disso, na prática, as fianças não são requisitos eficazes, e, se são pessoais, haverá nas mesmas muita generosidade. Além disso, com que critério seria calculado o seu montante?²⁹

27 Veja-se: Fernández de Velasco, “*La acción popular en el derecho administrativo*”, loc. cit.

28 Admite a *cautio judicatum solvi*, entre outros, Fernández de Velasco, loc. cit.

29 Embora se limite às custas do processo, pode gerar responsabilidade de outra ordem.

O grau de interesse do autor deve ser considerado em relação à sua atuação pública, às suas qualidades morais, ao seu conceito cívico e ao móvel que, às vêzes — embora seja sempre subjetivo — é, também, indisfarçável. Claro está que, os inabilitados legalmente para o exercício de direitos políticos, os que serviram em administrações corruptas, os modernos *sicofantas*,³⁰ podem ser denunciante, nunca, porém, autores. O exercício da ação popular requer uma qualidade: *ser um cidadão digno*.

A mesma objeção que se faz contra a ação popular, tem sido feita contra o exercício do *dereito de réplica* na imprensa, que sempre temos defendido e continuamos a defender.³¹

VIII

Em uma instituição tão singular como esta, nada tem de raro que se venha discutir a natureza jurídica da ação e o caráter de quem a exerce; por exemplo, se é ou não uma função pública. Para responder a isto é necessário distinguir a noção geral e comum de *função pública* dentro de um poder do Estado, do que é função pública fora desse poder, porém necessária para a constituição mesma dos poderes, como a de eleger no regime representativo, ou, ainda, aprovar decisões (*referendum*) ou a continuidade do desempenho do cargo no tocante a certos funcionários (recurso de destituição), ou a legitimidade ou validade de certos atos, mediante a “ação popular”. Na ordem política, é possível realizar funções públicas sem ser funcionário no sentido de órgão do Estado; tal é a função do sufrágio. Com efeito, o cidadão eleitor contribui com o seu voto, ou seja com a sua *vontade*, para a formação efetiva dos poderes, ao designar as pessoas que devem exercê-los. É evidente que se trata de um poder político, que como tal se atribui, e se exerce de acôrdo com um regime legal. É uma função necessária, porque se não fôsse exercida, os poderes ficariam, praticamente, acéfalos, ou sem os órgãos vivos que devem exprimir a vontade do Estado. Dado, pois, esse caráter de *necessidade, regularidade, legalidade* da atividade do eleitor, para assegurar a *continuidade do Estado*, é impossível deixar de considerar o sufrágio como função pública, embora o eleitor não seja funcionário no sentido da atividade pessoal posta ao serviço do Estado, em forma permanente.

No que respeita à ação popular, consideramos que seu exercício é função pública, embora o autor não seja funcionário (conceito que já apresentamos). É função pública por *seu objeto*, por *seu fim*, por

30 Consideramos esse aspecto em nosso livro “*El estadista y su pueblo*”.

31 Veja-se: “*Estudios de derecho público*”, 2.^a ed., t. III, ps. 751 e segs. “*La Prensa — Su influencia y el derecho de replica*”.

Periódicos da maior autoridade moral e de tradição patriótica, que sempre defenderam o interesse da Nação e a Constituição, como a serviço da verdade, não aceitaram como recurso eficaz o direito de réplica, sem dúvida por causa do hipotético inconveniente da multiplicação de retificações às vêzes infundadas ou capciosas. Isso, porém, se evita com uma eficiente regulamentação.

seu *modo de exercício* e por *seus efeitos*. Seu objeto é a *impugnação* de um ato do Estado, ou seja de seus poderes ou órgãos; seu fim é a *anulação ou extinção do ato*; seu modo de exercício é de *direito público*; seus efeitos jurídicos modificam a ordem positiva ou os atos da autoridade pública. Não é, como alguns pensam, mera *aticidade pública*. Atividade pública não é sinônimo de função pública, nem sequer de emprêgo público. A atividade pode ser uma contribuição física ou intelectual mais ou menos útil, uma colaboração ao interesse geral ou público, mas não é função sob o ponto de vista institucional, único que deve ser considerado. Uma gestão de negócios, e da mesma forma um emprêgo útil, em favor da administração pública não implicam funções públicas, embora seu fim seja de interesse público. Não é a brevidade, nem o fato de que seja uma só operação o que define a atividade como distinta da função, pois a presidência de uma mesa eleitoral, o desempenho como jurado (com poder de decisão), a prisão de um transgressor em flagrante, etc., são funções públicas, porque se trata de exercer, nesses casos, nem que seja por um momento, uma autoridade atribuída pela lei (vejam-se os arts. 77 e 240 do Código Penal argentino).

A ação popular difere da denúncia, porque esta, embora seja voluntária, pode ser imposta, obrigatoriamente, pela lei. A ação popular é voluntária e pode ser abandonada (claro está que se foi leviana ou temerária, o ator contrai, pelo menos, responsabilidade pelas custas).

Sendo a ação popular uma forma de *contrôle de legalidade* não se lhe pode negar o caráter de função. Não é necessário que o seu autor represente os cidadãos, e menos, ainda, a administração pública, perante a qual cabalmente se coloca, para obrigá-la à legalidade. Para que haja função basta que a pessoa expresse a vontade da lei, não somente ao agir em defesa de seu império, mas também ao erigir-se em autor, por incitação da própria lei que lhe atribui, em forma potencial, êsse caráter. Ao assumir o papel de autor, a proposição legal se torna *atual* e efetiva.

Também, aí, o problema não é meramente jurídico, senão de sociologia política, de educação cívica, de *sentido constitucional*. O sentido constitucional é como um juízo de valor consciente e refletido sobre o *exercício e a defesa da liberdade cívica e das instituições jurídicas tradicionais* reconhecidas e protegidas na Constituição, seja esta uma carta, ou várias, ou declarações e afirmações de direitos. Êsse sentido se adquire por educação cívica e constante respeito da liberdade e do direito. Tiveram-no os povos antigos como o romano na época republicana, o de certas regiões da Espanha como Aragão, onde já no século XII existia o “fôro de manifestação” (fôro de Sobrarte) para defender a liberdade, ainda com maior eficácia do que o *habeas-corpus*; a Justiça de Aragão, como uma côrte judicial sobre o próprio rei. Possui, também, êsse sentido o povo inglês, sem necessidade de fabricar constituições. Fato paradoxal e curioso é o seguinte: onde menos sentido constitucional existe, mais freqüentes e gerais são as reformas da Constituição. Em um breve curso de direito constitucional ameri-

cano comparado o professor Gordon Ireland o demonstra, sem, contudo, pronunciar-se a respeito.³²

O sentido constitucional deve estar acompanhado de um estado de espírito alerta, que não ceda um instante à ilegalidade, à negociata e à intimidação. É, pois, educação e mentalidade de um povo. Os fatores que se opõem ao desenvolvimento dêsse sentido são, principalmente, de duas espécies: a covardia, ignorância e ceticismo do povo, por um lado; o egoísmo e utilitarismo amoral das classes dirigentes por outro.

As violações da Constituição sòmente o preocupam quando se trata da propriedade, de seus interêsses. Nesse caso, a ação popular tem um papel importante, a tal ponto que pode ser providencial.

32 “Publicaciones de la Universidad de Santo Domingo”, v. XIV (1914).