



Ação de direito material e exercício da ação popular nas vias judicial e administrativa

The possible exercise of the citizen suit in Judicial and Administrative Courts

Tamyres Tavares de Lucena

Master of Laws from the Federal University of Pernambuco, Brazil.

Sumário: 1. Introdução; 2. Ação Popular e controle dos atos estatais: um novo entendimento acerca dos paradigmas tradicionais do Direito Administrativo; 3. Processo judicial e processo administrativo: possíveis vias de exercício da ação popular; 4. Ação de direito material e exercício da ação popular na via administrativa; 5. Ação popular administrativa e judicial: distinções; 6. Contrapontos à ação popular material; 7. Ação popular material no processo judicial e no processo administrativo.

Resumo: O trabalho aborda como a teoria da ação de direito material pode fundamentar o uso da ação popular tanto em âmbito judicial, como também nos processos administrativos, em razão do destacado papel que tal ação possui no sistema de controle dos atos da Administração Pública. Como pano de fundo dessa discussão, expõe-se o desenvolvimento do Direito Administrativo conforme o ideal da “supremacia do interesse público”, princípio cuja soberania no ramo do direito público vem sendo questionada, à luz da efetivação dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Ação de direito material – controle da Administração Pública – ação popular – processo administrativo.

Abstract: The essay exposes the development of the Administrative Law based on the principle of the “public interest supremacy” and how this ideal affected the system of judicial review of the state acts, focusing in the use of the citizen suit. Then it is proposed the exercise of the citizen suit in the judicial and administrative Courts in order to expand the potential use of this especial remedy.

Key-words: judicial review – administrative process – citizen suit – judicial control of the state acts.

1. INTRODUÇÃO

Quando se trata de controle dos atos estatais – tema bastante caro ao direito público – logo se mostra necessário fazer menção à ação popular, um dos meios mais tradicionais para se tentar submeter os entes públicos ao direito e à lei. Como a ação popular é marcada pela peculiaridade de ser postulada por um cidadão, a sempre delicada relação entre Poder Público e particulares assume aqui destacada relevância, eis que a forma como essa relação de poder é tratada pelo ordenamento e pelos estudiosos da matéria irá influenciar na efetividade do controle possibilitado pela ação popular.

A ação popular, como possibilidade legal de controle e reivindicação perante o Poder Público, há muito consta de nosso ordenamento, razão pela qual se fez presente em diferentes fases do desenvolvimento do Estado e sua relação com os cidadãos, assim como acompanhou o gradual reconhecimento de bens coletivos passíveis de tutela. Tudo isso faz necessário que o estudo da ação popular leve em conta as transformações pelas quais passaram as relações de direito público nos últimos anos, contextualizando seu tratamento legal com as exigências que a nova ordem constitucional e a evolução do direito administrativo trouxeram para o controle da atuação estatal.

Essa busca pela máxima efetividade da ação popular permite se vislumbrar potencialidades de seu exercício em diferentes vias (judicial e administrativa), como também diversas possibilidades de tutela, indo além do que tradicionalmente se entendia como participação do cidadão na atuação administrativa. Para tanto, toma-se como base a teoria da ação e os diversos planos em que o fenômeno jurídico pode se manifestar (material, processual, pré-processual), a fim de se melhor compreender o efetivo poder de controle e intervenção da ação popular.

2. AÇÃO POPULAR E CONTROLE DOS ATOS ESTATAIS: UM NOVO ENTENDIMENTO ACERCA DOS PARADIGMAS TRADICIONAIS DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Ao analisar o processo de formação do direito público europeu pós-Revolução Francesa, García de Enterría trata dos fundamentos de um Direito Administrativo em

construção, que se valeu do conceito moderno de liberdade e individualismo pós-revolucionário, para admitir restrições aos cidadãos apenas quando fundamentadas em lei (*la libertad de los modernos*).¹ Essa noção se fez presente no modelo de Administração exportado por Napoleão para as demais nações europeias sob seu jugo e, com a instauração do contencioso administrativo, possibilitou-se o questionamento da legalidade dos atos administrativos e sua possível anulação.²

O doutrinador espanhol afirma que essa possibilidade de contraste dos atos administrativos com a lei, a qual marcou o início do Direito Administrativo, não existiria apenas para garantir que a atuação da Administração observasse a estrita legalidade. Seria viável também para a anulação de um ato administrativo visando a um direito subjetivo do cidadão, não para forçar determinado comportamento na Administração, mas para garantir que a esfera vital de direitos da pessoa não fosse afetada sem observância das competências e procedimentos legais.³

Ao tratar das origens do Direito Administrativo, Celso Antônio Bandeira de Mello também afirma que este nasce com o Estado de Direito, disciplinando as relações entre Administração e administrados, com o fito de manter a conduta estatal restrita às disposições legais e proteger o cidadão contra os descomedimentos dos detentores do poder.⁴

Sustenta que o regime jurídico-administrativo fundamenta-se sobre a denominada supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade dos interesses públicos pela Administração, sendo a supremacia do interesse público um axioma que, em suas palavras, “proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último.”⁵

A propósito, a ideia de um interesse público superior a nortear a atividade estatal é comumente suscitada pelos estudiosos da matéria, seja para justificar a autoridade que

1. Esse termo a que García de Enterría apenas faz referência é parte de uma distinção cunhada por Benjamin Constant, em que são opostos os conceitos de *liberdade dos antigos* e *liberdade dos modernos*. A liberdade dos antigos tem mais acentuada a participação política, pois, na Cidade grega, a participação na decisão política, no seio da assembleia do povo, era a única expressão da liberdade, podendo a regra democraticamente elaborada entrar em todos os pormenores da existência cotidiana do cidadão, a ponto de privá-lo de toda autonomia e, ainda assim, este se considerava um homem livre. Já a liberdade dos modernos teria como aspiração menos a participação no poder, concentrando-se mais em subtrair do domínio público a condução da existência individual. A liberdade civil, para os Modernos, seria a verdadeira liberdade. (RIVERO, Jean. *Libertades Públicas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 54).
2. ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Lengua de los derechos: la formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*. Madrid: Alianza Editorial, 1999. pp 186-194.
3. ENTERRÍA, Eduardo García de. Op. Cit. p. 195.
4. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 47.
5. Idem. *Ibidem*. pp. 69-75.

o Estado desfruta em suas relações jurídicas com os particulares,⁶ seja para temperar a estrita vinculação dos atos da Administração à lei, a fim de que as formalidades legais não sejam direcionadas para beneficiar os interesses particulares de grupos influentes.⁷

Essa noção de interesse público sempre se mostrou muito cara ao Direito Administrativo, porque justifica o regime jurídico especial dos entes públicos e seus respectivos atos (atributos e prerrogativas), a fim de se atender ao bem geral. Logo, como fim último da atividade administrativa, o interesse público deveria permear toda esta atuação, não sendo compatíveis com a ordem jurídica os atos praticados sem tal finalidade, de acordo com o entendimento clássico da matéria.

No entanto, essa configuração tradicional do Direito Administrativo, cuja suposta defesa do interesse público coloca a Administração Pública em posição de primazia sobre os administrados, vem sofrendo fortes críticas da doutrina nos últimos anos.

Para Gustavo Binenbojm, o caráter autoritário do Direito Administrativo seria decorrente de um “pecado original”, que se manifestou desde o surgimento desse ramo autônomo do direito. Em suas palavras:

A associação da gênese do direito administrativo ao advento do Estado de Direito e do princípio da separação de poderes na França pós-revolucionária caracteriza erro histórico e reprodução acrítica de um discurso de embotamento da realidade repetido por sucessivas gerações, constituindo aquilo que Paulo Otero denominou ilusão garantística da gênese. O surgimento do direito administrativo, e de suas categorias jurídicas peculiares (supremacia do interesse público, prerrogativas da Administração, discricionariedade, insindicabilidade do mérito administrativo, dentre outras), representou antes uma forma de reprodução e sobrevivência das práticas administrativas do

-
6. Carlos Ari Sunfeld afirma que a existência do Estado é justificada pela necessidade de atender a certos interesses coletivos que os indivíduos isolados não poderiam alcançar, sendo estes *interesses públicos* atribuídos ao Estado e qualificados pelo direito como mais relevantes e prioritários, quando confrontados com os direitos particulares (*Fundamentos de Direito Público*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 154). Nessa mesma linha, Hely Lopes Meirelles dispõe que “sempre que entrarem em conflito o direito do indivíduo e o interesse da comunidade, há de prevalecer este, uma vez que o objetivo primacial da Administração é o *bem comum*. As leis administrativas visam, geralmente, a assegurar essa supremacia do Poder Público sobre os indivíduos, enquanto necessária à consecução dos fins dos fins da Administração” (*Direito Administrativo Brasileiro*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 50).
 7. Maria Sylvania Zanella di Pietro identifica a premência do interesse público na atividade administrativa, em especial na aplicação da lei, nos seguintes termos: “Se a lei dá à Administração os poderes de desapropriar, de requisitar, de intervir, de policiar, de punir, é porque tem em vista atender ao interesse geral, que não pode ceder diante do interesse individual. Em consequência, se, ao usar de tais poderes, a autoridade administrativa objetiva prejudicar um inimigo político, beneficiar um amigo, conseguir vantagens pessoais para si ou para terceiros, estará fazendo prevalecer o interesse individual sobre o interesse público e, em consequência, estará se desviando da finalidade pública prevista na lei. Daí o vício do *desvio de poder* ou *desvio de finalidade*, que torna o ato ilegal.” (*Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 66).

Antigo Regime que a sua superação. A juridicização embrionária da Administração Pública não logrou subordiná-la ao direito; ao revés, serviu-lhe apenas de revestimento e aparato retórico para sua perpetuação fora da esfera de controle dos cidadãos.⁸

A partir daí, sustenta uma mudança dos velhos paradigmas do Direito Administrativo, em especial a supremacia do interesse público, pois a determinação *a priori* de uma preponderância dos interesses públicos sobre os privados não seria compatível com o reconhecimento da centralidade do sistema de direitos fundamentais instituído pela Constituição, bem como com a estrutura pluralista e maleável dos princípios constitucionais.⁹

Aliam-se a essa posição crítica Alexandre Santos de Aragão, para quem o interesse público deve ser considerado pela Administração de forma ponderada com outros valores constitucionais e não sempre de forma superior a estes;¹⁰ assim como Daniel Sarmiento, o qual destaca que a proteção e promoção dos direitos fundamentais dos cidadãos é um imperativo constitucional do Estado, sendo por isso também um interesse público,¹¹ além de outros estudiosos.¹²

Nessa mesma linha, Raimundo Márcio Ribeiro Lima também identifica uma vertente autoritária no direito administrativo desde seu reputado nascedouro, logo após a Revolução Francesa, defendendo que o direito administrativo, de fato, nasceu da necessidade ou imperiosa comodidade de prescrever meios ou instrumentos diferenciados para lidar com questões relacionadas ao Poder Público. Isso teria resultado em um regime que outorgava enormes privilégios ao Estado, já em fins

-
8. *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 11.
 9. BINENBOJM, Gustavo. Op. Cit. p. 31.
 10. A “Supremacia do Interesse Público” no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do Direito Público Contemporâneo. *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 05.
 11. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na perspectiva da Teoria e Filosofia Constitucional. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 83.
 12. Nesse mesmo sentido, veja-se: SILVA, Frederico Rodrigues. A relatividade da Supremacia do Interesse Público: um estudo comparado. In: *Direito Público*. v. 8. n. 43. jan.-fev. 2012. pp. 195-230; SADDY, A. Conceito de interesse público em um Estado em transformação. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*. a. 10. n. 108. fev. 2010. Belo Horizonte: Fórum, 2010. pp. 29-42; CUNHA, Carlos Eduardo Bergamini. Discricionariedade Administrativa e interesses públicos: superando a supremacia em busca da ponderação. In: *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*. a. 11. n. 122. abr. 2011. Belo Horizonte: Fórum, 2011. pp. 9-21; PEDRON, Flávio Quinaud. O Dogma da Supremacia do Interesse Público e seu abrandamento pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal através da técnica da ponderação de princípios. In: *Direito Público*. n. 28. jul.-ago. 2009. pp. 217-234.

do século XVIII e início do século XIX, o qual, em alguns pontos, ainda perduraria até nossos dias.¹³

Para este autor, o direito administrativo no Brasil absorveu diversas contribuições estrangeiras em sua formação e desenvolvimento, além da já citada tradição francesa, como a adoção do sistema de jurisdição una, de influência norte-americana, e da noção de mérito administrativo, do direito italiano, entre outras inspirações. Contudo, não se teria visto livre do exercício autocrático das funções públicas,¹⁴ característica que ainda se mostraria presente no nosso regime de direito público, em que se outorgam garantias privilegiadas aos entes estatais, com base, notadamente, na supremacia do interesse público.

Essa ideia de supremacia dos entes públicos nas relações de direito encontra sustentação já em obras clássicas do direito administrativo. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello afirma que a manifestação de vontade do Estado-poder, em relação a sua organização e ação, se exterioriza num plano de superioridade com relação a seus órgãos, entidades políticas menores e aos particulares e, ante o “caráter autoritário dela” (manifestação de vontade estatal), confere e assegura direitos a todos eles, ao mesmo tempo que lhes impõe obrigações, porque regida pelo direito.¹⁵

Esse mesmo autor ressalva que as possíveis lesões a direitos de terceiros, decorrentes do exercício das respectivas atribuições dos órgãos do Estado-poder, seriam resolvidas pela reparação das perdas e danos, compondo-se os prejuízos havidos, configurando-se nesses estritos termos a responsabilidade do Estado-poder.¹⁶

Vê-se que, em sua clássica doutrina publicista, admite-se o resguardo dos direitos de terceiros perante a atuação do Poder Público, como um imperativo essencial do direito administrativo. Todavia, apenas se reconhece a possibilidade de reparação patrimonial dos eventuais danos. A responsabilidade do Estado aqui assume um caráter ressarcitório, sem se cogitar de outros deveres legais exigíveis do poder estatal em decorrência de sua sujeição ao direito, assumindo o Poder Público posição de primazia na relação jurídica que encabeça.

Em que pese não ser unânime essa tendência atual de conclamar a incompatibilidade da supremacia do interesse público com o próprio Estado Democrático de Direito e

13. Da mesma forma que Gustavo Binenbojm, este autor também contesta o nascimento do direito administrativo a partir da Lei de 28 *pluviose* do ano VIII (1800), tida como a origem formal do direito administrativo. Afirma que a gênese do direito administrativo estaria ligada ao caso *Arrêt Blanco*, já na metade do século XX, no qual ficou definida a existência de um direito aplicável aos particulares, conforme a regra do direito civil, e outro, entre a administração pública e o particular, o qual seria o direito administrativo. (LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. *Administração Pública Dialógica*. Curitiba: Juruá, 2013. pp. 36-37).

14. LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. Op. Cit. pp. 50-52.

15. MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3. ed. v. 1. São Paulo: Malheiros: 1979. p. 70.

16. MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira. Op. Cit. pp. 71-72.

os direitos fundamentais,¹⁷ é certo que a vertente crítica desse axioma trouxe à tona diversas questões as quais não devem ser ignoradas quando se considera a atuação da Administração Pública frente aos novos preceitos constitucionais. A relação entre Administração e administrados é tida, atualmente, como um dos pontos fulcrais na reflexão acerca dos problemas do direito administrativo, tendo em vista que os novos parâmetros que regem o direito público demandam mudanças na tradicional relação fechada e refratária entre a Administração e a sociedade, bem como no tratamento dos indivíduos como súditos, e não como cidadãos.¹⁸

Merece destaque, em especial, a crítica à visão unitária do interesse público. O amplo espectro de direitos e garantias albergados em sede constitucional compreende interesses de diversas naturezas, podendo-se identificar tanto aqueles de caráter individual, quanto os de feição coletiva, havendo ainda os de cunho civil, político, econômico, social, dentre outros.¹⁹

A concepção heterogênea da atual Constituição, representativa de uma sociedade complexa e pluralista, permitiria concluir não haver apenas um interesse público, mas vários. Essa multiplicidade conduz a doutrina contemporânea a defender a impossibilidade de rigidez na prefixação do interesse público, sendo certo que interesses relevantes (como saúde pública, segurança, defesa do patrimônio público

-
17. Maria Silvia Zanella de Pietro é uma forte crítica dessa corrente, pois defende, a princípio, que a noção de interesses gerais diversos dos interesses individuais encontra suas origens desde a antiguidade greco-romana, tendo o princípio do interesse público no direito administrativo se desenvolvido, principalmente, com o advento do Estado Social de Direito e a crescente atuação estatal em diversos setores. Argumenta ainda que “a defesa do interesse público corresponde ao próprio fim do Estado. O Estado tem que defender os interesses da coletividade. Tem que atuar no sentido de favorecer o bem-estar social. Para esse fim, tem que fazer prevalecer o interesse público em detrimento do individual, *nas hipóteses agasalhadas pelo ordenamento jurídico*. Negar a existência do princípio da supremacia do interesse público é negar o próprio papel do Estado” (O princípio da supremacia do interesse público. *In: Interesse Público*. a. 11. n. 56. jul.-ago. 2009. Belo Horizonte: Fórum, 2009. pp. 36-48).
 18. MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 220.
 19. Ao tratar da *ideologia constitucional* e sua presença no conceito material de Constituição, o professor Ivo Dantas leciona que aquela deve representar a ordem constitucional como um todo, incluindo-se aí os princípios consagrados pela sociedade, de diversas naturezas: econômicos, culturais, políticos, etc. Contudo, o constitucionalista pondera que os diversos valores que compõem a ideologia constitucional consagrada são frutos de uma tentativa de *consenso* dos representantes que elaboram o texto da Constituição e não de uma *unanimidade* (*Constituição e Processo*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011. pp. 45-46). Relaciona-se com essa ideia o quanto defendido por Gustavo Zagrebelsky, o qual destaca a necessária coexistência de valores e princípios em uma Constituição, para que esta se mantenha compatível com sua base material pluralista, além de comprometida com escopos de unidade e integração. Tal conjuntura exigiria, por sua vez, que tais valores e princípios não assumissem um caráter absoluto, a fim de que pudessem coexistir entre si de forma compatível (*El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 2009. p. 14). Como bem expõem os estudiosos citados, a heterogeneidade de valores que costumam compor uma Constituição é um dado que não deve ser ignorado, especialmente no âmbito das constituições dirigentes, da qual a brasileira é um exemplo.

etc.) podem conflitar no caso concreto, nem sempre havendo regra predeterminada que defina a preponderância de um sobre o outro.²⁰

Ademais, com a superação do Estado Liberal e o advento de uma sociedade mais aberta e democrática, a rígida separação entre as esferas pública e privada na ordem jurídica não se mostraria mais suficiente para regular as relações que se formam, até mesmo pela própria imprecisão dos referidos conceitos.²¹²² A consagração em sede constitucional de direitos sociais torna exigível do Estado o atendimento de expectativas privadas e, portanto, essa esperada atuação mais incisiva do Poder Público nas relações sociais culminaria por trazer para as relações privadas parâmetros de direito público e vice-versa.²³

Esse notável agigantamento do Estado, a partir do significativo aumento de sua esfera de intervenção, em grande medida, contribuiu para a crise pela qual passa o direito administrativo. Quanto mais se aumentavam os fins do Estado e a consequente necessidade de expansão de seus serviços em benefício da coletividade, mais se mostrava evidente a anacronia dos cânones conceituais do direito administrativo, porquanto as velhas estruturas careciam de eficiência em atender às novas demandas advindas das Constituições mais recentes.²⁴

Jean Rivero bem notou a distinção entre os clássicos direitos que consagravam as chamadas liberdades públicas e aqueles posteriormente reconhecidos, de natureza diversa, os quais buscavam garantir um mínimo de segurança material, implicando diversos deveres positivos ao Estado. Em suas palavras:

Esses direitos do homem, tão essenciais quanto aqueles que inicialmente haviam sido reconhecidos, contudo, distinguem-se deles profundamente do ponto de vista jurídico: conferem a seu titular, não um poder de livre opinião e de livre ação, mas um crédito contra a sociedade, obrigada a fornecer, para lhes satisfazer, prestações positivas que implicam a criação de serviços públicos: seguridade social, serviço de colocação de emprego, ensino etc.²⁵

20. ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. Cit. pp. 6-7.

21. SARMENTO, Daniel. Op. Cit. pp. 49-50.

22. Nelson Saldanha observa que o advento do liberalismo, no mundo ocidental, consagrou correlativamente o racionalismo burguês e a secularização da cultura, os quais aliados ao aumento demográfico, contribuíram para a tecnocracia e os regimes de massa que eclodiram no século XX. Essa “massificação”, ao lado do incremento das comunicações, resultaram por rebentar as divisões entre publicidade e privacidade. (*O Jardim e a praça*. Porto Alegre: SAFE, 1986. p. 19).

23. Como exemplo dessa tendência, pode-se apontar as relações de consumo, reguladas pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/95), tendo em vista que a própria Constituição, em seu art. 5º, inc. XXXII, já determinava que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Com isso, relações tipicamente privadas passaram a ser regidas também por normas de ordem pública, em virtude das fortes repercussões sociais que advém das relações de consumo.

24. LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. Op. Cit. pp. 56-57.

25. RIVERO, Jean. Op. Cit. p. 12.

Essa passagem do Estado-Liberal para o Estado-Providência provocou abalos nas estruturas básicas do direito administrativo, porquanto “construído para lidar com o embate entre autoridade e liberdade, viu-se o direito administrativo, de súbito, tomado por questões de organização e de execução da função administrativa, que antes lhe eram, senão estranhas, ao menos subalternas”.²⁶ Vê-se então que, ao lado da já destacada crise autoritária do direito administrativo, também é notável uma crise de eficiência, vez que o Estado assumiu maiores deveres e, não obstante sua ampla gama de prerrogativas nas relações jurídicas públicas, não logrou atender bem todas as expectativas criadas.

Isso porque o direito administrativo, em sua feição tradicional, foi forjado para regular a atuação estatal frente aos clássicos direitos liberais que exigiam condutas omissivas da administração pública. Tal como se deduz das lições expostas por García de Enterría e Oswaldo Bandeira de Mello, a sujeição do Estado ao direito, em princípio, visava a controlar e reparar possíveis desbordamentos danosos de sua conduta, sem se cogitar da possibilidade de se responsabilizar judicialmente o Estado para forçar a prática de atos em favor dos cidadãos.

Atualmente, a própria ordem constitucional impõe ao Estado o cumprimento de deveres positivos em favor dos indivíduos e da coletividade. Considerando a força cogente das normas constitucionais,²⁷ é evidente que agora o controle legal da

26. BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 19.

27. Esse reconhecimento da força normativa e cogente dos dispositivos constitucionais é derivada do neoconstitucionalismo, termo que pretende explicar um conjunto de textos constitucionais que começaram a surgir depois da Segunda Guerra Mundial, sobretudo a partir dos anos 70 do século XX, entre os quais se enquadra a Constituição brasileira de 1988. Tais Constituições não se limitavam mais a estabelecer competências e separar os poderes públicos, mas continham também normas materiais que condicionavam a atuação do Estado, estabelecendo fins e objetivos. Caracterizavam-se ainda por conter amplos catálogos de direitos fundamentais, renovando o marco de relações entre Estado e cidadão e modificando a prática jurisprudencial, a qual passou a funcionar sob parâmetros interpretativos novos, mais complexos, com a aplicação de princípios constitucionais, ponderação, proporcionalidade e maximização dos efeitos normativos dos direitos fundamentais (SÁNCHEZ, Miguel Carbonell. El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis. *El canon neoconstitucional*. SÁNCHEZ, Miguel Carbonell; JARAMILLO, Leonardo García (coord.). Madrid: Trotta, 2010. pp. 154-155). Integra o fenômeno do neoconstitucionalismo aquilo que Ricardo Guastini identifica como “constitucionalização do ordenamento jurídico”, marcado pela presença de uma Constituição bastante “invasora”, capaz de condicionar a legislação, a jurisprudência, a doutrina, a ação dos atores políticos e as relações sociais. As condições que marcam esse processo de constitucionalização do ordenamento são, entre outras, a *força vinculante da constituição* (toda norma constitucional é vinculante e capaz de produzir efeitos jurídicos) e a *aplicação direta das normas constitucionais* (as normas constitucionais – mesmo os princípios e as normas programáticas – podem ser produzidas efeitos diretos e ser aplicadas por qualquer juiz, em qualquer controvérsia) (GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: SÁNCHEZ, Miguel Carbonell (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2009. pp. 49-55). O ordenamento brasileiro, marcado por uma Constituição de cunho amplo e abrangente, não fugiu dessa tendência, especialmente no que concerne ao reconhecimento da força normativa e da aplicação direta dos direitos fundamentais.

Administração Pública possibilita não apenas eventual anulação de ato administrativo, como também a exigência de prática de ato em favor dos cidadãos, podendo-se, para tanto, utilizar até mesmo as vias jurisdicionais, além dos meios administrativos de resolução de conflitos.

Logo, não se pode mais entender que apenas a Administração Pública, em sua atuação unilateral, pode definir o que é interesse público e conduzir sua atuação, sem considerar os demais atores sociais. Os próprios cidadãos e suas entidades representativas, até mesmo o Poder Judiciário, quando provocado, podem contribuir para apontar os interesses relevantes que a Administração Pública deve considerar ao concretizar sua atuação.²⁸ O valor participação ganha destaque nessa nova conjuntura, representando uma via de abertura para os cidadãos influenciarem na atuação administrativa, conferindo maior legitimidade às decisões e, assim, mitigando em parte a crise autoritária e representativa da qual padece o Poder Público no Brasil.²⁹

Essa nova perspectiva é essencial para se tentar alcançar uma tutela mais adequada e efetiva por meio da ação popular, meio desde sempre vocacionado para o controle da atuação do Poder Público pelos cidadãos.

Elival da Silva Ramos, que insere a ação popular na categoria dos direitos políticos, dispôs sobre esse instrumento, justamente, como uma das formas de participação do cidadão na gestão estatal. Não seria simples exercício de fiscalização, em que meramente se verificaria a correção de procedimento por meio do exame da exteriorização formal e dos demais elementos probatórios da conduta, mas efetivamente um *controle*, que pressupõe atividade de fiscalização, mas vai além por importar na possibilidade de imposição de medidas sancionadoras, no tocante à

28. Cabível nesse ponto fazer menção à noção trazida por Peter Häberle de que “no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição”. Daí porque defende que a interpretação constitucional não é um evento exclusivamente estatal, tendo acesso a esse processo todas as forças da comunidade política, de forma que “o cidadão que formula um recurso constitucional é intérprete da Constituição tal como o partido político que propõe um conflito entre órgãos” (*Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1997. pp. 14-23).

29. Em que pese no Brasil a *participação* na atividade pública não ter ganho o destaque constitucional que ostenta nos textos constitucionais da Espanha (arts. 9º e 23) e de Portugal (art. 48), em que assume um valor autônomo de especial categoria, é possível se extrair da Constituição brasileira essa previsão. No § 3º, art. 37, da CR/88, se dispõe acerca das possibilidades de participação do usuário na administração pública direta e indireta, comando constitucional acrescentado por força da EC nº 19/98. E ainda há aqueles que extraem o princípio da *participação* do art. 1º, § único, da CR/88: “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente” (SANTOS, André Luiz Lopes; CARAÇATO, Gilson. A consensualidade e os canais de democratização. In: CARDOZO, José Eduardo; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (org.). *Curso de direito administrativo econômico*. v. I. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 800).

conduta irregular. A ação popular constituiria, portanto, participação dos cidadãos na função de controle do Poder Público, controle esse de natureza jurídica.³⁰

A lei que regulamenta o procedimento da ação popular constitucional – Lei nº 4.717/65 –, no entanto, ainda dispõe sobre o controle da Administração Pública de forma muito arraigada àquele entendimento tradicional pautado apenas em valores liberais. Isso porque, em sua literalidade, somente permite a anulação de ato, caso presente a lesividade e a ilegalidade, sem tratar expressamente das possibilidades de inibir uma conduta danosa, ou até mesmo, forçar a prática de atos, quando houver para tanto exigência legal ou constitucional.

Esse anacronismo legal fica evidente quando se verifica que a doutrina publicista, ao analisar as possibilidades de tutela decorrentes da ação popular constitucional, costuma restringi-las apenas às de natureza constitutivo-negativa e ressarcitória, extraindo tal entendimento de rigorosa interpretação do artigo 1º, da Lei 4.717/65.³¹

À evidência, essa previsão lacunosa não poderia se sobrepor à necessidade de se efetivar judicialmente, por meio da ação popular, os direitos fundamentais que impõem deveres ao Estado, sobretudo porque muitos desses direitos ostentam repercussão transindividual (como o direito ao meio ambiente equilibrado, p.ex.), sendo a ação popular ainda hoje um dos principais instrumentos do processo coletivo. Ademais, o *status* de norma constitucional desses direitos exige meios para sua efetiva implementação, podendo a ação popular assumir esse papel de via para realização das demandas em favor dos cidadãos e da coletividade.

Nesse contexto de se repensar a atuação do Poder Público sob parâmetros mais participativos, democráticos e efetivos, a ação popular se destaca pelo seu potencial de permitir maior interferência dos destinatários da atuação administrativa (cidadãos) na definição dos interesses que irão conduzir a concretização dos deveres estatais, assim como de forçar a Administração a atender as novas demandas coletivas, em especial aquelas de fundo constitucional.

Contudo, não seriam apenas tais imperativos categóricos provenientes da nova conformação do direito público que emprestariam maior legitimidade à ampliação das possibilidades de tutela da ação popular. É possível se extrair uma ação popular mais

30. RAMOS, Elival da Silva. *A ação popular como instrumento de participação política*. São Paulo: RT, 1991. pp. 197-198.

31. Nesse sentido: “Além da invalidade do ato ou do contrato e das reposições e indenizações devidas, a sentença em ação popular não poderá impor qualquer outra sanção aos vencidos” (MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 176); “A demanda popular é constitutiva negativa e condenatória. (...) O que se pede, pois, imediatamente, na demanda popular, é uma sentença desconstitutiva negativa, isto é, uma sentença que decrete a invalidade do ato lesivo. Em decorrência dessa decisão, deverá a sentença condenar os responsáveis em perdas e danos” (SILVA, José Afonso da. *Ação popular constitucional: doutrina e processo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 104).

efetiva não apenas de exigências sociais hodiernas, mas, especialmente, do próprio sistema legal em que se encontra inserida essa ação.

Como se tentará demonstrar, comedidamente, logo adiante, não apenas é necessário se ter uma ação popular com ampliadas hipóteses de tutela, como é, de fato, possível se vislumbrar uma ação popular mais efetiva, não havendo impeditivos teóricos que demonstrem ser esse meio processual incompatível com os novos parâmetros de atuação estatal.

3. PROCESSO JUDICIAL E PROCESSO ADMINISTRATIVO: POSSÍVEIS VIAS DE EXERCÍCIO DA AÇÃO POPULAR

A ação popular, como visto, não deve ficar imune às transformações que, no direito público, provocaram a exigência de mudanças na forma de atuação do poder estatal, notadamente na forma de controle legal de seus atos.

A princípio, ao se tratar do controle da Administração Pública, sempre se faz referência às medidas jurisdicionais existentes para tanto, além das possibilidades e limitações do Poder Judiciário nesse sentido. O sistema de Jurisdição Una, adotado no Brasil desde a Constituição de 1891,³² fortalece bastante esse tipo de controle, ao permitir que os atos administrativos possam ser revistos pelo Poder Judiciário, de forma final.

Nesse tipo de sistema, as funções judicial e administrativa operam de forma paralela, mas também se relacionam, inevitavelmente, já que os pronunciamentos daquela têm a aptidão não apenas de rever os atos desta, mas de estabilizar as relações travadas sob o regime de direito público. Isso fica bem claro pela lição de Agustín Gordillo que, ao distinguir as funções do Estado, destaca ser o regime jurídico

32. O sistema de dualidade de jurisdição só teve aplicação no Brasil no período imperial, a partir da estruturação de uma Justiça Administrativa, encabeçada por um Conselho de Estado (na forma prevista no art. 157, da Constituição Imperial e regulada, basicamente, pela Lei nº 234, de 24.11.1841). Francisco Cavalcanti, contudo, defende que tal estruturação legal não conferiu a esses órgãos a necessária independência para que, de fato, representassem eficiente mecanismo de controle da função administrativa do Estado. Ademais, sustenta o autor que, conquanto os publicistas do período defendessem ser esta a forma que melhor se adequava à separação de poderes, não se poderia esquecer que as condições socioeconômicas do Estado brasileiro não eram muito favoráveis a um efetivo controle jurídico sobre o exercício da função administrativa. A derrubada do regime imperial e a instituição da República pelo golpe militar de 15.11.1889 provocaram modificações estruturais no Estado brasileiro e radicais mudanças no sistema de controle do Poder Judiciário sobre as demais funções do Estado, com destaque para a derrubada do sistema de dualidade da jurisdição, reputado como fator responsável pela falta de autonomia dos órgãos judiciais controladores da Administração Pública, e não “os problemas culturais presentes na disforme pirâmide social brasileira”, segundo defende Francisco Cavalcanti. (CAVALCANTI, Francisco. Prefácio. In: SILVA NETO, Francisco Antônio de Barros e. *A improbidade processual da Administração Pública e sua responsabilidade objetiva pelo dano processual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. pp. XXI-XXII).

próprio da função jurisdicional aquele no qual suas decisões são definitivas, bem como produzidas por órgão imparcial e independente (conceito orgânico-material).³³

Admite o autor que, em certos casos, o Poder Executivo está autorizado a decidir controvérsias, com base legal. Contudo, em que pese esse tipo de atividade administrativa se assemelhe materialmente à jurisdicional, não se submete ao mesmo regime jurídico desta. O regime jurídico da função jurisdicional, sob o encargo dos juízes, não se aplicaria às atividades similares que realiza a administração.³⁴ Em outras palavras, as decisões administrativas de controvérsias não se revestem de definitividade, podendo ser, a princípio, submetidas à revisão judicial.

A análise do controle legal da Administração Pública acaba sendo, muitas vezes, reduzida ao controle judicial dessa função, com seus respectivos instrumentos e métodos próprios. O controle jurisdicional da Administração sempre foi importante objeto de estudo entre os publicistas, tendo sido ampliadas suas hipóteses de exercício com o passar dos anos, seja por modificações no sistema legal,³⁵ seja por se admitir maior ingerência do Judiciário nesse sentido,³⁶ tudo isso na tentativa de se aprimorar

33. GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo: parte general*. t. I. 3. ed. Buenos Aires: Machhi, 1995. pp. IX-16.

34. GORDILLO, Agustín. Op. Cit. pp. IX-16.

35. Nesse ponto, o mandado de segurança é um bom exemplo. Antes do advento dessa ação, a Lei nº 221, de 20.11.1894, figurou como o primeiro instrumento legal voltado ao controle judicial dos atos administrativos, instituindo a ação de anulação de atos da Administração Pública, em âmbito federal. A Lei nº 221/1894, apesar de representar um marco inicial no controle dos atos do Poder Público, continha limitações que refrearam sua plena eficácia, tais como a impossibilidade de o juiz liminarmente decidir sobre a suspensão do ato e a admissão da ação de anulação somente para os atos da União Federal. A insatisfação quanto ao incipiente sistema de controle dos atos estatais, ensejou a adoção, na prática judiciária, dos interditos possessórios para proteção de direitos pessoais violados por autoridade pública (tema desenvolvido por Rui Barbosa no livro *Posse de Direito Pessoais*) e, posteriormente, do *habeas corpus*, mesmo para proteção daqueles direitos não relacionados diretamente à liberdade de locomoção. O mandado de segurança exsurgiu, assim, para preencher esse vácuo normativo, inicialmente, inserido no ordenamento jurídico brasileiro a partir da Constituição de 1934 e, com exceção do interregno autoritário da Lei Fundamental de 1937, continuou a ser consagrado nos textos constitucionais que se seguiram, até a atual Constituição, sendo marcado por um rito expedito próprio, que possibilita a apreciação liminar da questão litigiosa, medida necessária para fazer frente à força cogente dos atos expedidos pelo Poder Público.

36. García de Enterría demonstra que o desenvolvimento do Estado Social e Democrático de Direito não provocou uma diminuição dos poderes do juiz no contencioso-administrativo e uma maior liberdade dos gestores públicos, pelo contrário. Mesmo considerando que juízes no sistema europeu não ostentam a legitimização popular dos membros do Executivo, eleitos democraticamente, as decisões discricionárias dos agentes políticos devem respeitar o princípio constitucional de submissão da Administração à lei e ao direito. Demais disso, o processo contencioso-administrativo ainda serviria para garantir uma tutela judicial efetiva aos direitos e interesses legítimos dos cidadãos. Demonstram esse incremento no poder de controle dos juízes nos últimos anos o reforço dado aos princípios gerais do direito, o refinamento do poder de controle da discricionariedade por meio do princípio da proporcionalidade, a teoria do balanceamento de custos-benefícios, a teoria do erro manifesto de apreciação, bem como os progressos em matéria de medidas cautelares e execução de sentenças.

o controle do poder e melhor conter arbitrariedades. Tal circunstância não escapou à análise de Patrícia Baptista, a qual sustenta que:

Tradicionalmente, talvez em razão da origem jurisprudencial da disciplina, a atenção dos administrativistas sempre se voltou para o controle jurisdicional da Administração. Procura-se, cada vez mais, dotar o Poder Judiciário de instrumentos e técnicas que permitam controlar com maior amplitude o exercício da função administrativa. No juiz, em regra recaem todas as esperanças e deposita-se a maior parte da responsabilidade de impedir a arbitrariedade do administrador. O controle jurisdicional, todavia, tem limitações. A adoção do modelo da separação dos poderes impõe que alguma zona de escolhas da Administração remanesça ao abrigo do controle do Judiciário. Até porque a discricionariedade do juiz não é, em si, melhor que a do administrador.³⁷

O controle judicial, de fato, comporta limitações, notadamente no que se refere à imposição de condutas à Administração e implantação de políticas públicas, medidas judiciais possíveis, mas que podem, por vezes, esbarrar no princípio da “separação de poderes”, problemática que no direito norte-americano deu ensejo ao chamado *self-restraint* e que na nossa realidade jurídica ainda acende constantes debates.³⁸ Por isso, reforça a autora o argumento levantado, deduzindo que, sendo insuficiente esse controle judicial da atividade administrativa, surgiria então a necessidade de se reforçar outras formas de controle da Administração.³⁹

Para este autor, o juiz recebeu novas armas que completam seu arsenal (ENTERRÍA, Eduardo García de. *Democracia, jueces e control de la administración*. Madrid: Editorial Civitas, 2009. pp. 47-55).

37. BAPTISTA, Patrícia. Op. Cit. pp. 19-20.

38. André Ramos Tavares noticia que desde que o juiz Marshall da Corte Suprema estadunidense avocou para esta a responsabilidade pela supremacia da Constituição, naquele exato momento o Judiciário passou a enfrentar as acusações de usurpar um espaço que não lhe havia sido atribuído ou imaginado pela Constituição de 1787. Não obstante tais críticas, o modelo implementado com o constitucionalismo norte-americano difundiu-se amplamente em diversos países da América, a exemplo do Brasil, que estabeleceu sua corte suprema e um modelo de controle difuso-concreto da constitucionalidade das leis. Esse modelo conduziu os juizes, na sua evolução histórica, a desempenhar um papel diferenciado, mais ativo na concretização implementadora da Constituição. A conotação negativa atribuída a termos como “ativismo judicial” e “Estado judicial” não seria referente à existência de tribunais constitucionais ou ao *judicial review*, mas antes trata de discutir e ponderar a respeito da extensão de sua atividade e respectiva (falta de) legitimidade no que tange a certas “intervenções, notadamente quanto aos limites da “separação de poderes”. É nesse contexto crítico que surge a autocontenção judicial (*self-restraint*), movimento que também se inicia por força do modelo estadunidense, mas que teria sido transportado sem maiores preocupações, por diversos autores, para o modelo de matriz austríaca (Tribunal Constitucional *tout court*). O autor, contudo, opina que, adotada de maneira ampla, a *self-restraint* desemboca na deslegitimação do juiz constitucional para extensas áreas nas quais sua atuação tem sido decisiva e legítima, notadamente perante constituições como a brasileira, que oferece sinais de adoção (e exigência) de uma atuação substantiva (ativista, se se quiser) do juiz constitucional, como implementador da Constituição. A referida exclusão seria dogmaticamente inadmissível (TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012. pp. 114-130).

39. *Idem*, *ibidem*. p. 20.

É nessa conjuntura que se insere o fenômeno da processualidade administrativa, pois esse amplo poder de controle jurisdicional sobre a Administração não impediu que o processo administrativo adquirisse cada vez mais prestígio e relevância, sendo hodiernamente apontado como questão central do estudo do direito administrativo.

Odete Medauar trata bem desse fenômeno, afirmando que, em um primeiro momento, a processualidade era identificada unicamente com a função jurisdicional, de solução de litígios pelo judiciário. A necessidade de se estabelecer parâmetros de controle para os atos administrativos, especialmente os discricionários, assim como o atendimento de garantias prévias dos cidadãos, levou-se a considerar uma processualidade que transcenderia a função jurisdicional, sendo assim uma processualidade administrativa.⁴⁰

Ao esboçar fundamentos de uma teoria geral do processo, Fredie Didier Jr. vai ao encontro desse entendimento, considerando o “processo” como um conceito fundamental primário de sua teoria geral e também um gênero, do qual o processo jurisdicional seria apenas uma de suas espécies, havendo também os de natureza legislativa, administrativa e negocial.⁴¹ Destaca ainda que, sob os auspícios da teoria geral do direito, o poder de criação de normas somente pode ser exercido processualmente, sendo o processo administrativo uma forma de produção de normas gerais e individualizadas pela Administração.⁴²

É pertinente observar que essa visão que prestigia a processualidade administrativa representa uma verdadeira evolução, eis que, por várias décadas, a atenção dos administrativistas se voltava para a atividade estatal externada mediante os serviços públicos e os atos administrativos. Os direitos dos administrados, por seu turno, apenas se consideravam protegidos mediante mecanismos de controle a posteriori, como o controle judicial. Com exceção dos procedimentos tendentes à aplicação de sanções (em que se aplicava uma versão simplificada de contraditório), os demais procedimentos de produção de atos administrativos eram tidos como matéria *interna corporis*, subtraída à participação popular, de particulares e interessados.⁴³

O reconhecimento da processualidade como fenômeno não apenas jurisdicional, mas também administrativo alcançou maior repercussão ao ser expresso no próprio texto constitucional. O inciso LV, art. 5º, da CR/88, dispõe que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, de forma que

40. MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: RT, 1993. pp. 13-16.

41. DIDIER JR., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo*. Tese (livre-docência). São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, Departamento de Direito Processual, 2011. pp. 56-68.

42. DIDIER JR., Fredie. *Op. Cit.* p. 59.

43. SILVA NETO, Francisco Antônio de Barros. *A improbidade processual da Administração Pública e sua responsabilidade objetiva pelo dano processual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. pp. 254 -255.

restou consagrado na ordem constitucional que o processo, como instrumento para a resolução de conflitos, pode ser tanto jurisdicional, como administrativo.

Nos textos constitucionais anteriores, não se encontrava previsão de extensão das garantias do devido processo legal para eventuais processos administrativos, sendo a processualidade administrativa no Brasil, até então, muito pouco desenvolvida.⁴⁴ A Constituição de 1988 inaugurou esse reconhecimento da processualidade administrativa na ordem constitucional, alçando o processo administrativo a um patamar de maior significância. Mesmo assim, Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari fazem crítica contundente ao incipiente estado do processo administrativo no Brasil, reputando ser “quase um escândalo” que date de 1999 a primeira lei federal geral do processo administrativo (Lei 9.784), tendo em vista que, pela tradição constitucional brasileira, o direito de petição e representação (exercidos de forma precípua na via administrativa) já se encontravam muito antes consagrados como garantias individuais fundamentais. Essa inexistência de disciplina normativa teria reforçado a autocracia burocrática da Administração.⁴⁵

Daí se nota o salto qualitativo dado pela Constituição de 1988 ao relacionar o processo administrativo com garantias do devido processo legal (contraditório, ampla defesa e também duração razoável do processo, desde a EC nº 45/2004). Não apenas se reconheceu textualmente processualidade no âmbito administrativo, como se deixou marcado que esse processo também se encontra submetido a balizas que garantem o respeito aos direitos das partes, pois, assim como no processo judicial, há também no processo administrativo a necessidade de se equacionar bem os poderes em jogo e se evitar abusos.

Devido processo legal e o desenvolvimento do processo administrativo são, afinal, ideias que se encontram em fina sintonia, vez que têm em comum o ensejo de limitação do poder e contenção de arbitrariedades.⁴⁶ Nesse sentido, os autores acima citados

44. MARINS, James. *Direito processual tributário brasileiro (administrativo e judicial)*. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2005. pp. 156-157.

45. FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 23.

46. O devido processo legal pode ser entendido como uma cláusula geral, um conceito aberto, razão pela qual há uma tendência de se definir seu significado e conteúdo a partir de casos concretos. É possível se identificar, contudo, a razão maior por trás desse princípio constitucional que é a tutela dos bens maiores dos cidadãos: vida, liberdade e propriedade, por meio da limitação da atuação do poder estatal (BRAGA, Paula Sarno. *Aplicação do devido processo legal nas relações privadas*. Salvador: Juspodivm, 2008. pp. 180-181). As garantias decorrentes do devido processo legal, como julgamento pelo júri e igual tratamento processual, a princípio, faziam crer que o devido processo legal cuidava apenas de questões procedimentais, mas em sua essência já estava a limitação do poder governamental, noção aprimorada com o tempo (SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido processo legal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. pp. 135-136). Os ideais de limitação do poder e contenção de abusos do devido processo legal são mais facilmente apreensíveis quando se enfoca seu aspecto substancial. Ruitemberg Nunes Pereira identifica um caráter substancial do devido processo legal

bem observam que “as normas de processo administrativo, disciplinando e dando publicidade aos mecanismos de tomada de decisões, encerram, indubitavelmente, uma redução ou uma contenção do poder pessoal da autoridade”,⁴⁷ ideal que se encontra plasmado no texto constitucional, na medida em que define balizamentos também para o processo administrativo.

Em razão dessa aptidão do processo administrativo para legitimar decisões e balancear o exercício do poder estatal, não se mostra cabível uma aplicação restritiva dos imperativos do contraditório e da ampla defesa apenas em processos administrativos de caráter sancionatório, na medida em que a atividade processual da administração vai bem além disso. Como já exposto, o processo como gênero é meio de produção de norma jurídica, atividade também presente na seara administrativa, a qual tem sua atuação pautada em parâmetros legais, que podem ser melhor concretizados de forma processualizada. Francisco Antônio de Barros e Silva Neto segue semelhante linha de raciocínio, ao também defender a ampla aplicação do contraditório e da ampla defesa nos processos administrativos:

Não é lícito interpretar restritivamente a cláusula constitucional, reduzindo-a à mera garantia procedimental na aplicação de sanções administrativas. A menção a “litigantes em processo administrativo” abrange todas as hipóteses em que os direitos dos cidadãos são atingidos pela conduta administrativa, gerando conflito de interesses e, assim, litigância. Em todos esses casos se impõe a observância do contraditório e da ampla defesa, com os seus desdobramentos.⁴⁸

Mesmo o argumento de que os atos administrativos podem ser revistos judicialmente não afasta a necessidade de se aparelhar bem o exercício do processo administrativo, respeitando-se todas as garantias individuais das partes interessadas. Isso porque tal medida atende não apenas aos interesses dos contendores particulares, mas também, em última instância, da própria Administração, ao permitir a pacificação de litígios ainda na esfera administrativa, sem necessitar da intervenção do Judiciário se substituindo às outras autoridades públicas.

Ademais, como já ressaltado, o controle jurisdicional comporta limitações. O juízo de discricionariedade que a própria ordem legal confere, em certos casos, àqueles que exercem as funções administrativas, conquanto não seja permitido seu uso irrazoado e sem critérios, ainda persiste como esfera de atuação própria das

desde sua origem, que reputa ser na Alemanha medieval (Decreto de Conrado II, século XI), pois tal norma feudal não possuía caráter estritamente procedimental, mas estava dotada de nítidos contornos substantivos, reproduzidos posteriormente pelo direito britânico. Protegia-se o direito dos vassallos diante da atuação arbitrária e individual dos senhores feudais (PEREIRA, Roitemberg Nunes. *O devido processo legal substantivo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. pp. 24-25).

47. FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. Op. Cit. p. 40.

48. SILVA NETO, Francisco Antônio de Barros. Op. Cit. p. 256.

autoridades administrativas, não sendo legítimo que a apreciação judicial se substitua ao juízo de discricionariedade regularmente exercido no âmbito da Administração competente para tal.

Essa questão se torna especialmente delicada quando se trata de uma discricionariedade técnica, tema inicialmente desenvolvido na doutrina estrangeira, mas que os tribunais brasileiros já começaram a enfrentar. É um assunto relacionado com a já conhecida discricionariedade administrativa, mas essa sua variável técnica diz respeito à aplicação, em determinados âmbitos materiais concretos, de critérios resultantes de conhecimentos especializados requeridos pela natureza da atividade desenvolvida pelos órgãos administrativos.⁴⁹ Em outras palavras, a discricionariedade técnica “refere-se à necessidade de a Administração recorrer a outras ciências para determinar o campo semântico de um conceito legal”.⁵⁰

Como conhecimentos técnicos especializados são utilizados pela Administração em seu processo decisório, a revisão judicial em tais casos é feita de forma mais criteriosa. Um exemplo disso pode ser encontrado em precedente do STJ (Resp. 1171688 / DF, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 23/06/2010) que julgou contenda entre duas operadoras de telefonia, quanto aos valores de uso da rede móvel (VU-M). O acórdão recorrido havia fixado valores para cobrança diferentes do pactuado pelas partes, sem levar em conta a competência da ANATEL para fixar as condições para interconexão, quando não houvesse acordo entre os interessados (art. 153, § 2º, Lei 9.472/97).

Levando em conta “o alto grau de discricionariedade técnica que permeia o assunto” e o princípio da “deferência técnico-administrativa”, aplicou-se ao caso solução dada pela ANATEL em processo de arbitragem sobre a questão tratada, afastando-se a decisão de primeira instância, afirmando-se assim a competência dessa agência reguladora para decidir acerca do problema técnico discutido. Trecho do julgado confirma o tratamento diferenciado que a tutela judicial deve conferir a casos de discricionariedade técnica, ao expor que “em matéria eminentemente técnica, que envolve aspectos multidisciplinares (telecomunicações, concorrência, direito de usuários de serviços públicos), convém que o Judiciário atue com a maior cautela possível - cautela que não se confunde com insindicabilidade, covardia ou falta de arrojo”.

Diversos outros precedentes do STJ fazem menção à discricionariedade técnica e aos cuidados que o controle judicial deve ter quando analisar decisões técnicas da Administração, envolvendo a aplicação de conhecimentos especializados, muitas

49. ALONSO, Augusto González. La doctrina de la discrecionalidad técnica a la luz de la jurisprudencia del tribunal supremo. *Justicia administrativa: revista de derecho administrativo*. n. 58. Valladolid: Lex Nova, 2012. p. 19.

50. ROMAN, Flávio José. *Discricionariedade técnica na regulação econômica*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 86.

vezes multidisciplinares.⁵¹ O juízo de legalidade, próprio da análise jurisdicional, acaba por esbarrar em questões que desbordam os limites jurídicos e alcançam matérias estranhas à expertise judicial, circunstância que impõe um controle mais limitado.

Não se quer com isto apregoar a existência de âmbitos administrativos imunes ao controle legal, ideia que seria a negação do próprio Estado de Direito. Uma vez que há na atuação administrativa pontos que escapam ao exame judicial pleno e definitivo, um processo administrativo, pautado no devido processo legal, pode servir para superar essa limitação, permitindo um melhor sistema de contenção de abusos.

Logo, pode-se inferir que, não obstante a unidade de nossa jurisdição, é possível se fiar em um processo administrativo, uma vez bem regulado e desenvolvido, como forma de se garantir uma atuação estatal que atenda aos anseios do corpo de cidadãos.

Por meio de um processo administrativo é possível se veicular uma pretensão e obter um provimento estatal que garanta a proteção de um direito, especialmente quando se trate de controlar a higidez da atividade administrativa e da proteção de interesses gerais.

Em razão de todo esse panorama teórico subjacente ao processo administrativo é que se vislumbra, ao lado da ação popular exercida em sede jurisdicional, também uma espécie de ação popular em sede administrativa, em que o cidadão poderia provocar diretamente a Administração, para resolver demandas de fundo coletivo.

No direito português, o direito de ação popular pode ser exercido em dois âmbitos, o judicial e o administrativo, cabendo aqui trazer a lição de J. J. Gomes Canotilho:

O direito de acção popular abrange dois tipos de acções: a acção procedimental administrativa e a acção popular civil (art. 12.º). A acção procedimental pode consistir numa acção judicial administrativa destinada à defesa dos interesses já referidos ou num recurso contencioso contra actos administrativos ilegais lesivos dos mesmos interesses (art. 12º/1). A acção popular civil (art. 12.º/2) segue as formas de acção do Código de Processo Civil, isto é, pode revestir as formas de acção preventiva, condenatória ou inibitória.⁵²

Essas duas vias para exercício da ação popular encontram respaldo no art. 52, § 3º, da Constituição portuguesa, bem como na Lei nº 83 de 1995, que regulamenta esse dispositivo constitucional. Nos termos dessa lei – art. 12, § 1º – a ação popular

51. REsp 1162281 / RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 25/02/2013; AgRg no AgRg no REsp 1043779 / SC, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 21/11/2012; RMS 32464 / MG, 1ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 04/11/2010; AgRg no RMS 20200 / PA, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 17/12/2007; AgRg na SLS 163 / PE, Corte Especial, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ 27/03/2006.

52. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 511.

administrativa pode tanto assumir o caráter de recurso contencioso, contra atos administrativos lesivos aos interesses descritos na lei, como também o de ação judicial propriamente dita.⁵³

Essa dualidade de formas para se exercer a ação popular no direito português guarda pertinência com a estruturação bipartida de seu sistema jurisdicional, que adota também a via do contencioso administrativo. Não obstante tal peculiaridade, essa dupla forma de se regulamentar o exercício da ação popular traz à tona a existência de distinções relevantes nos interesses veiculados nas lides administrativas, tanto que se franqueia meio próprio para se exercer a participação popular em tais casos, qual seja, a *ação popular administrativa* (art. 12, Lei 83/95), ao lado da *ação popular civil*.

Mesmo no Brasil não havendo a estruturação de uma justiça administrativa especializada, o direito de petição consagrado em sede constitucional (art. 5º, XXXIV, “a”) fundamenta o exercício de uma ação popular no âmbito administrativo.

A Constituição vigente assegura o direito de petição, entre os direitos e garantias fundamentais, para “defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”.

Para Eduardo Couture, o direito de petição não seria outra coisa que o direito de comparecer perante uma autoridade, existente mesmo quando os poderes do Estado se encontravam confundidos, como no direito público romano, que desconhecia separação nítida entre o Executivo e o Judiciário e no Parlamento inglês, até o século XVIII, que também aglutinava o Poder Judiciário. No sentimento de injustiça que acomete o homem lesado em sua esfera de direitos e que não pode fazer justiça por suas próprias mãos, surgiria o impulso de se recorrer à autoridade e o poder jurídico de se exigir a colaboração dos poderes constituídos do Estado.⁵⁴

Desde a Constituição de 1824 (art. 179, XXX) – a primeira de todas – o direito de petição já se encontrava expressamente positivado, tendo sido consagrado também nas demais ordens constitucionais sucessivamente instauradas, variando apenas na forma como textualmente exposto. Conquanto sua origem histórica anteceda o constitucionalismo moderno e nem sempre tenha ostentado feição de participação política,⁵⁵ assume no atual sistema constitucional brasileiro o *status* de garantia

53. KUYEN, Luiz Fernando Martins. Análise comparativa da ação popular nos direitos português e brasileiro. In: MESSA, Ana Flávia; FRANCISCO, José Carlos (coord.). *Ação Popular*. São Paulo: Saraiva, 2013. pp. 112-113.

54. COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do Direito Processual Civil*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. pp. 32-37.

55. Nota Raimundo Márcio Ferreira Lima que o direito de petição, como expressão de súplica ou de pedido ao soberano, remonta aos séculos VI e VII, embasando-se não em um dever jurídico próprio, mas em um fundamento moral e religioso de condescendência do rei para com seus súditos. Apenas com o advento do *Bill of Rights* de 1689, na Revolução Gloriosa, este instituto teria começado a assumir precisa definição de um direito de participação política. Defende ainda o autor que o direito de petição, em seus contornos atuais, não é uma decorrência da democracia e nem do constitucionalismo moderno, já que os antecede, sendo na verdade decorrente de uma necessidade

fundamental, havendo quem defenda para esse instituto um caráter ambivalente, por permitir tanto a defesa de pretensões de natureza individual, como também coletivas.⁵⁶

Com efeito, em que pese ser sucinto o dispositivo constitucional que trata do direito de petição, a própria lei que regula o processo administrativo em âmbito federal – Lei nº 9.784/99 – traz possibilidades de se defender, na esfera administrativa, direitos tanto em caráter individual, como coletivos e difusos (vide art. 9º e art. 58). Não haveria porque se restringir o exercício do direito de petição, por meio do processo administrativo, para situações apenas de defesa de direitos individuais, já que situações de ilegalidades ou abuso de poder são circunstâncias que já trazem consigo uma repercussão social e podem ser atacadas pelo uso do direito de petição.

O exercício da ação popular é marcado pela postulação de direitos difusos e coletivos (de cunho patrimonial ou não) por um membro individual do corpo social, categoria esta que a Constituição define como cidadão. Essa forma peculiar de se vindicar direitos é possível de ser observada na prática administrativa, pois há suporte legal para tanto, tendo em vista que na própria lei do processo administrativo federal, além das organizações e associações representativas, se confere legitimidade para pessoas iniciarem o procedimento ou nele intervirem, para defesa de direitos ou interesses difusos (art. 9º, IV, Lei 9.784/99). É possível, portanto, que pessoas, individualmente consideradas, possam reivindicar direitos coletivos, administrativamente.

Como exemplo, considere-se a paradigmática demanda para prestação de medicamentos em face do Estado, com base na saúde pública como direito subjetivo (art. 196, CR/88) e nas atribuições previstas para o Sistema Único de Saúde, notadamente a assistência terapêutica integral (art. 200, CR/88; art. 6º, “d”, Lei 8.080/90). A exigência para o fornecimento de medicamentos pelo Estado pode ser feita judicialmente, mas também é possível se reclamar tal direito nas vias administrativas, impulsionando-se o procedimento próprio previsto na lei do SUS, destinado a definir as prioridades de investimento nessa área.

A Lei 8.080/90, que regulamenta o serviço de saúde pública, sofreu recente alteração, para aprimorar a parte que trata da assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia no âmbito do SUS (Lei nº 12.401/2011), com o fito de procedimentalizar as escolhas administrativas prévias acerca da prestação de medicamentos e produtos para a saúde.

De acordo com as justificativas do então projeto de lei, essa inovação legal levou em conta a constante expedição de medidas liminares pela Justiça nos últimos anos, obrigando os gestores do SUS a fornecer medicamentos não ofertados ou não disponíveis nas farmácias das unidades públicas de saúde, alguns até mesmo ainda

de se criar mecanismos de comunicação entre os atores do poder. (LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. Op. Cit. pp. 337-338).

56. LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. Op. Cit. pp. 345-346.

não registrados no País. A estruturação de um processo administrativo para definição de estratégias terapêuticas poderia, assim, assegurar uma prestação da saúde mais adequada e financeiramente mais segura.⁵⁷

O art. 19-Q da referida lei agora determina ser atribuição do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS, a “incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica”. Diz ainda que essa atribuição será realizada mediante a instauração de *processo administrativo* (art. 19-R), o qual observará, no que couber, o disposto na Lei nº 9.784/99, além das suas determinações especiais (§1º, art. 19-R).

Uma vez regido esse procedimento específico pelas regras gerais da Lei nº 9.784/99, seria possível que pessoa, individualmente considerada, no exercício de seu direito de petição, iniciasse o processo administrativo próprio, com a finalidade de tentar incluir no rol preestabelecido pelo SUS medicação ou produto terapêutico o qual achasse necessário. Haveria aí nessa situação o exercício de uma ação popular no âmbito administrativo, mesmo que a instauração do procedimento para inclusão de medicamento visasse a interesse do próprio peticionante, que por ventura precisasse do tratamento, tendo em vista que a possível aceitação de seu pleito (inclusão de medicamento na lista) ampliaria o direito à saúde de todos os demais que necessitassem desse medicamento no âmbito do SUS. Por meio desse pleito administrativo individual poderia se concretizar um direito difuso (direito à saúde).

Importante observar que esses acréscimos legais operados pela Lei nº 12.401/2011 criaram uma esfera de *discrecionabilidade técnica*, porquanto estipularam competências administrativas específicas, pautadas em critérios técnicos, de forma que, uma vez atendido o regular procedimento de decisão, torna-se mais dificultoso para as vias judiciais superarem ou substituírem as escolhas administrativas.

O pleito para fornecimento de medicamentos pelo Estado, em âmbito judicial, é plenamente possível, pois o direito à saúde merece ampla proteção e efetivação. Todavia, devem ser respeitadas as escolhas administrativas, se pautadas no regular processamento feito para assegurar a segurança e a eficácia da prestação terapêutica, circunstância que a análise judicial não poderá ignorar. César Caúla esclarece bem esse ponto, ao analisar as inovações procedimentais trazidas pela Lei nº 12.401/2011 e como isso afetará o exame judicial das prestações terapêuticas pelo Estado:

57. É isso que entende César Caúla, a partir dos pareceres expedidos na tramitação do projeto de lei na Câmara dos Deputados e no Senado, para justificar os acréscimos legais na Lei 8.080/90. (CAÚLA, César. Judicialização da saúde: o que deve mudar em face da lei número 12.401/2011? In: PINTO E NETTO, Luísa Cristina; Bitencourt Neto, Eurico (coord.). *Direito administrativo e direitos fundamentais – diálogos necessários*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 99).

[...] A partir do momento em que a lei estabelece que a obrigação estatal se prende a protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas, é indubitável que soluções simplistas, as quais apenas questionem acerca da pertinência entre estado mórbido e medicação, procedimento ou produto, serão de todo inadequadas para o trato judicial dos problemas relacionados à assistência médica.

Perceba-se, inclusive, que os ditos documentos deverão, quanto às doenças e aos agravos à saúde a que se refirir, estabelecer métodos de tratamento alternativos, à consideração do quadro evolutivo daqueles, bem assim, da ocorrência de intolerância ao tratamento ou de ineficácia dele. É necessário, por conseguinte, que se estabeleçam os medicamentos, produtos ou procedimentos de “primeira escolha”, mas que igualmente se determinem, como alternativa a eles em situações nas quais se apresentem inadequados, outros esquemas de tratamento. Ora, isso impõe que a tal “primeira escolha”, tecnicamente estabelecida, deva ser respeitada pelo administrador público e pelo julgador, apenas se justificando sua superação quando o determinarem as condições específicas referidas pela lei (de cuja presença concreta, deverá a parte autora, no processo judicial, fazer prova cabal, quando pretender que o ente público lhe preste essa assistência distinta do padrão tecnicamente tido como preferencial) e, ainda assim, em favor das demais alternativas previamente referidas nos protocolos e diretrizes.⁵⁸

O exemplo ora trazido demonstra não apenas a possibilidade legal de se exercer uma ação popular administrativa, como também a pertinência desse exercício para provocar a Administração a rever ou a praticar atos que no âmbito judicial teriam uma análise mais limitada.

Poderia se arguir contra a possibilidade de ação popular administrativa que o direito constitucional de petição sobre o qual se acha fundamentada não poderia se equivaler ao direito de ação que fundamenta a ação popular judicial, porquanto o direito de ação no sistema brasileiro seria condicionado (legitimidade e interesse de agir) e submetido a diversos requisitos formais (art. 485 e incisos, CPC/2015) que não poderiam ser transpostos para a seara administrativa.

Em verdade, é próprio do direito de petição seu livre exercício, em razão, notadamente, de seu especial *status* constitucional (art. 5º, XXXIV, “a”) e da sua aptidão para contenção de abusos e defesa de direitos. A gratuidade do seu uso é assegurada na própria Constituição.

Ademais, o direito de petição decorre de um dispositivo constitucional autoaplicável, podendo ser exercido perante qualquer órgão do Poder Público, de forma provocada ou de ofício, independente de regulamentação prévia, não dispondo de forma rígida de procedimento, porquanto se caracteriza também por ser informal. À evidência, também não se exige para tanto o preenchimento da capacidade

58. CAÚLA, César. Op. Cit. p. 106.

postulatória, tal qual no exercício do direito de “ação”.⁵⁹ Mesmo considerando que a lei pode regular o modo, a forma e a estrutura do processo administrativo que irá instrumentalizar o direito de petição, em homenagem ao *devido processo legal*, é certo que o Poder Público não poderá deixar de receber e processar o pedido nesses termos, só lhe cabendo denegar a postulação se carecedora de amparo legal.⁶⁰

Não obstante as aparentes diferenças nos regimes jurídicos, “direito de petição” e “direito de ação” são aptos a fundamentar a defesa de interesses legalmente protegidos, inclusive os de caráter metaindividuais, eis que *ação*, como categoria jurídica, ostenta não apenas uma feição processual, mas também material.

Quando aqui se defende o exercício de uma ação popular, no âmbito administrativo, está-se tratando de uma ação de direito material, a qual subsiste paralelamente à ação de direito processual, esta sim submetida a todos aqueles condicionamentos que escapam ao direito de petição.

Essa distinção entre ação material e processual persiste em nosso sistema, ainda que se considere o monopólio da jurisdição pelo Estado (art. 5º, XXXV, CR/88), já que, como visto, o plano administrativo também comporta a defesa de direitos, individuais ou coletivos. Além disso, estando bem assentada essa diferenciação, torna-se possível não apenas estender as possibilidades de prestação de direitos para a esfera administrativa, como também ampliar as hipóteses de tutela dentro da própria atividade jurisdicional.

4. AÇÃO DE DIREITO MATERIAL E EXERCÍCIO DA AÇÃO POPULAR NA VIA ADMINISTRATIVA

Quem melhor desenvolveu o tema da ação na doutrina pátria, notadamente em sua perspectiva material, foi Pontes de Miranda, merecendo detalhada análise sua teoria sobre o tema.

A ação sempre deu ensejo a diversas correntes de pensamento, as quais procuravam dar consistência teórica e melhores possibilidades de exercício a esta que sempre foi uma das categorias nucleares da teoria do processo. Mesmo já consagrada a autonomia do plano processual, o estudo da ação não se vê livre de polêmicas, já que nele o processo e o direito material se tangenciam, fenômeno nem sempre bem compreendido apesar de sua ampla repercussão prática. Pontes de Miranda não ignorou essa peculiaridade, trabalhando bem a ação tanto sob o aspecto material, como processual, razão pela qual suas conclusões permitem uma visão mais ampla do tema.

59. Todas essas características do direito de petição são listadas por Leonardo Carneiro da Cunha, ao criticar a paradigmática decisão do STF que conferiu à Reclamação (prevista no art. 102, I, “I”, da CR/88) a natureza jurídica de direito de petição e não de ação autônoma (ADIn 2.212-1/CE) (*Fazenda Pública em Juízo*. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2012. pp. 644-645).

60. FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. Op. Cit. pp. 147-149.

É necessário, antes de tudo, deixar bem assentado que a ação material existe mesmo antes de ser deduzida em juízo e invocada qualquer pretensão à tutela jurídica. Isso porque é uma categoria pertencente ao âmbito do direito material, consubstanciando-se como uma das decorrências do direito subjetivo, podendo ser exercida em juízo ou fora dele. Logo, ação material e direito subjetivo são categorias diretamente relacionadas.

Pontes de Miranda define o direito subjetivo como “a vantagem que veio a alguém com a incidência da regra jurídica em algum suporte fático”. A distribuição dos bens da vida (liberdade, honra, direitos políticos etc.) feita pelas regras jurídicas, quando atribui posição de vantagem a alguém, confere a este um direito subjetivo.⁶¹

O autor, contudo, faz notar que essa posição jurídica de vantagem que é o direito subjetivo não se confunde com a pretensão, nem com a ação, as quais seriam um “plus” àquele. A ação, portanto, não seria um elemento constitutivo do direito subjetivo, mas uma decorrência dele, tal qual a pretensão. Ação e pretensão seriam, enfim, acréscimos à esfera de vantagens do detentor do direito subjetivo, sendo derivados deste, podendo ocorrer ou não, a depender da situação concreta.

Na relação jurídica básica formada em razão de um direito subjetivo, no lado ativo há uma posição de vantagem; no lado passivo, um dever. Todavia, a coercibilidade desse direito já seria um “plus”, pertencente ao plano das ações e da tutela jurídica. De forma mais específica, conferido a alguém um direito subjetivo, se este se torna também exigível, surge a pretensão; se descumprido o comando legal exigido, sobrevém a ação. Não sendo a exigibilidade sempre existente no direito subjetivo, é possível se cogitar de direitos sem pretensão ou ação, como os créditos de jogo. Da mesma forma, também é possível que, mesmo após extinto o prazo para a ação, permaneçam intactos a pretensão ou o direito subjetivo, como ocorre nas dívidas prescritas.⁶²

Por isso, direito subjetivo, pretensão e ação não se confundem. As pretensões são dotadas de exigibilidade; a ação é a atividade para a satisfação, uma vez já exigido o direito e não cumprido e, por sua vez, ambas (pretensão e ação) só podem ser exercidas pelo titular do direito quando a lei assim permita.⁶³

Ação no sentido material, portanto, traz consigo uma ideia de agir (possibilidade de agir), sendo uma atividade do titular do direito dirigida contra a parte passiva da relação jurídica, dependendo de autorização legal para tanto.

Esse caráter ativo, próprio da ação material, também foi observado por Ovídio Baptista da Silva, ao deduzir que “o direito subjetivo, assim definido é um *status*, uma categoria jurídica estática, ao contrário da ação que pode ser esse próprio direito

61. MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações*. t. I. São Paulo: RT, 1970. p. 30.

62. MIRANDA, Pontes de. *Op. Cit.* pp. 31-33.

63. MIRANDA, Pontes de. *Op. Cit.* pp. 47-48.

subjetivo em seu momento dinâmico”.⁶⁴ Segundo o processualista, a ação de direito material é o agir do titular do direito para a realização, independente da vontade do obrigado; diferente do exercício da pretensão, que supõe a simples exigência por parte do titular do direito subjetivo, “de tal modo que a realização ainda se dê como resultado da ação do próprio obrigado”.⁶⁵ A ação material, portanto, já é a busca para a realização do direito, em face da relutância em se cumprir o exigido.

Analisando a teoria de Pontes de Miranda, Pedro Henrique Nogueira destaca que os direitos subjetivos são integrados por poderes (poder do proprietário de alienar a coisa, poder do credor de renunciar ao crédito etc.), mas haveria ainda aqueles poderes jurídicos conferidos *in genere*, independentes da natureza do direito que se estivesse a tratar. Dentre esses poderes gerais, aponta a pretensão, como poder jurídico de exigir, e a ação material, como o poder de impor a satisfação do direito subjetivo.⁶⁶

Afinal, a ação material seria “o poder jurídico conferido ao titular de um direito subjetivo, após a ocorrência de um fato jurídico, de impor a sua satisfação, ainda que contra a vontade do sujeito passivo”.⁶⁷ Este autor, contudo, ressalta ainda um importante aspecto da ação material, muitas vezes ignorado, qual seja, a diferença entre a sua titularidade e o seu exercício.

Isso porque a ação material seria um efeito jurídico específico e existiria em potência, podendo-se ter a ação, sem, no entanto, exercê-la.⁶⁸ Comumente, quando se trata da ação material se realça o momento de seu exercício que se dá, em regra, por meio da ação processual. Contudo, a ação como categoria do direito material já existe antes mesmo de ser invocada em juízo, havendo ainda as excepcionais hipóteses de autotutela em que pode ser exercida a ação, independentemente de apelo jurisdicional (p.ex. direito de retenção do depositário e legítima defesa, respectivamente, artigos 644 e 188, I, do CC/2002, entre outros).

Essas autorizações para exercício da ação material fora do Judiciário, todavia, constituem hipóteses excepcionais, em razão do monopólio estatal da jurisdição e da proibição geral da justiça de mão própria. Quando o titular do direito material não pode realizar privadamente sua ação material, cabe ao Estado realizá-la, disso exsurgindo a pretensão à tutela jurídica, exercida por meio dos remédios processuais.

Pontes de Miranda destaca que essa pretensão à tutela jurídica é irrenunciável, de direito público e sempre dirigida contra o Estado, quer a exerça o autor ou o réu.⁶⁹

64. SILVA, Ovídio A. Baptista da. Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL Guilherme Rizzo (org.). *Polêmica sobre a ação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 16.

65. SILVA, Ovídio A. Baptista da. Op. Cit. p. 18-19.

66. NOGUEIRA, Pedro Henrique. *A teoria da ação de direito material*. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 107.

67. NOGUEIRA, Pedro Henrique. Op. Cit. p. 110.

68. NOGUEIRA, Pedro Henrique. Op. Cit. p. 108.

69. MIRANDA, Pontes de. Op. Cit. p. 232.

Destaca ainda que é indiferente, para os fins da Justiça, que o postulante, de fato, tenha direito subjetivo material ou disponha de pretensão. Os pressupostos da tutela jurídica somente poderiam ser os pressupostos para que o Estado tenha de julgar, e não os pressupostos para que tenha de julgar favoravelmente ao autor, ao demandado, ou ao terceiro; sob pena de se misturarem pressupostos da tutela jurídica, com pressupostos da pretensão de direito material.⁷⁰

Pretensão à tutela jurídica não é, portanto, uma pretensão à sentença favorável e do seu exercício surge a pretensão processual.⁷¹ O dever estatal decorrente dessa pretensão processual é o de decidir sobre o mérito, a questão de fundo, independentemente de ser favorável ou não a quem postula. É ainda possível que esse tipo de pretensão se submeta ao preenchimento de pressupostos, como capacidade e interesse, que determinarão a admissibilidade da ação processual.⁷²

Vê-se, afinal, que a pretensão à tutela jurídica⁷³ é aquilo que comumente é referido como “direito de ação”, de caráter abstrato e voltado contra o Estado, para que este preste a tutela que passou a dever quando monopolizou a jurisdição.

O exercício dessa pretensão, por seu turno, é feito através dos remédios jurídicos processuais, que nada mais são que o meio instrumental posto à disposição daqueles que queiram suscitar uma prestação de tutela,⁷⁴ isto é, a via formal prevista no ordenamento para obtenção de uma tutela processual.

Para muitos, o remédio jurídico seria a “ação processual”,⁷⁵ mas estes conceitos não se confundem, pois aquele é o instrumento para se provocar a prestação da tutela,

70. MIRANDA, Pontes de. Op. Cit. pp. 236-238.

71. Pontes de Miranda explica que a pretensão à tutela jurídica se exerce pré-processualmente. Quem tem pretensão à tutela jurídica tem-na, ainda que não a exerça. Já a pretensão processual depende do pedido (para que se declare, constitua, condene, mande ou execute). Por isso, quem exerce pretensão à tutela jurídica não a perde e se faz titular também da pretensão processual. (Pretensão à tutela jurídica, pretensão processual e pretensão objeto do litígio. *Revista Forense comemorativa 100 anos*. t. V. MOREIRA, José Carlos Barbosa (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2006. pp. 94-95).

72. MIRANDA, Pontes. Op. Cit. pp. 242-243.

73. Explica Marcos Bernardes de Mello que a pretensão à tutela jurídica decorre de um direito público subjetivo que no Brasil tem status constitucional de direito fundamental (art. 5º, XXXV e LV). Diz ainda que se insiste em chamar *pretensão à tutela jurídica* e não *direito à tutela jurídica*, porque aí o direito e a exigibilidade já nascem simultaneamente, já se configurando uma pretensão, razão pela qual não teria sentido se falar em direito, quando já existente a pretensão que o acoberta. (Da ação como objeto litigioso no processo civil. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). *Teoria quinária da ação: estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos do seu falecimento*. Salvador: Juspodivm, 2010. pp. 390-392).

74. MIRANDA, Pontes de. Op. Cit. p. 277.

75. Remédio jurídico processual e ação processual, via de regra, são duas categorias equiparadas, vistos como instrumentos fornecidos pelo ordenamento para se ir a juízo alegar uma pretensão violada. Todavia, há quem defenda uma distinção entre um e outro, sendo o remédio jurídico processual meio para obtenção da tutela jurisdicional; ao passo que a ação processual seria a afirmação

inclusive perante o judiciário; ao passo que este é o meio para se afirmar em juízo uma ação material, deduzida como um dos elementos da *res in iudicium deducta*, sendo a forma mais comum de se tentar satisfazer uma ação material.

Já se mostra possível agora perceber a ação material como categoria distinta do remédio jurídico processual (exercido no plano processual), sendo aquela, como visto, a possibilidade de imposição da pretensão não cumprida, de natureza concreta, determinada e voltada contra o sujeito passivo da relação jurídica material. O remédio jurídico processual, por outro lado, é de feição universal, abstrata e indeterminada,⁷⁶ atribuído a qualquer um que tenha capacidade de ser parte⁷⁷ (podendo ter ou não ação material). Quando o remédio jurídico é exercido em juízo, dando ensejo à “ação processual”, é manejado contra o Estado, na qualidade de devedor da prestação de tutela jurisdicional.

Ao se distinguir ação material, remédio jurídico processual e pretensão à tutela jurídica como diferentes acepções do termo ação, parte-se da noção de que o fenômeno jurídico pode se manifestar em três planos: o material, o processual e o pré-processual. O direito material e o processual se contrapõem, qualificando-se de material um direito quando se toma como referência um processo. Admite-se, desse modo, que o direito também existe fora do plano processual, uma vez titularizado e ainda que não exercido.⁷⁸

(comunicação de fato) que preenche o conteúdo do remédio jurídico processual, uma afirmação feita processualmente da existência ou inexistência de situações jurídicas materiais, em especial a ação. O primeiro seria o continente, o segundo o conteúdo. (GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; MIRANDA, Gabriela Expósito Tenório. *O fenômeno processual de acordo com os planos material, pré-processual e processual do direito*: breves considerações do tema a partir (e além) do pensamento de Pontes de Miranda. Artigo inédito).

76. Pontes de Miranda esclarece que esse caráter universal vai até certo ponto, na medida em que a lei pode determinar para os remédios processuais pressupostos de legitimação ativa e passiva que atenuem a possibilidade de serem usados por todos, independentemente das ações que tenham (abstração) e do objeto (indeterminação). De toda sorte, é possível se inferir que o remédio jurídico processual é conferido a quem quer que se ache em condições de propô-lo, variando apenas os pressupostos de legitimação ativa e passiva. (Op. Cit. p. 275).
77. Marcos Bernardes de Mello explica que os remédios jurídicos exigem para o seu uso a titularidade da capacidade de ser parte, reconhecida no direito hodierno, indistintamente, a todas as pessoas físicas e jurídicas. No entanto, no direito brasileiro, ainda haveria a possibilidade, em situação particulares, de essa capacidade ser reconhecida a certos entes que não são pessoas, como o o espólio, o nascituro, o condomínio etc. Em suma, leciona que “a simples possibilidade de poder estar em juízo como parte ou interveniente, mesmo que seja por intermédio de representante (absolutamente incapaz) ou assistente legal (relativamente incapaz), é que caracteriza a capacidade de ser parte”. (Op. Cit. p. 394).
78. O direito fora do processo subsiste por si só, não precisando, a princípio, ser qualificado de material. Essa adjetivação surge quando se toma o processo como ponto de referência. Da mesma forma, o plano pré-processual se define a partir dessa contraposição entre direito material e processual. (GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; MIRANDA, Gabriela Expósito Tenório. Op. Cit.).

O pré-processual é um plano intermediário entre o material e o processual, mas que com estes não se confunde, situando-se em tal limite aquelas categorias eficáciais que não são objeto de um processo, mas que são necessárias para formação da relação jurídica processual.⁷⁹ Aquilo que se situa no plano pré-processual (direitos, pretensões etc.) é determinante para a eficácia da relação processual, sendo um pressuposto desta, mas não faz parte daquilo que é levado a julgamento.

Em razão desse caráter equívoco do termo ação, propenso a designar distintas realidades, é importante delinear-se bem os diferentes planos do direito, a fim de melhor destacar as consequências decorrentes dos diversos sentidos em que a ideia de ação pode ser tomada.

Quando se fala em ação material, essencial se mencionar sua classificação pela eficácia preponderante. Em que pese não ser a única forma de se classificar as ações, tem como ponto positivo o reconhecimento de que as estas possuem sempre mais de uma eficácia, as quais decorrem do próprio direito material, mesmo quando reconhecida judicialmente a ação.

Assim ensina Pontes de Miranda quando diz que não há nenhuma ação (material) que seja pura, que apenas disponha de eficácia declarativa (ou só constitutiva, condenatória, mandamental ou executiva). Diz-se que uma ação material é, por exemplo, declaratória, quando esta é sua eficácia preponderante, havendo sempre ainda um pouco das demais, em força menor. A sentença julgada procedente também é dotada de todas essas eficácias, em diferentes pesos, já que aí se reconhece, total ou parcialmente, a ação material afirmada em juízo. Logo, também não há sentença procedente de única eficácia.⁸⁰

No plano do processo, o remédio jurídico processual é a via pela qual se pede que se declare, se condene, se constitua, se mande ou se execute a ação material, sendo que este pedido não se confunde com a própria ação que se quer ver reconhecida.⁸¹ A afirmação de um direito subjetivo, pretensão ou ação material será objeto de exame no processo, podendo ser reconhecida (procedência) ou não. Ação material e remédio jurídico processual podem ser exercidos conjuntamente, porém, nem sempre que se afirme uma ação material em um processo, necessariamente, esta será reconhecida como existente.

A pretensão à tutela jurídica (“direito de ação”), devida tanto ao autor quanto ao réu, é própria do plano pré-processual, assim como o direito ao remédio jurídico processual (e sua respectiva pretensão), uma vez que devem ser pré-existentes ao processo e são determinantes para sua formação regular.⁸² Igualmente, aquilo que se

79. GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; MIRANDA, Gabriela Expósito Tenório. Op. Cit.

80. MIRANDA, Pontes de. Op. Cit. pp. 124-126.

81. MIRANDA, Pontes de. Pretensão à tutela... p. 94.

82. GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; MIRANDA, Gabriela Expósito Tenório. Op. Cit.

consagrou no direito brasileiro como condições da ação e pressupostos processuais⁸³ (art. 485, inc. IV e VI, do CPC/2015, que para Marcos Bernardes de Mello deveriam ser chamados de pressupostos para o exercício da pretensão à tutela jurídica)⁸⁴ também se encontram no plano pré-processual, pois configuram pressupostos para o desenvolvimento válido e regular da relação processual jurisdicional.

É importante atentar-se para os fenômenos típicos do plano pré-processual, eis que é nessa esfera intermediária entre o processo e direito material que se encontram as situações jurídicas que irão justificar a possibilidade de prestação de tutela tanto em vias judiciais, como administrativas.

Isso porque o remédio jurídico processual tanto pode assumir a forma de “ação processual” como de “ação administrativa”, no sentido de se consubstanciar como uma via para a afirmação e o exercício da ação material. Afinal, a pretensão e a ação material não dispõem apenas do caminho judicial para sua satisfação e imposição, desde que a ordem jurídica não proíba as demais vias.⁸⁵

A própria Constituição reconhece a via administrativa como apta ao desenvolvimento do processo e defesa de interesses, como já destacado. É, portanto, cabível se

-
83. Fredie Didier Jr. observou que o CPC/2015 não mais menciona a categoria “condição da ação”, tampouco se vale do termo “carência de ação” para expressar ausência interesse de agir e legitimidade das partes, concluindo que não há mais razão para o uso, pela ciência do processo brasileira, do conceito “condição da ação”, categoria que teria sido abandonada no CPC em vigor, que teria tratado o *interesse de agir* e a *legitimidade das partes* como meros pressupostos processuais (*Curso de direito processual civil*. 19. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. pp. 346-347). Contudo, tal entendimento pelo abandono da teoria de Liebman no CPC/2015 e o conseqüente desinteresse no seu estudo, não é posicionamento pacífico na doutrina. Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, ao contrário, entendem que o CPC/2015, apesar da ausência de referência expressa a “condição da ação”, não se afastou da concepção de Liebman, mas se aproximou ainda mais, ao prever apenas duas hipóteses de condição da ação, em vez de três, dessa forma se ajustando à versão final da teoria do doutrinador italiano, que deixou de considerar a possibilidade jurídica do pedido como condição da ação (*Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo*. 16. ed. São Paulo: RT, 2016. pp. 200-201.). Não obstante tal polêmica doutrinária, o Superior Tribunal de Justiça, em decisão proferida pela Primeira Seção, posicionou-se no sentido de não mais considerar as condições da ação como categoria processual autônoma, diversa dos pressupostos processuais e do mérito, expressamente apontando que a possibilidade jurídica do pedido deixou de ser questão relativa à admissibilidade e passou a ser mérito (STJ. AR 3.667/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, julgado em 27/04/2016, DJe 23/05/2016).
84. Também é objeto de crítica pelo eminente jurista a inclusão da *possibilidade jurídica do pedido* e da *legitimidade ad causam* como pressupostos para o exercício da pretensão à tutela jurídica, pois seriam, na verdade, questões referentes ao mérito da causa, e não preliminares à formação da relação processual. (MELLO, Marcos Bernardes de. *Condições da ação: questões de mérito ou não mérito?* In: DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos (org.). *Pontes de Miranda e o direito processual*. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 858).
85. Pontes de Miranda ainda reconhece a possibilidade de uma “ação” em juízo arbitral, ou em outro corpo não estatal ou paraestatal. Diz ainda que o possível corte que o direito processual faça em alguma dessas vias (judicial, administrativa, arbitral) não afeta a ação material, cujo corte total ou parcial deve ser feito pelo direito material. (MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações...* pp. 110-112).

entender que há direito ao remédio jurídico processual também no plano administrativo, em nosso ordenamento.

5. AÇÃO POPULAR ADMINISTRATIVA E JUDICIAL: DISTINÇÕES

O direito ao remédio jurídico processual é determinado, previamente, pela lei processual, podendo ser disponibilizado mais de um tipo de procedimento para afirmação e satisfação de uma mesma situação material. Um exemplo claro disso é a possibilidade de se exigir uma tutela mandamental tanto por meio do procedimento ordinário, regulado no Código de Processo Civil, como pela via do mandado de segurança, uma vez satisfeitos seus requisitos específicos. Caso se verifique a necessidade de dilação probatória, a sentença desfavorável não irá atingir a ação material, mas apenas a pretensão àquele remédio jurídico processual específico.⁸⁶

Essa possibilidade de previsão de mais de um remédio jurídico processual para a tutela de uma mesma situação material (direito, pretensão, ação, exceção), ou até mesmo a concessão de remédio jurídico processual para uma situação material específica (habeas corpus, execução fiscal, mandado de segurança, execução de títulos extrajudiciais etc.), são formas de se concretizar a exigência de uma tutela adequada,⁸⁷ apta a efetivamente salvaguardar as situações materiais, notadamente as dotadas de especificidade.⁸⁸

Uma vez que há, constitucionalmente, autorização para o processamento de direitos pela via administrativa, a prestação de uma tutela adequada também se mostra imperativa nesse âmbito, devendo-se permitir o uso de remédio jurídico apto ao exercício de direitos, pretensões e ações materiais carentes da tutela administrativa.

À evidência, a relação jurídica processual formada a partir de remédio jurídico exercido no judiciário, não será a mesma que exsurgirá do remédio jurídico utilizado em âmbito administrativo.

86. BURIL, Lucas; PEIXOTO, Ravi. A denunciação da lide como remédio jurídico processual: uma contribuição à luz da doutrina de Pontes de Miranda. In: DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos (org.). *Pontes de Miranda e o direito processual*. Salvador: Juspodivm, 2013. pp. 691-692.

87. BURIL, Lucas; PEIXOTO, Ravi. Op. Cit. p. 691.

88. A prestação de uma tutela (que pode ser jurisdicional ou administrativa), para ser efetiva, deve guardar respeito àquilo que se encontra previsto no plano do direito material. Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni afirma que “como o direito à efetividade da tutela jurisdicional deve atender ao direito material, é natural concluir que o direito à efetividade engloba o direito à preordenação de técnicas processuais capazes de dar respostas às necessidades que dele decorrem”. Mais adiante, arremata: “se as tutelas dos direitos (necessidades no plano do direito material) são diversas, as técnicas processuais devem a elas se adaptar” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 114).

Em sede jurisdicional, a relação jurídica formada contrapõe autor e réu perante o juiz, sendo esta a angularização típica.⁸⁹ Já no processo administrativo, a relação processual pode ser formada apenas entre o ente estatal julgador de um lado e, do outro, a(s) parte(s) interessada(s), sem se cogitar de autor, réu e sucumbência entre um e outro, como ocorre, por exemplo, nos processos fiscalizatórios que tramitam nos Tribunais de Contas (prestação de contas, auditorias etc.), bem como nos processos administrativos disciplinares em geral. Nesses casos, o objetivo é aplicar o direito ao caso, cominar a devida sanção e recompor perdas, se necessário, não havendo, ao fim, uma situação de vencedor e vencido.

Da mesma forma, a eficácia de uma relação processual administrativa não se encontra condicionada aos pressupostos de admissibilidade listados no Código de Processo Civil (condições da ação e os demais pressupostos processuais do art. 485 do CPC/2015), porque tais requisitos condicionam e definem o desenvolvimento válido e regular da relação processual jurisdicional,⁹⁰ devida pelo Estado em razão do monopólio da jurisdição.

Conquanto se encontre vozes dissonantes na doutrina,⁹¹ é certo que no processo administrativo brasileiro não há manifestação do poder jurisdicional, nem exercício da sua decorrente pretensão à tutela jurídica (“direito de ação”), pois o monopólio estatal da jurisdição, no Brasil, é desenvolvido perante o Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, CR/88), salvo raras e pontuais exceções (art. 52, I e II, CR/88). Todavia, é possível que na esfera de poder administrativo se aplique o direito, com o auxílio de um processo – embora não como função jurisdicional específica – satisfazendo-se, quando necessário, situações jurídicas materiais.

Assim sendo, a atividade de aplicação do direito pelo ente estatal pode ser realizada tanto sob os auspícios do poder jurisdicional, como em razão de outras funções (exercício do poder de polícia – art. 78, CTN; do poder regulamentar – art. 84,

89. É o que Marcos Bernardes de Mello chama de estrutura angular *triádica*. Ressalva esse autor, contudo, que nos procedimentos de jurisdição voluntária, ou em certos procedimentos administrativos que se desenvolvem perante o Judiciário – inventário e partilha, por exemplo – a relação jurídica processual se conforma apenas entre juiz e autor. Quando há demanda (lide) é que haveria, necessariamente, a angularidade triádica da relação (juiz-autor-réu), uma vez que se mostraria necessária a presença do réu, a partir de sua citação válida (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia* -1ª parte. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. pp. 214-215).

90. Os pressupostos de admissibilidade (pressupostos pré-processuais, processuais ou processuais especiais) condicionam o exercício da pretensão à tutela jurídica (obrigação do Estado de cumprir a promessa de prestação jurisdicional). Verificada a ausência de tais pressupostos, não haveria a obrigação de prestação da tutela jurisdicional, extinguindo-se o processo (MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico...* pp. 216-217).

91. Raimundo Márcio Ribeiro Lima é um exemplo dessa tendência ao afirmar, categoricamente, existir uma *jurisdição administrativa*, caracterizada pela observância e aplicação do direito no caso concreto pela autoridade competente (*Administração Pública Dialógica*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 213).

IV, CR/88; do poder de fiscalização – art. 49, X, CR/88, entre outros), que podem também se valer da forma processual.

O exercício da ação popular – como eficácia de direito material – fora das esferas jurisdicionais, perante a própria autoridade obrigada, consubstancia-se, enfim, como uma expressão da possibilidade jurídica de se provocar o Poder Público para se efetivar direitos, reclamar abusos e ilegalidades (direito de petição).

O direito de petição é um direito subjetivo público (com suas respectivas pretensões), de fundo constitucional, assegurado a todos aqueles submetidos às leis e aos atos de autoridade, independente de capacidade (política ou civil), podendo ser exercido perante qualquer das esferas de poder (legislativa, executiva, judiciária).⁹² Perante a Administração, impulsiona o dever de autotutela do Estado e sua submissão ao direito, seja para defesa de interesse próprio do peticionante, ou geral.

Um exemplo disso pode ser extraído do art. 41, § 1º, da Lei 8.666/93, dispositivo que permite a qualquer cidadão, no decorrer de um procedimento licitatório, impugnar edital de licitação que incorra em ilegalidade, devendo a própria Administração julgar e responder a tal reclamação. O referido comando legal prevê uma ação popular (material) para ser exercida administrativamente, com o fito de forçar o ente público a corrigir o edital de seleção, de acordo com o que determina a lei de regência. Essa faculdade conferida a qualquer um – independentemente de ser parte ou não no procedimento licitatório – não é exercício de uma pretensão de tutela jurídica contra o Estado, na qualidade de terceiro imparcial, mas sim a reclamação contra uma possível ilegalidade que o próprio ente estatal descumpriu, sendo mais uma expressão do direito constitucional de petição.

Ao se conferir ao particular o poder de forçar o ente licitante a cumprir a lei, “inflama-se” o plexo de direitos públicos que garantem uma licitação hígida (art. 3º, da Lei 8.666/93), que passam a contar com a efetiva possibilidade de exigência para satisfação, circunstância que denota a materialidade dessa espécie de ação popular.

Tudo isso demonstra que, ao lado da ação popular prevista como remédio jurídico específico (como o previsto na Lei nº 4.717/65), também é possível se tratar de uma ação popular de cunho material, como possibilidade prevista no ordenamento para se buscar a satisfação de uma pretensão de direito público violada, que tanto pode ser afirmada pelo exercício da pretensão à tutela jurídica (ação processual), como também se valendo do direito de petição, iniciando-se um processo nas vias administrativas.⁹³

92. MIRANDA, Pontes de. *Comentários à constituição de 1946*. 2. ed. São Paulo: Max Limond, 1953. v. IV (arts. 141-156). pp. 439-440.

93. Não se adota aqui o pensamento de Eduardo Couture de que ação (no sentido de pretensão à tutela jurídica) seria forma típica do direito constitucional de petição: a petição seria o gênero e a ação, espécie. (COUTURE, Eduardo J. Op. Cit. pp. 38-39.). Uma categoria não decorre da outra, possuindo cada qual natureza jurídica distinta, em que pese ambas conferirem a oportunidade de se provocar o

6. CONTRAPONTO À AÇÃO POPULAR MATERIAL

Esse reconhecimento de uma acepção material do termo ação não é uma unanimidade na doutrina processualista, opondo-se a esse entendimento aqueles que concebem a ação como uma categoria exclusiva do direito processual, que apenas nesse plano pode ser exercida.

Defendem Cintra, Dinamarco e Grinover que a doutrina dominante no Brasil conceitua a ação como um direito subjetivo público, ressalvando ainda vertente que a compreende como um poder. De toda forma, para esses autores, a ação é uma situação jurídica de que desfruta o autor (direito cívico, de natureza constitucional – art. 5º, XXXV), que tem como objeto uma prestação positiva por parte do Estado, sendo sempre dirigida contra este ente e nunca contra o adversário. Em que pese sustentarem ser a ação um direito autônomo (independentemente da existência de direito subjetivo material), admitem ser conexo a uma situação jurídica concreta, em razão de ser também instrumental (já que sua finalidade seria dar solução a uma pretensão de direito material).⁹⁴

Essa ideia de ação como um direito abstrato e autônomo, mas conexo a uma situação material, faz alusão à teoria de Liebman,⁹⁵ francamente adotada pelo Código de Processo Civil revogado (vide as “condições da ação”, art. 267, IV, CPC/73), não obstante as críticas de parte da doutrina contemporânea.⁹⁶ “Direito de ação” seria o direito ao julgamento do mérito da causa, uma vez preenchidas as condições para tanto (possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual), as

Estado a cumprir o direito e, quando possível, satisfazer situações jurídicas materiais do petionante ou da coletividade.

94. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrine; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. pp. 272-274.
95. A ação, para Liebman, é um direito que “tem por garantia constitucional o genérico poder de agir, mas que em si mesma nada tem de genérico: ao contrário, guarda relação com uma situação concreta, decorrente de uma alegada lesão a direito ou a interesse legítimo do seu titular (...)”. Quando, em determinado caso, faltassem as condições da ação, ou mesmo uma delas, haveria *carência de ação*, devendo o juiz negar o julgamento de mérito e declarar inadmissível o pedido (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1984. pp. 150-151). Para esse autor, a ação é um direito condicionado de obter um provimento de mérito, seja favorável ou não.
96. A chamada *teoria da asserção* é uma das principais vertentes críticas a essa opção legislativa. Levando em conta a grande identidade entre condições da ação e mérito, bem como a autorização legal para que as condições da ação sejam averiguadas a qualquer tempo e grau de jurisdição (§ 3º, art. 267, CPC), a teoria da asserção propõe que a análise das condições da ação, como questões estranhas ao mérito da causa, fique restrita ao momento de prolação do juízo de admissibilidade inicial do procedimento, a partir das alegações do demandante na petição inicial. Com isso, evitar-se-ia a indesejável possibilidade de extinção do processo sem exame do mérito, por falta de condição da ação, mesmo após vários anos de tramitação processual. Apesar dessa tentativa conciliatória, em razão das inúmeras dificuldades práticas de sua aplicação, há quem simplesmente proponha a abolição das condições da ação como categoria jurídica (DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação*: o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005. pp. 216-219).

quais, por sua vez, seriam como um elo entre a ação e o mérito, havendo até mesmo quem não veja diferença entre condição da ação e mérito, em certos casos.⁹⁷ Faz-se uma concessão ao direito material, mas nem por isso se admite que a ação também possa se expressar fora do processo jurisdicional.

Além daqueles que ignoram uma possível acepção material do conceito de ação, ainda há quem diretamente defenda a impertinência de uma ação material no direito brasileiro. Carlos Aberto Alvaro de Oliveira encabeça essa tendência, sendo um dos principais críticos da teoria de Pontes de Miranda, deduzindo que “tudo não passa de confusão entre os dois planos, com amesquinamento do plano do direito processual”.⁹⁸

Esse autor não nega que, nada obstante as afinidades e conexões existentes, o direito material e o processual são dois planos distintos e bem definidos. Contudo, sustenta que quando posto em lide, o direito material se torna incerto, de forma que não seria possível se admitir uma ação material previamente existente ao processo. Ademais, declarar, constituir, condenar, mandar e executar seriam verbos que não existiriam no direito material, mas apenas no processual, eis que seriam imanentes ao império e imparcialidade pressupostos pelo exercício da jurisdição.⁹⁹

Hermes Zaneti Jr. também critica a ação material (e suas respectivas eficácias) como categoria apartada do fenômeno processual. Para esse autor, o direito material, quando afirmado em juízo, tornar-se-ia incerto, de forma que a incidência não coincidiria com a aplicação da norma em abstrato, mas com a decisão judicial, que constituiria essa incidência, criando o direito.¹⁰⁰

As críticas dirigidas contra a ação material, todavia, são insuficientes para desmerecer toda a construção teórica “pontea”, especialmente no que concerne à possibilidade de exercício de uma ação popular material no processo administrativo.

Ovídio Baptista da Silva bem rebate esse rechaço à ação material. Identifica em tal vertente crítica uma “apropriação indébita” da categoria ação, por supor que sua transferência para o processo a tenha eliminado do direito material. E não apenas defende a ação material como emanção própria do direito subjetivo, como sustenta sua preexistência ao processo. Nesse ponto, refuta as afirmações de Carlos Alberto Alvaro Oliveira, que não poderia, a seu juízo, considerar a jurisdição declaratória e,

97. Fredie Didier Jr. defende que, na tutela individual, quando se trata de legitimidade de agir ordinária e possibilidade jurídica do pedido, seria impossível extremá-las do mérito da causa. Afirma ainda que, em muitos casos, a falta de condições da ação revela situações de improcedência macroscópica, que justificaria, até mesmo, o julgamento antecipado da lide (DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais* ... pp. 214-219).

98. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Direito material, processo e tutela jurisdicional. Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 298.

99. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Op. Cit.* pp. 289-295.

100. ZANETI JR., Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 218.

ao mesmo tempo, sustentar que não seria possível haver ação material antes de seu reconhecimento na sentença. Citando Chiovenda, arremata: “os direitos preexistem às sentenças que os reconhecem”.¹⁰¹

Quanto àqueles que negam pertencer ao plano material as eficácias declaratórias, constitutivas, condenatórias, mandamentais e executivas – por entenderem que sempre precisam de um processo para se concretizar – opõe-se Daniel Mitidiero. Deduz esse autor que não se pode confundir a “vedação à autotutela” com o próprio plano do direito material, pois o direito para existir não dependeria da proibição da justiça de mão própria. Mesmo necessitando-se de um processo para sua satisfação, o direito subjetivo por si só já garantiria ao seu titular uma situação de vantagem. Destaca que a dificuldade em se admitir a materialidade, em especial, das ações declaratórias, constitutivas e condenatórias, seria pelo fato de que essas ações seriam essencialmente normativas, só podendo ser pensadas e compreendidas nessa sede.¹⁰²

Outros detalhes dessa polêmica ainda merecem destaque. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira exorta o caráter publicístico da jurisdição e do processo, afirmando que “o comando daí resultante projeta sua eficácia no patrimônio das partes por força própria, em razão da soberania do Estado-juiz, e não certamente em virtude de uma norma de direito privado”. Daí a insuficiência do conceito de ação material, por seu caráter eminentemente privado, que não resistiria ao confronto com o sistema processual, de cunho eminentemente público e constitucional.¹⁰³ Inevitável concluir que, para essa visão, direito material é direito privado e sua única forma de produzir eficácia seria por força do exercício da jurisdição, de caráter público.

Além disso, prossegue o eminente processualista dizendo que as chamadas ações de direito material (declaratórias, constitutivas, condenatórias, mandamentais e executivas) não teriam existência mesmo antes do processo, em razão do já decantado monopólio estatal da administração da justiça, como também porque “os pronunciamentos judiciais e as sentenças, seja qual for o seu conteúdo (declaratório, constitutivo, condenatório, mandamental ou executivo), não passam de formas próprias e exclusivas da tutela jurisdicional”. Aqui, mais uma vez, se limita a força cogente do direito material ao exercício da função jurisdicional, que se pressupõe imparcial e imperativa.

101. SILVA, Ovídio A. Baptista da. Direito material e processo. *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. pp. 71-79.

102. MITIDIERO, Daniel. Polêmica sobre a teoria dualista da ação (ação de direito material - “ação” processual): uma resposta a Guilherme Rizzo Amaral. *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. pp. 132-133.

103. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Efetividade e tutela jurisdicional. *Polêmica sobre a ação...* pp. 100-101.

A ação material, de fato, se contrapõe à “ação” processual, mas não por seu caráter privado e sim por figurarem cada qual em planos distintos, como visto. Uma ação material pode decorrer de um direito público e, assim, ostentar também natureza publicística. Afinal, o que seria a chamada autoexecutoriedade do ato administrativo se não uma ação material de direito público? A ação popular material que ora se defende, igualmente, é uma inflamação do direito subjetivo de caráter público, já que sua impositividade é referente a interesses gerais, que acometem a todo o corpo de cidadãos. Essa suposta natureza privatística da ação material não pode ser mencionada para diminuí-la perante a ação processual, não apenas porque há casos de ação material de direito público, mas especialmente porque, seja de direito público ou de direito privado, a ação material sempre se caracteriza por sua impositividade, independentemente de um processo.

Sem se negar ou diminuir a importância do processo jurisdicional, é certo que essa não é a única via para a satisfação de situações materiais, notadamente da ação material. O monopólio estatal da jurisdição não serve para reduzir todo o fenômeno jurídico ao processo judicial, sendo o processo administrativo um exemplo de via alternativa para aplicação do direito e satisfação de ações materiais.

Havendo autorização legal para tanto, a ação popular material pode ser afirmada e exercida tanto pela via do processo judicial, como também do processo administrativo, observadas as peculiaridades de cada uma dessas formas processuais.

7. AÇÃO POPULAR MATERIAL NO PROCESSO JUDICIAL E NO PROCESSO ADMINISTRATIVO

Admitida, portanto, uma acepção material da ação popular, bem como sua possibilidade de satisfação tanto pelo processo judicial, como pelo processo administrativo, deve-se atentar para as repercussões práticas de tais conclusões.

De início, importante destacar que limitar *a priori* as possibilidades de tutela da ação popular somente às de caráter constitutiva-negativa e ressarcitória, não apenas se mostra insuficiente perante a atual ordem constitucional que atribui ao Estado maiores deveres perante os cidadãos, mas também minimiza indevidamente o aspecto material das ações, que é sempre dotado de várias eficácias, em diferentes medidas, inclusive a mandamental. Não se pode restringir as possibilidades de tutela jurisdicional, quando o próprio direito material afirmado e sua respectiva ação demandam satisfação mais ampla.

Sérgio Cruz Arenhart ensina que as formas de prestação de tutela agrupam-se em dois grandes grupos: aquelas que visam a operar exclusivamente no plano normativo (declaratórias, constitutivas e condenatórias) – lidando apenas com a realidade jurídico-normativa, sem alterar o plano fático – e aquelas que tendem a

atuar no mundo concreto, alterando-o (mandamentais e executivas lato sensu).¹⁰⁴ Dentro desse quadro, destaca que a tutela mandamental seria adequada para todo caso em que fosse indispensável a colaboração do sujeito passivo da relação (aquele que deve realizar a prestação) para satisfação do interesse, sendo duas as hipóteses que ocasionariam a necessidade de se recorrer a essa forma de tutela: (i) as prestações infungíveis e (ii) aquelas exigidas em face do Estado. Nesse último caso, reforça que a colaboração do sujeito passivo (Estado) é imprescindível, em função da repartição de competências da Administração Pública, que confere a cada um dos agentes estatais atribuições vinculadas, que não poderiam ser exercidas por outros.¹⁰⁵

Como as eficácias de cada uma dessas possíveis tutelas deflui da ação material que se afirma, uma ação popular material que exija uma prestação do Estado apenas poderá ser satisfeita, de fato, com a concessão de uma tutela mandamental. Mesmo no caso da ação popular constitucional (art. 5º, LXXIII, CR/88), que fala apenas em “anular ato lesivo”, uma possível tutela mandamental não deve ser negada. Esse mesmo dispositivo constitucional consagra a proteção pela ação popular, entre outros interesses, do meio ambiente e do patrimônio histórico cultural, bens que para sua efetiva salvaguarda, muitas vezes, demandam a concessão de uma tutela inibitória (prestação negativa), já que o simples ressarcimento dos prejuízos e desconstituição do ato não seriam suficientes para compensar danos irreversíveis ao ambiente histórico e natural. A reação de tais direitos à sua, até mesmo, possível violação, se satisfaz apenas com um provimento de eficácia mandamental, que altera o plano fático, mesmo que isso não venha expressamente dito no comando constitucional que os protege.

Outrossim, é importante atentar que, para exercício da ação popular no processo administrativo, não se cogita do preenchimento dos condicionantes e pressupostos para o exercício da pretensão à tutela jurídica, pois o exercício do direito de petição não os exige. Isso é relevante, pois, se uma mesma ação popular material puder ser exigida tanto nas vias processuais administrativas como judiciais, caso se negue o pedido por ausência de interesse de agir ou legitimidade, por não apresentação do título eleitoral (art. 1º, § 3º, da Lei 4.717/65), ou não preenchimento de qualquer dos outros pressupostos de desenvolvimento válido da relação jurisdicional (capacidade postulatória, competência etc.), nada disso poderia, a princípio, impedir que se postule a ação popular na esfera administrativa.

104. Para este autor, as tutelas mandamental e executiva possuem alto grau de afinidade, permitindo agrupá-las em uma só categoria: *tutelas de prestação concreta*. Essa classificação dos provimentos em declaratórios, constitutivos, condenatórios (normativos) e mandamentais e executivos *lato sensu* (concretos) apenas fariam referência ao conteúdo da ação de direito material, sem considerar as demais informações apresentadas pelo direito material e a adequação do procedimento às suas peculiaridades. Por isso que, ao lado das tutelas tradicionais, ainda propõe o reconhecimento das chamadas tutelas *inibitória*, *ressarcitória*, *reintegratória* e *tutela do adimplemento* (ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: RT, 2003. pp. 92-100).

105. ARENHART, Sérgio Cruz. Op. Cit. p. 91.

Aquilo que se considera no processo administrativo é se o objeto da postulação possui ou não amparo legal. Contudo, lembrando que na função administrativa não é possível se decidir acerca de situações materiais concretas de forma definitiva (art. 5º, XXXV, CR/88), caso se julgue administrativamente que o postulante não teria legitimidade ou mesmo razão em seu pedido, ainda seria possível se provocar um processo judicial, respeitados os requisitos para tanto.

De toda forma, seja no processo administrativo ou judicial, será possível a imposição da ação material em todas as suas eficácias (declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental, executiva), devendo-se prestar a tutela processual adequada, que efetivamente garanta a satisfação da situação material afirmada.

8. REFERÊNCIAS

- ALONSO, Augusto González. La doctrina de la discrecionalidad técnica a la luz de la jurisprudencia del tribunal supremo. *Justicia administrativa: revista de derecho administrativo*. n. 58. Valladolid: Lex Nova, 2012.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. A “Supremacia do Interesse Público” no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do Direito Público Contemporâneo. *Interesses públicos versus intereses privados*: desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: RT, 2003.
- BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BURIL, Lucas; PEIXOTO, Ravi. A denúncia da lide como remédio jurídico processual: uma contribuição à luz da doutrina de Pontes de Miranda. In: DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos (org.). *Pontes de Miranda e o direito processual*. Salvador: Juspodivm, 2013.
- BRAGA, Paula Sarno. *Aplicação do devido processo legal nas relações privadas*. Salvador: Juspodivm, 2008.
- CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis. In: SÁNCHEZ, Miguel Carbonell; JARAMILLO, Leonardo. *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta, 2010.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAÚLA, César. Judicialização da saúde: o que deve mudar em face da lei número 12.401/2011? In: PINTO E NETTO, Luísa Cristina; BITENCOURT NETO, Eurico (coord.). *Direito administrativo e direitos fundamentais – diálogos necessários*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- CAVALCANTI, Francisco. Prefácio. In: SILVA NETO, Francisco Antônio de Barros e. *A improbidade processual da Administração Pública e sua responsabilidade objetiva pelo dano processual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrine; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do Direito Processual Civil*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Fazenda Pública em Juízo*. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2012.
- DANTAS, Ivo. *Constituição e Processo*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

- DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- CUNHA, Carlos Eduardo Bergamini. Discricionariedade Administrativa e interesses públicos: superando a supremacia em busca da ponderação. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*. a. 11. n. 122. abr. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- DIDIER JR., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo*. Tese (livre-docência). São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, Departamento de Direito Processual, 2011.
- ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Lengua de los derechos: la formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*. Madrid: Alianza Editorial, 1999.
- FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; MIRANDA, Gabriela Expósito Tenório. *O fenômeno processual de acordo com os planos material, pré-processual e processual do direito: breves considerações do tema a partir (e além) do pensamento de Pontes de Miranda*.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo: parte general*. t. I. 3. ed. Buenos Aires: Machhi, 1995.
- GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamento jurídico. In: SÁNCHEZ, Miguel Carbonell (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2009.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1997.
- KUYEN, Luiz Fernando Martins. Análise comparativa da ação popular nos direitos português e brasileiro. *Ação Popular*. MESSA, Ana Flávia; FRANCISCO, José Carlos (coord.). São Paulo: Saraiva, 2013.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. *Administração Pública Dialógica*. Curitiba: Juruá, 2013.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.
- MARINS, James. *Direito processual tributário brasileiro (administrativo e judicial)*. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2005.
- MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.
- _____. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: RT, 1993.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia – 1ª parte*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- _____. Condições da ação: questões de mérito ou não mérito? *Pontes de Miranda e o direito processual*. Salvador: Juspodivm, 2013.
- _____. Da ação como objeto litigioso no processo civil. *Teoria quinária da ação: estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos do seu falecimento*. COSTA, Eduardo José da Fonseca; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). Salvador: Juspodivm, 2010.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros: 1979.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- _____; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à constituição de 1946*. v. IV (arts. 141-156). 2. ed. São Paulo: Max Limond, 1953.
- _____. *Tratado das ações*. t. I. São Paulo: RT, 1970.
- MITIDIERO, Daniel. Polêmica sobre a teoria dualista da ação (ação de direito material – “ação” processual): uma resposta a Guilherme Rizzo Amaral. In: MACHADO, Fábio C.; AMARAL, Guilherme Rizzo. *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- NOGUEIRA, Pedro Henrique. *A teoria da ação de direito material*. Salvador: Juspodivm, 2008.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Efetividade e tutela jurisdicional. In: MACHADO, Fábio C.; AMARAL, Guilherme Rizzo (org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- PEDRON, Flávio Quinaud. O Dogma da Supremacia do Interesse Público e seu abrandamento pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal através da técnica da ponderação de princípios. *Direito Público*. n. 28. jul.-ago. 2009.
- PEREIRA, Roitemberg Nunes. *O devido processo legal substantivo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella de. O princípio da supremacia do interesse público. *Interesse Público*. a. 11. n. 56. jul.-ago. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- RAMOS, Elival da Silva. *A ação popular como instrumento de participação política*. São Paulo: RT, 1991.
- RIVERO, Jean. *Liberdades Públicas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- ROMAN, Flávio José. *Discricionariedade técnica na regulação econômica*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- SADDY, A. Conceito de interesse público em um Estado em transformação. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*. a. 10. n. 108. fev. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- SALDANHA, Nelson. *O Jardim e a Praça*. Porto Alegre: SAFE, 1986.
- SANTOS, André Luiz Lopes; CARAÇATO, Gilson. A consensualidade e os canais de democratização. In: CARDOZO, José Eduardo; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (org.). *Curso de direito administrativo econômico*. v. I. São Paulo: Malheiros, 2006.
- SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na perspectiva da Teoria e Filosofia Constitucional. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstituindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. Direito material e processo. Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação. In: MACHADO, Fábio C.; AMARAL, Guilherme Rizzo (org.). *Polêmica sobre a ação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SILVA, Frederico Rodrigues. A relatividade da Supremacia do Interesse Público: um estudo comparado. *Direito Público*. v. 8. n. 43. jan.-fev. 2012.
- SILVA, José Afonso da. *Ação popular constitucional: doutrina e processo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- SILVA NETO, Francisco Antônio de Barros. *A improbidade processual da Administração Pública e sua responsabilidade objetiva pelo dano processual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido processo legal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ZANETI JR., Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

