

# ***A Proteção do Meio Urbano e do Meio Ambiente através da Ação Popular Contencioso-Administrativa na Espanha.***

## Resumo<sup>1</sup>

A ação popular contencioso-administrativa para protecção do meio ambiente, do meio urbano e do património histórico, em Espanha, levanta diversos problemas jurídicos. Desde os requisitos para ser actor popular, até ao abuso de acção popular, muitos desses problemas carecem de uma análise detalhada com vista ao seu esclarecimento.

### **1. Esclarecimento Terminológico: Ação Popular ou Ação Pública?**

Destacamos esta nota terminológica para incluir um esclarecimento sobre a equivalência das expressões “ação popular” e “ação pública” no Direito Administrativo Espanhol. A primeira é a que se insere nos textos normativos que acolhem a figura de forma geral: a Constituição Espanhola, a Lei Orgânica do Poder Judiciário ou a Lei da Jurisdição Contencioso-Administrativa.

Doutrinariamente, já se assinalou que a voz “ação pública” deve ser reservada às hipóteses de exercício da ação por organismos públicos (especialmente o Ministério Público), de forma que se afirma como mais adequado tecnicamente a utilização do termo “ação popular” para as hipóteses nas quais a ação é exercida pelos particulares<sup>2</sup>. Sem desconhecer estas diferenças de concepções, entendemos que na disciplina do Direito Administrativo espanhol podem ser utilizados como sinônimos<sup>3</sup>. Sem embargo, para evitar confusões conceituais, no presente artigo empregar-se-á unicamente a expressão “ação popular”.

<sup>1</sup> Tradução de Edelamare Barbosa Melo, Doutora em Direito pela Universidad Pablo de Olavide, com a colaboração de Júlia Melo Saldanha Borges, bacharelada em Direito.

<sup>2</sup> Por todos, SALA SÁNCHEZ, P., XIOL RÍOS, J.A. y otros: *Práctica procesal contencioso-administrativa*. Ed. Bosch, Barcelona, 1999, Tomo II, p. 307.

<sup>3</sup> SALA SÁNCHEZ, P.: *Ibidem*, reconhece que, apesar de tudo, a denominação mais aceiteada no Direito Administrativo é a de “ação popular”.

## 2. A “ação popular” na Espanha.

O art. 125 da vigente Constituição Espanhola, de 27 de dezembro de 1978, no Título dedicado ao Poder Judiciário, reconhece que “os cidadãos poderão exercer a ação popular (...)”<sup>4</sup>. Alude-se, com esta expressão, cuja existência presume-se iuris et de iure para todo o cidadão, a um tipo especial de legitimação perante os órgãos encarregados de administrar a Justiça. Esta peculiar figura foi desenvolvida no ordenamento jurídico espanhol somente nos âmbitos das jurisdições penal e contencioso-administrativa. O presente trabalho restringe-se à jurisdição contencioso-administrativa, com exposição de suas características e os problemas jurídicos fundamentais de sua regulação, notadamente no relativo à proteção ao meio ambiente e ao meio urbano. O fim último consiste em servir como base para o estudo jurídico comparado com outros sistemas jurídicos. Para tal, houve especial cuidado em oferecer os dados necessários da legislação<sup>5</sup>, da jurisprudência<sup>6</sup> e da literatura científicas espanholas<sup>7</sup> para que o especialista em Direito destes outros sistemas possa, sem grandes obstáculos, ter uma idéia comparativa tão exata e completa quanto possível a respeito deste tema em ambos os sistemas jurídicos.

Para melhor compreender o significado da ação popular no Direito Espanhol, devemos partir da regra geral de acesso ao processo contencioso-administrativo<sup>8</sup>, que se encontra no art. 19 da Lei 29/1998, de 13 de julho, que disciplina a Jurisdição contencioso-administrativa (doravante, LJCA). Nela, estabelece-se que o demandante deve se apresentar, perante a Jurisdição contencioso-administrativa, investido de um direito subjetivo ou, ao menos, de um interesse legítimo (quer seja individual, quer seja coletivo<sup>9</sup>) que mantenha relação com o objeto do recurso. Todavia, a letra “h” deste mesmo artigo reconhece legitimação para

<sup>4</sup> Este artigo completo estabelece que “os cidadãos poderão exercer a ação popular e participar na Administração de Justiça mediante a instituição do Júri, na forma e a respeito daqueles processos penais que a lei determinar, bem como nos Tribunais consuetudinários e tradicionais.”

<sup>5</sup> Assim, por exemplo, no rodapé da página reproduzem-se os preceitos mencionados no estudo. Contudo, o texto completo das Leis espanholas pode ser consultado de forma gratuita na página web <http://www.noticias.juridicas.com/> (dados à data de 2006). Para as leis estatais, clique sucessivamente *legislación*, *repertorios e derecho administrativo*. Para as leis autonômicas, por sua vez, consulte-se *legislación*, *búsqueda avanzada*, e, no campo “*órgano*” seleccione-se a Comunidade Autônoma desejada.

<sup>6</sup> Aos leitores de outros sistemas jurídicos pode interessar a página web, de acesso gratuito, na qual poderão encontrar o texto completo dos pronunciamentos do Tribunal Constitucional espanhol: <http://www.tribunalconstitucional.es/JC.htm>

<sup>7</sup> Contrastando com a importância que, de todo ponto de vista, deve-se reconhecer à ordenação urbanística, à meio-ambiental e à do patrimônio histórico, a atenção científica dedicada na Espanha à ação popular foi verdadeiramente escassa tempos atrás, carecendo até recentemente de um tratamento monográfico em profundidade, como o que se faz em: *La acción popular en el Derecho Administrativo y en especial en el urbanístico*. Instituto Andaluz de Administración Pública. Sevilla, 2005, cujas principais conclusões servem de base ao presente trabalho. Uma só monografia se lhe dedicou durante o século passado, a de FERNÁNDEZ DE VELASCO, R.: *La acción popular en el Derecho Administrativo*, Madrid, 1920, que, apesar do seu indubitável interesse, ficou obsoleta no novo panorama jurídico imposto pela Constituição de 1978. Merecem ser destacados alguns artigos doutrinários sobre a figura, como os bem conhecidos de COSCULLUELA MONTANER, L.: “Acción pública en materia urbanística”, em *Revista de Administración Pública* nº 71 (1973) e de PÉREZ MORENO, A.: “La Acción popular en materia de urbanismo”, em *Revista de Derecho Urbanístico* nº 15 (1969); ou o mais recente de BUJOSA VADELL, L.: “La acción pública en materia de urbanismo y patrimonio histórico”, em *Revista del Poder Judicial*, nº 66-II, (2002). Para maior informação de caráter bibliográfico com relação às revistas citadas neste trabalho, consulte-se <http://dialnet.unirioja.es/>

<sup>8</sup> Faz-se abstração, nesta afirmação, dos supostos de legitimação institucional, isto é, da legitimação que no próprio art. 19 LJCA reconhece ao Ministério Público e às diversas Administrações (ou a suas Entidades de Direito público) frente a outra Administração, para os conflitos que possam surgir nas *relações* entre as Administrações estatal, autonômicas e locais (municipais ou provinciais).

<sup>9</sup> A expressão “interesses coletivos” incorpora, segundo a melhor doutrina espanhola, os denominados “interesses difusos”.

interpor recurso contencioso-administrativo a “qualquer cidadão, no exercício da ação popular, nos casos expressamente previstos pelas Leis”. Esta possibilidade legal vem sendo denominada “ação popular”, ou também – e mais comumente – “ação pública”. Trata-se de um suposto de legitimação que se pode afirmar duplamente excepcional.

Com efeito, em primeiro lugar deve-se considerar que somente procede se especificamente uma Lei de caráter setorial a admite, o que é o mesmo que dizer que o referido art. 19.1.º<sup>h</sup> da LJCA carece de efeitos jurídicos diretos ou imediatos, dependendo, portanto, a sua inteira virtualidade, do que o legislador setorial venha a determinar em cada momento histórico. De fato, a lei antecessora da atual LJCA, ao regular a legitimação para o contencioso-administrativo, não fazia menção à ação popular, senão que o seu reconhecimento se realizava única e exclusivamente nas leis setoriais, que neste extremo eram tidas como norma *especialis*.

Em segundo lugar, igualmente excepcional é a previsão de um suposto de legitimação que se tem afirmado como de **caráter objetivo**, porque exige o autor de demonstrar que o litígio em questão afeta a algum dos seus direitos subjetivos ou interesses legítimos. Assim, ao se afirmar que a ação popular está desvinculada da proteção jurídica da situação jurídico-material do autor, tradicionalmente se está afirmando também que não tem outro fim senão a defesa da mera legalidade.

Não são muitos os setores do Direito espanhol que, em concordância com as previsões genéricas da Constituição e da LJCA, reconhecem ex lege, a qualquer cidadão, legitimação suficiente para exigir na via contencioso-administrativa<sup>10</sup> a estrita observância do disposto em um texto normativo. Não são muitos, porém extremamente relevantes<sup>11</sup>, e todos eles gozam de expressa menção no texto constitucional espanhol<sup>12</sup>.

Cada dia são mais frequentes na Espanha as leis meio ambientais que incluem a figura da ação popular<sup>13</sup>, como também existem algumas leis de ordenação do território que a contemplam. Contudo, apenas é possível falar na plena consolidação do reconhecimento

<sup>10</sup> Deve-se se notar que no Direito Espanhol o reconhecimento da ação popular contencioso-administrativa implica o correspondente reconhecimento de legitimação na via administrativa que *preceda* à interposição do recurso.

<sup>11</sup> Para um elenco exaustivo das leis, tanto estatais quanto autonômicas, que reconhecem a ação popular na Espanha, consulte-se o anexo de legislação de REGO BLANCO, M.D.: *La acción popular en el Derecho Administrativo...* ob. cit.

<sup>12</sup> Dentro do Título I da Constituição espanhola, cujo título é “Dos direitos e deveres fundamentais”, o Capítulo III (que trata “Dos princípios retores da política social e econômica”) reconhece o direito ao acesso à cultura (art. 44), a desfrutar de um meio ambiente adequado para o desenvolvimento da pessoa (art. 45), bem como a desfrutar de uma moradia digna e adequada (art. 47). Deve-se advertir ao leitor de outros sistemas jurídicos que, de acordo com o próprio texto constitucional, tais como os que constam no capítulo III como direitos “só poderão ser alegados perante a Jurisdição ordinária de acordo com o que disponham as leis que os desenvolvam” (art. 53). É majoritária, por isto, a opinião de que a Constituição não instaura diretamente nesse capítulo direitos subjetivos propriamente ditos.

<sup>13</sup> Na Espanha não existe um texto normativo único que regule em caráter geral o setor meio-ambiental, senão que a sua ordenação se estabelece sobre a base de leis especiais, estatais ou autonômicas, com um foco necessariamente parcial. Nem todas elas introduzem a figura da ação popular, mas, como se afirma no texto principal, cada vez com maior frequência o fazem. Com propósito meramente ilustrativo, e restringindo-nos às Leis estatais, pode se fazer referência à Lei 22/1988, de 29 de julho, de Costas (art. 109); à Lei 16/2002, de 1 de julho, de Prevenção e Controle Integrados da Contaminação (art. 8.5); ou à Lei 4/1989, de 27 de março, de Conservação dos Espaços Naturais e da Flora e Fauna silvestres (novo art. 23 *quáter*, introduzido pela Disposição adicional 5ª da Lei 15/2002). Entre as normas autonômicas meio-ambientais, encontramos a ação popular em leis relativas à proteção do ar, da caça e da pesca, dos espaços naturais e com relação à regulação da avaliação de impacto ambiental ou dos resíduos. Merece destaque, por tentar oferecer uma regulação de caráter global da proteção meio-ambiental, a Lei 3/1998 da Comunidade Autônoma do País Vasco, de 27 de fevereiro, de proteção do meio ambiente, e a mais recente Lei 2/2006 da Comunidade Autônoma de Valência, de 5 de maio, de prevenção da contaminação e qualidade ambiental.



da ação popular no tocante à regulação da proteção do patrimônio histórico-artístico<sup>14</sup> e, muito especialmente, do direito urbanístico, setor no qual, pela primeira vez, se introduziu na Espanha a ação popular tal e como hoje a conhecemos. Isto ocorreu em 1956, com a aprovação da *Lei do Solo*, e, desde então, sem solução de continuidade, manteve-se no Direito Urbanístico espanhol até se chegar ao vigente art. 304<sup>15</sup> do *Real Decreto legislativo 1/1992, de 26 de junho, através do qual se aprova o Texto Refundido da Lei sobre o Regime do Solo e Ordenação Urbana (doravante, TR 1/92)*.

As peculiaridades e a relevância atual dos bens jurídicos protegidos por esta legislação, que introduz o instituto da ação popular no direito espanhol, propiciaram uma nova leitura desta figura, propondo seu entendimento em chave subjetiva. A partir desta perspectiva, graças à ação popular, as situações jurídicas desenhadas pela referida legislação se converteram em autênticos direitos subjetivos do indivíduo, universalmente reconhecidos, que, como nota diferenciadora face aos direitos subjetivos clássicos (v.g. Direito de propriedade), se constroem sobre bens jurídicos (tais como meio ambiente, meio urbano ou cultura) de impossível apropriação exclusiva e excludente por parte de seus distintos titulares. O que até agora se tem entendido como ação de defesa da legalidade seria, desta perspectiva, a ação para a defesa do direito subjetivo ao meio ambiente natural e urbano; de um direito subjetivo de ação popular<sup>16</sup>.

### 3. O papel do legislador estatal e do legislador autonômico na configuração legal da ação popular espanhola.

Considerando que a Espanha é um Estado politicamente descentralizado em dezessete Comunidades Autônomas (dotadas cada uma delas de suas respectivas Assembléias legislativas), a primeira das questões a serem tratadas com relação à ação popular é a do distinto papel que desempenham os legisladores estatal e autonômico na configuração legal e no reconhecimento da ação popular. Com isto, ficará patente a margem de disponibilidade ou indisponibilidade desta figura que as Comunidades Autônomas possuem no momento de criar sua própria legislação.

É necessário assinalar que, no sistema espanhol, o Estado e as Comunidades Autônomas repartem as competências legislativas mediante a distribuição das matérias que cada um pode validamente legislar. Em se tratando da ação popular, os títulos competenciais que entram em jogo podem se agrupar em dois. Deve-se atender, por um lado, às **competências setoriais** (urbanismo, patrimônio histórico e meio ambiente), que podem ter sido assumi-

<sup>14</sup> O exemplo da Lei 16/1985, de 25 de junho, do Patrimônio histórico espanhol, que introduz o instituto da ação popular em seu art. 8, encontrou eco em quatorze leis autonômicas sobre tal matéria.

<sup>15</sup> A Lei estatal 6/1998, de 13 de abril, do Solo e Valorações derogou expressamente a maior parte dos artigos deste texto refundido que não foram declarados inconstitucionais pela importantíssima Sentença do Tribunal Constitucional 61/1997. Só restaram em vigor os preceitos relacionados na Disposição adicional única, apartado 1, dentre os quais se encontra o art. 304, cujo teor literal é o seguinte: "1. Será pública a ação para exigir perante os Órgãos administrativos e os Tribunais Contencioso-Administrativos a observância da legislação urbanística e dos Planos, Programas, Projetos, Normas e Ordenanças. 2. Se tal ação está motivada pela execução de obras que se considerem ilegais, poderá se exercer durante a execução delas e no decurso dos prazos estabelecidos para a adoção das medidas de proteção da legalidade urbanística."

<sup>16</sup> Para aprofundar nesta proposta relativa à natureza jurídica da ação popular, bem como à sua diferença em relação a figuras afins, tais como os interesses coletivos ou difusos, a denúncia, o direito de petição ou as ações previstas na Lei 7/1985 de Bases do Regime Local. Trata-se de ações que se reconhecem aos habitantes de um município pelo só fato de serem habitantes do município. Veja-se sobre o tema REGO BLANCO, M.D.: *La acción popular...* Ob. cit., Capítulo I.

das de forma exclusiva<sup>17</sup>, ou não<sup>18</sup>, pelas Comunidades Autônomas; e, por outro lado, à **competência processual**, que, na forma do art. 149.1.6<sup>a</sup> da Constituição Espanhola (CE), é matéria de competência exclusiva ao Estado **“sem prejuízo das necessidades que nesta ordem se derivem das particularidades do direito substantivo das Comunidades Autônomas”**. É a ação popular urbanística autonômica uma destas particularidades?

A jurisprudência constitucional entende que a determinação dos sujeitos legitimados ativamente para propor ações é matéria afeta à legislação processual. Segundo o Tribunal Constitucional espanhol, “a implantação ou estabelecimento de um sistema ou mecanismo jurisdicional como meio de resolução das controvérsias [...], mediante o qual as partes podem obter uma decisão que ponha fim aos conflitos surgidos, é matéria própria da legislação processual, reservada ao Estado com caráter exclusivo pelo art. 149.1.6.º CE, cuja atribuição responde à necessidade de salvaguardar a uniformidade dos instrumentos jurisdicionais”<sup>19</sup>.

Em consequência, é o legislador estatal quem deve desenvolver a Constituição para regular a ação popular, entendida esta como elemento do sistema de legitimação processual. Tal é a tarefa que a estes efeitos (processuais) cumprem os arts. 19 da *Lei Orgânica 6/1985, de 1 de julho, do Poder Judiciário* (LOPJ) e 19 LJCA. Ambos mantêm a neutralidade do art. 125 CE sobre os supostos que autorizam a utilização da ação popular, e apenas reiteram a reserva de tal decisão à lei, deixando, assim, que o legislador setorial competente selecione os supostos nos quais aplicar a ação popular. O contrário seria extralimitar a competência estatal sobre a legislação processual, com grave prejuízo da capacidade legislativa das Comunidades Autônomas.

Com base nesta disciplina processual, e sem sequer disfarçar a ação popular como uma “necessária especialidade que nesta ordem se derive das particularidades do direito substantivo das Comunidades Autônomas”, o reconhecimento da ação popular em um setor não supõe a criação de uma nova forma de legitimação, senão a aplicação de uma forma de legitimação prevista na legislação estatal.

#### 4- Requisitos para ser autor popular.

A questão de quem pode ou não exercer a ação popular contencioso-administrativa espanhola nada tem a ver com a capacidade exigível das partes contendentes, pressuposto processual este que entra em jogo independentemente do elemento da legitimação e sem suscitar problemas com relação à ação popular. O que interessa aqui, pelo contrário, é perquerir se, em virtude de sua condição subjetiva, existem determinadas pessoas que no Direito espanhol não podem ostentar a condição de autor popular.

Para responder a esta questão, é necessário considerar o art. 125 CE, segundo o qual “os cidadãos” se constituem o elemento subjetivo ativo da ação popular; coincidindo com isto, temos o art. 19 LJCA, e em termos semelhantes o art. 19 LOPJ. Há que assinalar,

<sup>17</sup> É o caso do urbanismo, tal e como se deriva do art. 148.1.3<sup>a</sup> da Constituição Espanhola, e dos respectivos Estatutos de Autonomia, pois todos os dezessete assumiram como *própria* esta competência. As consequências jurídicas desta distribuição podem ser estudadas na Sentença do Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de março.

<sup>18</sup> Como acontece com o meio ambiente, setor cuja legislação básica corresponde ditar ao Estado, em virtude do art. 149.1.123<sup>a</sup> da Constituição Espanhola, e à legislação de desenvolvimento pode corresponder a Comunidade Autônoma de acordo com o seu Estatuto.

<sup>19</sup> Sentença do Tribunal Constitucional 146/1996, de 19 de setembro. Veja-se, em especial, o Fundamento Jurídico (dormente, FJ 6), que cita, por sua vez, a Sentença do Tribunal Constitucional 71/1982, de 30 de novembro, FJ 20.

porém, que a LOPJ acrescenta como condição a nacionalidade espanhola. Tal exigência, que poderia se entender, à primeira vista, como uma restrição, não encontra eco na legislação setorial (urbanística, do patrimônio histórico ou de caráter meio-ambiental), na qual as fórmulas legais oscilam entre identificar como sujeito ativo da ação “[a] os cidadãos” e a clássica (desde 1956) de recorrer a uma forma verbal impessoal, com frases do tipo “*será pública a ação* para exigir perante os Tribunais de justiça o estrito cumprimento do previsto nesta Lei”. A pergunta surge inevitavelmente: É possível deduzir dos preceitos mencionados que na Espanha os estrangeiros não podem ser titulares do direito da ação popular contencioso-administrativa?

Na doutrina espanhola podem ser encontradas posições díspares<sup>20</sup>. Em escassas ocasiões os Tribunais espanhóis enfrentaram esta questão e, nelas, dado que as circunstâncias assim o permitiram, eludiram a resposta<sup>21</sup>. A importância que adquire, há alguns anos, o fenômeno da imigração na Espanha, obriga a uma reflexão.

Em nossa opinião, este assunto deve ser focado partindo da premissa de que a Constituição não se opõe explicitamente a que os estrangeiros possam exercer a ação popular, razão pela qual deve-se verificar o que o legislador dispôs sobre a matéria. Igualmente, há de se considerar que quando a LOPJ afirma que “*os cidadãos espanhóis poderão exercer a ação popular*”, não está predeterminando, por si mesma, a solução que deva ser adotada para os estrangeiros, máxime quando nem a LJCA, nem a LOPJ, contêm um preceito similar ao art. 270 da Lei espanhola que regula o Processo Criminal<sup>22</sup> (Ley de Enjuiciamiento Criminal), aplicável, unicamente, como seu próprio nome indica, aos processos penais.

A chave para a solução desta questão será, pois, a *Lei Orgânica 4/2000, de 11 de janeiro, reguladora dos Direitos e Liberdades dos Estrangeiros na Espanha e sua Integração Social*<sup>23</sup>. Este texto normativo não se pronuncia explicitamente sobre a admissão ou não do exercício da ação popular contencioso-administrativa pelos de estrangeiros, porém o artigo 3º da referida lei oferece um critério geral de interpretação do regime jurídico dos estrangeiros na Espanha, segundo o qual “aos estrangeiros se reconhecem os direitos previstos nesta Lei, que serão exercidos em condições de igualdade com os Espanhóis”. Esta previsão legal, unida ao fato de que nenhuma das leis setoriais que prevêm a ação popular contencioso-administrativa na Espanha nega o seu exercício aos estrangeiros, nos confirma a legalidade da sua admissão.

<sup>20</sup> Dentre os partidários de que os estrangeiros podem exercer a ação popular podemos citar FERNANDEZ DE VELASCO, LORENZO JIMÉNEZ, ALONSO GARCÍA, JIMÉNEZ MEZA o BUJOSA VADEL; e dentre os detratores, a COSCULLUELA MONTANER, GÓMEZ PUENTE.

<sup>21</sup> Pode-se fazer referência, aqui, à Sentença do Tribunal Supremo de 22 de janeiro de 1991, em que um estrangeiro, proprietário de um apartamento, exercitou a ação popular urbanística com a pretensão de conseguir a demolição de uma edificação que lhe privava totalmente da visibilidade sobre uma baía. Como o fato da propriedade justificava uma suficiente legitimação por “interesse direto” do demandante, o Tribunal não teve que “entrar no tema *doutrinal e abstrato* [sic] de se os estrangeiros podem ou não exercer a ação popular” [F] 2]. Maior interesse tem a Sentença do Tribunal Supremo de 22 de abril de 1988, citada com frequência – erroneamente – pela doutrina como exemplo de admissão jurisprudencial do exercício da ação popular por estrangeiros, quando na realidade quem exercia a ação era uma Sociedade, representada, é verdade, por uma pessoa física estrangeira. Nessa ocasião foi o dado da representação, juntamente com a alegação de ocorrer um interesse direto da autora, o que deixou a questão sem pronunciamento judicial.

<sup>22</sup> Segundo este preceito, “*todos os cidadãos espanhóis, hajam sido ou não ofendidos pelo delito, podem querer, exercitando a ação popular estabelecida no artigo 101 desta Lei. Também podem querer os estrangeiros pelos delitos cometidos contra as suas pessoas ou bens, ou as pessoas ou bens de seus representados, prévio cumprimento do disposto no artigo 280, se não estiverem compreendidos no último parágrafo do artigo 281.*” A jurisprudência extraiu deste artigo uma proibição de exercício da ação popular penal aos estrangeiros (Consulte-se, por todos, o Auto da Audiência Provincial de Guipúzcoa (Seção 1ª) núm. 20/1998, de 5 de março, em seu FJ 4).

<sup>23</sup> De acordo com o texto resultante das reformas introduzidas sucessivamente pelas Leis Orgânicas 8/2000, 11/2003 e 14/2003.

Outro aspecto no qual podemos nos deter é se a condição de “cidadão” do autor popular só cabe ser predicada a pessoas físicas, e não assim a pessoas jurídicas. A jurisprudência do Tribunal Constitucional, que vem mantendo uma linha constante na exegese do art. 125 CE, segundo a qual o termo “cidadãos” se refere às pessoas privadas, quer sejam físicas, quer sejam jurídicas<sup>24</sup>, viria pôr um ponto final na questão; e, com efeito, a jurisprudência contencioso-administrativa do Tribunal Supremo e dos Tribunais Superiores de Justiça das Comunidades Autônomas deixa constância de que os recursos interpostos por pessoas jurídicas privadas no exercício da ação popular são admitidos a trâmite com toda a normalidade. De fato, via de regra, a única questão relevante para a admissão do recurso diz respeito à previsão da ação popular na legislação setorial, sem necessidade de se analisar a existência ou não de congruência com os fins estatutários da pessoa jurídica que se apresenta como autor popular<sup>25</sup>. Tampouco se questiona se a decisão da pessoa jurídica privada de exercer a ação popular foi tomada com observância dos canais previstos para a correta formação interna de sua vontade<sup>26</sup>.

Com maior razão, caberia questionar se as Administrações Públicas, enquanto pessoas jurídicas, poderiam igualmente exercer a ação popular... contra outras Administrações Públicas. Na jurisprudência podem ser encontradas decisões que, com um maior ou menor aparato justificativo, têm admitido tal possibilidade<sup>27</sup>, ou inclusive chegaram a sugerir-lhe de ofício como fórmula para sustentar a legitimação da Administração demandante, com o argumento de que a Administração não pode ter pior condição do que os simples particulares<sup>28</sup>. Todavia, no âmbito dos conflitos surgidos entre Comunidade Autônoma e Município, Sentenças posteriores ditadas em instância de cassação frearam esta tendência

<sup>24</sup> Interessa, a respeito, a Sentença do Tribunal Constitucional 129/2001 (FJ 4), que por sua vez se apóia nas Sentenças 34/1994, 50/1998 e 79/1999. Posteriormente, no mesmo sentido, pronunciou-se o Alto Tribunal em suas Sentenças 53/1983, 147/1985 e 34/1994.

<sup>25</sup> Este requisito é proposto na doutrina por SALA SÁNCHEZ, P, XIOL RÍOS, J A, y FERNÁNDEZ MONTALVO, R: *Práctica procesal contencioso-administrativa: adaptado a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Ed. Bosch, Barcelona, tomo II, p. 314. Expressamente contra, pode-se consultar a Sentença da Audiência Territorial de Bilbao de 26 de outubro de 1984, que, apesar de antiga, aborda diretamente este problema em um caso em que, tendo sido exercida a ação popular urbanística contra algumas licenças de obras por duas associações de construtores, alegou-se que “a capacidade jurídica e de obrar titularizada pelas associações empresariais demandantes não compreendia o exercício da ação urbanística”. A sua solução (quanto a este ponto concreto) foi aceita no substancial pela Sentença do Tribunal Supremo de 29 de outubro de 1986, em apelação, que, todavia, prosperou por apreciar-se abuso no exercício da ação.

<sup>26</sup> Considera-o necessário, porém, BUJOSA VADELL: “La acción popular em matéria de urbanismo e patrimônio histórico”, ob. cit., p. 527. Nesta linha, a Sentença do Tribunal Superior de Justiça de Aragón, de 10 de fevereiro de 1998, a respeito de uma Junta de Compensação considerada destituída de *capacidade processual para comparecer em juízo* por não constar que o órgão competente para tanto houvesse autorizado o exercício das ações judiciais (FJ 2). Para uma interpretação não rigorosa destes extremos, vejam-se as seguintes Sentenças de Tribunais Superiores de Justiça: da Catalunha, de 14 de julho de 1997 (FJ 2, admitindo subsanação) e de 28 de março de 1996 (FJ 2); do País Basco, de 23 de junho de 1999 (FJ 2, com apoio na jurisprudência do Tribunal Supremo); e das Baleares, de 9 de julho de 1999 (FJ 2).

<sup>27</sup> Dentre elas, a Sentença do Tribunal Supremo, de 27 de maio de 1998, ditada em apelação, em um caso em que o Município de Garrucha havia recorrido com êxito da aprovação definitiva pela Comissão Provincial de urbanismo do solo urbanizável das Normas Subsidiárias do Planejamento Municipal de Mojácar, afetando uma massa arbórea colidente com o município de Garrucha, que este afirma ser seu único “pulmão verde”.

<sup>28</sup> Assim, a Sentença do Tribunal Superior de Justiça de Valência, de 27 de janeiro de 1992, a propósito do recurso que a Administração Autônoma Valenciana interpôs contra a execução de obras amparadas pela licença municipal de construção, mas que se consideraram ilegais. Em sentido análogo pronunciou-se a Sentença do Tribunal Superior de Justiça de Catalunha de 23 de dezembro de 1996, ao resolver o recurso que a Administração Autônoma de Catalunha interpôs perante a negativa do Município de Reus de revogar a licença de obras para a instalação de um posto de gasolina e escritórios, que a Administração autonômica entendia constitutiva de infração urbanística grave.

ao detectar que esta forma de proceder das Comunidades Autônomas (exercendo a ação popular contra Municípios) não respeitava os requisitos processuais exigidos pelo atual art. 65 da *Lei 7/1985, de 02 de abril, de 1975, de Bases do Regime Local*, os quais em seu dia foram declarados pelo Tribunal Constitucional como integrantes do conceito de “autonomia local”, constitucionalmente garantida pelo art. 140 CE<sup>29</sup>.

Nossa opinião não pode ser mais crítica em relação à possibilidade de que a Administração possa apresentar-se como autor popular. Afinal de contas, o exercício da ação popular contencioso-administrativa por parte de uma Administração leva-nos necessariamente ao plano da confrontação entre sujeitos jurídico-públicos, cujo regime jurídico está especificamente desenhado pelo legislador espanhol, diferenciando-o expressamente do atribuído aos particulares. Reforçar-se-á esta opinião mais adiante.

### 5. Os pedidos que podem ser formulados na ação popular contencioso-administrativa

As fórmulas de reconhecimento da ação popular na legislação setorial sempre incluíram, de uma ou de outra forma, uma referência à pretensão: exigir a observância da correspondente legislação. No que pese à amplitude que essa expressão reflete, tradicionalmente a doutrina espanhola manteve uma teoria segundo a qual, considerando o caráter objetivo da ação popular, os recursos cabíveis deveriam se limitar às pretensões de anulação<sup>30</sup>, e, além disso, de anulação meramente formal. Porém, tal interpretação deve ser abandonada, já que nem é acolhida pela jurisprudência majoritária, nem se ajusta bem à atual disciplina das possíveis pretensões do recurso contencioso-administrativo espanhol. Na realidade, são muito poucas as especificidades que, quanto ao conteúdo do *petitum*, apresenta a ação popular na Espanha, como veremos.

Começemos pela **pretensão declarativa de que a atuação administrativa não é conforme ao Direito, e sua conseguinte anulação** (art. 31.1 LJCA), que, sem dúvida, é o primeiro passo para a exigibilidade da observância e cumprimento do previsto em uma determinada Lei nos casos de transgressão positiva da mesma. Neste ponto, é necessário defender que a anulação não se limite a ser de caráter meramente formal, é dizer, não deve limitar seus efeitos apenas ao plano da mera formalidade jurídica, senão que deve fazer desaparecer os resultados materiais realizados ao amparo do ato anulado<sup>31</sup>. O contrário seria tanto como negar abertamente as pretensões de efetiva tutela judicial que se derivam do reconhecimento da ação popular.

Deve se admitir, pois, como normal, que uma Sentença de anulação obtida mediante o exercício da ação popular imponha a restauração das coisas à sua primitiva situação. É importante assinalar este aspecto porque é comum que se confunda este pronunciamento (de reposição ao estado originário das coisas) com o reconhecimento de uma situação jurídica individualizada, quando, na realidade, a restituição é pura e simplesmente o efeito ou consequência natural da declaração de invalidez que a precede.

<sup>29</sup> Por sua complexidade, os pormenores dos problemas jurídicos suscitados por estes conflitos excedem o conteúdo deste estudo, mas podem ser consultados em REGO BLANCO, M.D.: “Ante la inactividad local ¿sustitución, acción popular, o contencioso interadministrativo?. Reflexiones a propósito de la protección de la legalidad urbanística”, em *Revista de Estudios de la Administración Local y Autónoma*, nº 300.

<sup>30</sup> Por todos, de LLISSET BORRELL, F: *La actividad urbanística de los particulares*, Madrid, 1975, p. 346: “a ação pública....”.

<sup>31</sup> Neste sentido já o assinalavam em seu dia, tanto PÉREZ MORENO, A.: “La acción popular en materia de urbanismo”, em *Revista de Direito Urbanístico*, nº 15, 1969, p. 90, como COSCULLUELA MONTANER, L.: “Acción Pública en materia urbanística”, em *Revista de Administración Pública*, nº 71, 1973, p. 29.

Distinto do anterior, como resulta óbvio pela natureza mesma das coisas, é que com a ação popular propriamente dita não possa prosperar uma pretensão de reconhecimento de uma situação jurídica individualizada (art. 31.2 LJCA), tal e como, no exercício de boa lógica, vem sustentando na Espanha a doutrina majoritária. Contudo, uma única observação deve ser feita em relação à afirmação anterior. É que, se na legitimação do autor popular concorrem também outras situações jurídicas legitimantes (titularidade de direitos subjetivos individuais ou interesses legítimos), ainda que aquele faça valer a ação popular, o órgão jurisdicional deverá levar em consideração tais situações jurídicas, podendo, então, a Sentença pronunciar-se pelo reconhecimento de uma situação jurídica individualizada, que corresponderia, em qualquer caso, ao autor, mas não como autor público.

Esta precisão é importante também para avaliar as possibilidades de que o autor popular reclame de uma Administração espanhola uma indenização (medida à qual se recorre quando a reposição das coisas ao seu estado originário resulta de impossível realização). De acordo com o art. 139 da *Lei 30/1992, de 16 de novembro, do Regime Jurídico das Administrações Públicas e do Procedimento Administrativo Comum*, a viabilidade de tal indenização dependerá da reunião dos requisitos necessários para admitir a existência de responsabilidade patrimonial da Administração pública (dano real e efetivo, avaliável, antijurídico e individualizado em uma pessoa ou em um grupo delas). Entendemos que, por definição, se se exerce a ação popular, o requisito da individualização se perde, pois os efeitos lesivos recaem sobre um bem (meio ambiente natural e urbano, cultura) cujo desfrute é, por si mesmo, impossível de monopólio individualizado ou excludente. Daí porque não é possível encontrar um autor público em quem, de forma singularizada (exclusiva e excludentemente), possam recair os prejuízos da ilicitude do comportamento administrativo que mermaram o bem em questão do desfrute coletivizado.

Certamente, é possível dar notícia de casos na jurisprudência espanhola nos quais, não obstante se tenha exercido o direito de ação popular, foi reconhecido o direito à indenização, sem que tal circunstância tenha implicado em qualquer contradição com o exposto até aqui. Nesses casos, a indenização econômica procede porque a situação legitimante do autor popular se completa com a titularidade de outras situações jurídicas de caráter individual, como podem ser as derivadas do direito de propriedade<sup>32</sup>, do direito à intimidade, do direito à saúde, ou deste junto à liberdade de empresa<sup>33</sup>.

Nesta mesma linha, é possível comprovar que na Espanha estão fadados ao fracasso os supostos nos quais, ao amparo de uma ação popular, se pretende estender a exigência de que a Administração ajuste sua atuação ao Direito até incorporar uma pretensão de reparação de danos e prejuízos provocados pela atuação administrativa ilegal no patrimônio de pessoas distintas do autor (e afetadas pela atuação impugnada)<sup>34</sup>.

Devido à sua atualidade e ao seu grande interesse prático, é oportuno abordar o estudo da ação popular que se exerce em virtude da inatividade administrativa com **pretensão de condenação na realização de uma atividade (obrigação de fazer)**, pois não se pode desco-

<sup>32</sup> Esta é a formulação, no caso já comentado, do estrangeiro cujo apartamento foi privado da vista por uma construção ilegal (Sentença do Tribunal Supremo de 22 de janeiro de 1991); e no da demolição do apartamento do cooperativista (Sentença do Tribunal Supremo de 13 de outubro de 1988) ou, *a contrario*, o caso do “marido protetor” que mediante a ação popular pretendia defender o patrimônio de sua esposa (Sentença do Tribunal Supremo de 23 de julho de 2001), ou, por último, o da Sentença do Tribunal Supremo de 21 de setembro de 1988.

<sup>33</sup> Assim fica evidente no caso da “taberna emparedada” por erro na execução de um projeto de urbanização, resolvido pela Sentença do Tribunal Supremo de 22 de dezembro de 1992.

<sup>34</sup> Confrontem-se a Sentença do Tribunal Supremo de 21 de junho de 1979, bem como a do Tribunal Superior de Justiça da Galícia de 4 de maio de 2000.

nhecer a freqüência com que o autor público tem que enfrentar a passividade de uma ou outra Administração no referente a potestades, tais como as sancionadoras, legalizadoras e de restituição da situação física alterada, que na Espanha a maioria das leis setoriais configuram como potestades que somente podem ser exercidas de ofício<sup>35</sup>, quer dizer, mediante a só iniciativa da Administração.

A questão jurídica que está aberta ao debate não é tanto se o autor popular denunciante pode ou não recorrer de uma decisão administrativa expressa de iniciar um expediente após a formalização de uma denúncia. Em verdade, a grande questão é: Como enfrentar a Administração quando esta se mantém silente, passiva ante uma denúncia?

Durante a vigência da anterior Lei da Jurisdição contencioso-administrativa de 1956, a jurisprudência não apresentou especiais reparos no momento de reagir contra a inatividade administrativa quando o recurso era impetrado no exercício da ação popular. Nesta época – dado o antigo caráter revisor da jurisdição contencioso-administrativa espanhola – a única forma de recorrer contra a passividade administrativa era forçar a conversão da inatividade material em inatividade formal, através do mecanismo de provocar um ato administrativo em virtude do silêncio (via de regra negativo, até a entrada em vigor da já mencionada Lei 30/1992), que posteriormente seria julgado pelos Tribunais do contencioso-administrativo. Por este caminho, graças a uma interpretação ampla das pretensões de plena jurisdição, na Espanha o ator popular pode reagir frente às omissões da atividade administrativa devida.

Com a entrada em vigor da atual LJCA de 1998, admite-se igualmente (e inclusive prosperam) os recursos por ação popular com pretensões de condenação (se bem que tecnicamente surgiram novos problemas). Concretamente, as mudanças produzidas na disciplina do silêncio administrativo (com a entrada em vigor da Lei 30/1992 e a sua reforma em 1999) impedem que possa ser mantida satisfatoriamente, para o autor popular, a via processual antes indicada, para provocar um ato em virtude do silêncio para impugná-lo posteriormente perante os tribunais. Isto é assim em razão da dificuldade da nova legislação em identificar o sentido do silêncio quando a Administração não atende de forma expressa a denúncia-solicitação do autor público. As leis setoriais não contêm nenhuma previsão sobre o sentido do silêncio nestes casos, com o que haveriam de ser integradas com a regulação que estabelece a Lei 30/1992. Ocorre, sem embargo, que a regulação da inatividade administrativa no exercício de certas potestades, tais como a sancionadora ou as de intervenção, estão pensadas na Lei 30/1992 para relações jurídicas que se estabelecem de ofício e que têm caráter estritamente bilateral (Administração-provável infrator ou Administrador-intervenido)<sup>37</sup>. Resulta, por isso, insuficiente para dar cobertura a situações

<sup>35</sup> Alguma legislação autonômica em matéria de solo contempla que a instauração do expediente de legalização possa ser de ofício ou por provocação da parte. Como exemplo, podemos fazer referência à Lei de Cantábria 2/2001 de ordenação territorial e regime urbanístico, cujos arts. 207 (Obras de edificação e uso do solo que estejam sendo realizados sem licença ou sem ajustar-se às condições da licença), 208 (Obras de edificação e uso do solo já concluídas e levadas a efeito sem licença ou sem ajustar-se às condições da licença) e 212 (Proteção de zonas verdes, espaços livres e solos rústicos), nos quais se prevê expressamente que o procedimento de legalização se inicie de ofício ou por provocação da parte. Igualmente, na nova Lei 16/2005 urbanística valenciana, admitem-se ambas as formas de iniciação para os procedimentos de legalização relativos a obras de edificação sem licença ou sem ajustar-se às suas determinações no curso da execução (art. 221); porém, com relação aos procedimentos de legalização relativos a atos em curso de execução em solo não urbanizável (art. 222), só se dispõe sobre a incoação de ofício.

<sup>36</sup> Em alguns casos, porém, a idéia repetida mil e uma vezes que identificava a ação popular com a pretensão de anulação incitou a redação de decisões judiciais propugnando pela inadmissibilidade do recurso do autor popular que tentava obter uma sentença condenatória. Para ilustrar estes casos, elejemos, por sua proximidade no tempo, a Sentença do Tribunal Superior de Justiça de Madrid de 25 de janeiro de 2001, que dá provimento à apelação deduzida contra a inadmissibilidade em primeira instância da ação popular pelo motivo aqui comentado (FJ 4).

nas quais aparece um novo sujeito, como o autor público, que pretende que a Administração exerça, de ofício, tais potestades.

A situação não seria preocupante se as novas vias processuais para fazer frente à inatividade administrativa introduzidas pela LJCA (arts. 29 e 32.1 LJCA<sup>37</sup>) pudessem ser utilizadas pelo autor popular. Deve-se notar que estas vias se beneficiam de um melhor tratamento processual, que pode ser sintetizado em um mais rápido acesso à justiça e uma maior celeridade na tramitação (processo abreviado), bem como na regra geral de que o órgão jurisdicional deverá deferir medidas cautelares, salvo exceção.

Na redação do art. 29.1 LJCA, cujo texto se reproduz em nota de rodapé, salta à vista um talante escancaradamente restritivo, plasmado na tríade de condições exigidas para a sua utilização. Para o que aqui interessa, um importante setor da doutrina administrativista e processualista na Espanha receberam em seu dia este cúmulo de condições como uma interpretação que negava que o exercício da ação popular possa se encaminhar pelo art. 29.1 LJCA<sup>39</sup>.

Consideramos, contudo, que, sem forçar o texto da LJCA, pode se fazer uma leitura deste preceito que confirma que não há razão de fundo que justifique que o autor popular não possa se favorecer desta via de impugnação<sup>40</sup>. De modo especial, é possível defender que:

1) a localização de uma obrigação do tipo desenhado pelo art. 29.1 LJCA (isto é), uma obrigação de realizar “uma prestação concreta”, derivada de “uma disposição geral que não demanda atos de aplicação ou em virtude de um ato, contrato ou convênio administrativo” não depende do tipo de legitimação que se empregue, senão dos próprios termos em que

<sup>37</sup> De acordo com o art. 44 da Lei 30/1992, “nos procedimentos em que a Administração exerce potestades sancionadoras ou, em geral, de intervenção, suscetíveis de produzirem efeitos desfavoráveis ou de gravame, produzir-se-á a caducidade. Nestes casos, a resolução que declara a caducidade ordenará o arquivamento das atuações, com os efeitos previstos no artigo 92. Nos supostos em que o procedimento tenha sido paralisado por causa imputável ao interessado, interromper-se-á o cômputo do prazo para resolver e notificar a resolução”.

<sup>38</sup> Segundo o art. 29 LJCA, “1. Quando a Administração, em virtude de uma disposição geral que não demande atos de aplicação ou em virtude de um ato, contrato ou convênio administrativo, esteja obrigada a realizar uma prestação concreta em favor de uma ou várias pessoas determinadas, aquelas que tiverem direito a ela podem reclamar da Administração o cumprimento de tal obrigação. Se, no prazo de três meses, contados da data da reclamação, a Administração não houver dado cumprimento ao solicitado, ou não houver chegado a um acordo com os interessados, estes podem interpor recurso contencioso-administrativo contra a inatividade da Administração. 2. Quando a Administração não executar os seus atos firmes poderão os afetados solicitar a sua execução, e se esta não se produz no prazo de um mês desde tal petição, poderão os solicitantes formular recurso contencioso-administrativo, que tramitará pelo procedimento abreviado regulado no artigo 78.”

Por sua vez, o art. 31.2 LJCA estabelece que “quando o recurso for dirigido contra a inatividade da Administração pública, conforme o disposto no artigo 29, o demandante poderá pretender do órgão jurisdicional que condene a Administração ao cumprimento de suas obrigações nos concretos termos em que estiverem estabelecidas”.

<sup>39</sup> Sem ânimo exaustivo, a esta conclusão chegam direta ou indiretamente autores de tanto prestígio como GONZÁLEZ PÉREZ, J.: “Control jurisdiccional de la inactividad y de la vía de hecho”, em *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, nº 2, 1999; AYALA MUÑOZ, J M, FERNÁNDEZ-DAZA ALVEAR, J M y otros: *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*. Ed. Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 344; SÁNCHEZ MORÓN, M.: “El objeto del recurso contencioso-administrativo”, em *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 100 (*Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*), 1998, p. 191; DE LA QUADRASALCEDO, T.: “Artículo 29”, em *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, Ed. Civitas, Madrid, 1999, p. 298; SALA SÁNCHEZ, P, XIOL RÍOS, J A, e FERNÁNDEZ MONTALVO, R: *Práctica procesal contencioso-administrativa*: adaptado a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Ed. Bosch, Barcelona, 1999, tomo II, p. 316; ou SANTOS VIJANDE, J M: *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, Ed. EDESA, Madrid, 1999, p. 321.

<sup>40</sup> Esta leitura parece haver obtido eco na Sentença do Tribunal Superior de Justiça de Andaluzia (sede de Málaga) de 20 de outubro de 2004, que dá provimento à apelação deduzida contra a inadmissibilidade do recurso interposto com fundamento no art. 29.1 LJCA por um autor popular, cuja pretensão era de condenação à tramitação de procedimentos urbanísticos de caráter sancionador e de proteção da legalidade.



a obrigação seja construída pelo ordenamento, bem como da concreta fase de aplicação da norma em que se produza a passividade administrativa;

2) o requisito de que o autor “tenha direito a ela” não teria porque excluir as situações jurídicas protegidas pela ação popular, desde que o acento se ponha como faz o Tribunal Supremo, na correlativa “imposição à Administração da obrigação de realizar uma atividade que satisfaça a prestação concreta que aquele tem o direito de perceber, conforme a própria disposição geral”<sup>41</sup>. Este entendimento é reforçado se é acrescido da precisão de que as potestades de intervenção são de obrigado exercício pela Administração, tal como reconhecem a jurisprudência<sup>42</sup> e o legislador<sup>43</sup>; e,

3) a exigência de que a prestação seja “a favor de uma ou várias pessoas determinadas” pode muito bem entender-se cumprida quando quem a reclama (autor popular) se encontra no círculo das pessoas que ostentam o direito de exigir esta atuação.

Para concluir esta epígrafe, dediquemos alguma atenção à **pretensão** de declaração de descumprimento do ordenamento jurídico, **“ordem de cese” e adoção de medidas perante uma “via de fato”**. Sua atual regulação se encontra no art. 30 LJCA<sup>44</sup> e apresenta o interesse de sublinhar que o característico da atuação administrativa perante uma via de fato consiste em que se produz ignorando os requisitos procedimentais e de competência<sup>45</sup>, não o âmbito material sobre o qual recai a atuação ilegal. Resulta, portanto, indiferente o caráter patrimonial ou não das situações jurídicas afetadas por uma atuação da Administração perante uma via de fato, tornando possível a sua utilização também pelo autor popular com a finalidade de perseguir a defesa de situações jurídicas de índole não patrimonial.

## 6- Limites processuais para o êxito da ação popular.

Quando o recurso contencioso-administrativo espanhol é interposto exercício da ação popular, não se exige nenhum requisito de caráter formal adicional aos ordinários; e mais, se aplica a mesma interpretação antiformalista que inspira o processo espanhol em seu conjunto. Do ponto de vista substantivo, tampouco é possível afirmar que a ação popular

<sup>41</sup> A citação foi tomada da Sentença do Tribunal Supremo de 24 de julho de 2000.

<sup>42</sup> Consultem-se, por todas, as Sentenças do Tribunal Supremo de 31 de dezembro de 1990 (FJ2), e de 24 de outubro de 1995.

<sup>43</sup> Com toda firmeza o afirma o art. 220, Lei nº 16/2005, a nova lei urbanística valenciana: “A adoção das medidas de restauração da ordem urbanística infringida é uma competência irrenunciável e de inescusável exercício pela Administração atuante. Nem a instrução do expediente sancionador, nem a imposição de multas, exoneram a Administração de seu dever de adotar as medidas tendentes à restauração da ordem urbanística infringida, nos termos estabelecidos nesta Lei (...)”.

<sup>44</sup> O teor literal deste artigo é: “No caso da via de fato, o interessado poderá formular requerimento à Administração atuante, intimando-o a proceder à sua cessação. Se tal intimação não houver sido formulada, ou não for atendida dentro dos dez dias seguintes à apresentação do requerimento, poderá deduzir diretamente recurso contencioso-administrativo”.

<sup>45</sup> O conceito de “via de fato” (“*vía de hecho*”) não coincide com o de execução de ato nulo (em virtude da absoluta falta de procedimento ou por vício de competência). No primeiro caso (via de fato), nos encontramos como uma atuação material da Administração que carece de um ato administrativo que a legitime. Neste caso não existe sequer um ato administrativo cuja validade possa ser questionada. No segundo caso (execução de ato nulo), a atuação material da Administração se sustenta em um ato administrativo, que goza de presunção de validade *juris tantum*, que pode ser destruída por via de recurso, demonstrando-se que o ato possui uma causa de nulidade.

tenha na Espanha limites processuais especiais. Contudo, alguns dos elementos comuns apresentam peculiaridades significativas quando o recurso contencioso é interposto por um autor popular. Concretamente, exige-se que a causa trate da inadmissibilidade fundada na extemporaneidade da ação<sup>46</sup>, porque o prazo de interposição sofre importantes modulações na ação popular (se bem que unicamente no âmbito urbanístico). Igualmente, deve-se considerar a proibição do exercício abusivo da ação popular, que pode desembocar em um desprovimento do recurso por falta de legitimação *ad causam*.

### 6.1. O prazo de interposição do recurso para o autor popular

Para o exercício da ação popular os prazos gerais são disciplinados pelo art. 46 da LJCA<sup>47</sup>. Contudo, **no âmbito urbanístico** (e não em qualquer outro setor para o qual haja previsão da ação popular) **“se tal ação está motivada pela execução de obras que se considerem ilegal, poderá se exercitar durante a execução delas e no decurso dos prazos estabelecidos para a adoção das medidas de proteção da legalidade urbanística”** (art. 304.2 TR 1/92).

Esta regra especial tem caráter de norma de aplicação plena em todo o Estado espanhol<sup>48</sup>, o que, por um lado, torna desnecessário que as leis autonômicas sobre o solo contenham uma previsão semelhante; e, por outro, dá cobertura à constitucionalidade daquelas que o fazem (Aragón, Castilla e León, Catalunha, Galícia, etc.). Vale destacar que, diferentemente do texto da *Lei do Solo de 1976*, o art. 304.2 TR 1/92 não estabelece o prazo para interposição de recurso, senão que remete a matéria à correspondente legislação autonômica, respeitando, portanto, a competência exclusiva das Comunidades Autônomas para determinar o prazo de caducidade de suas potestades de proteção da legalidade em matéria urbanística. As especificidades ficam, destarte, asseguradas.

Com efeito, existem Comunidades Autônomas<sup>49</sup> que seguem o antigo modelo estatal, fixando o referido prazo em quatro anos desde a finalização das obras<sup>50</sup>; outras, entretanto,

<sup>46</sup> As causas de inadmissibilidade estão reguladas pelo art. 69 LJCA, que dispõe o seguinte: “A sentença declarará a inadmissibilidade do recurso ou de alguma das pretensões nos casos seguintes: a) Se o Juiz ou Tribunal Contencioso-administrativo carecer de jurisdição. b) Se houver sido interposto por pessoa incapaz, não devidamente representada ou não legitimada. c) Se tiver por objeto disposições, atos ou atuações não susceptíveis de impugnação. d) Se recair sobre coisa julgada ou sobre a qual exista litispendência. e) Se a petição inicial do recurso for apresentada fora do prazo estabelecido.”

<sup>47</sup> Este artigo contém seis partes, das quais apenas se reproduzem a seguir as quatro primeiras, por serem as relevantes para um autor popular. São elas: “1. O prazo para interpor o recurso contencioso-administrativo será de dois meses contados a partir do dia seguinte ao da publicação da disposição impugnada ou ao da notificação, ou da publicação do ato que ponha fim à via administrativa, se for expreso. Se não o for, o prazo será de seis meses e será contado, para o solicitante e outros possíveis interessados, a partir do dia seguinte àquele em que, de acordo com sua normativa específica, se produza o ato presumido. 2. Nos supostos previstos no artigo 29, os dois meses serão contados a partir do dia seguinte ao vencimento dos prazos assinalados no referido artigo. 3. Se o recurso contencioso-administrativo for dirigido contra uma atuação em via de fato, o prazo para interposição do recurso será de dez dias a contar do dia seguinte ao término do prazo estabelecido no artigo 30. Se não houver requerimento, o prazo será de vinte dias desde o dia em que se iniciou a atuação administrativa em via de fato. 4. O prazo para interposição do recurso contencioso-administrativo será contado desde o dia seguinte àquele em que se notificar da resolução expressa do recurso potestativo de reposição ou em que este deva se entender presumidamente desestimado.”

<sup>48</sup> Veja-se a Disposição Final Única da Lei estatal 6/1998, de 13 de abril, do Regime do Solo e Valorações.

<sup>49</sup> É o caso do art. 185.1 da Lei andaluza 7/2002; do art. 182.4 da Lei castelhana-mancheiga 2/1998; do art. 208.1 da Lei cántabra 2/2001; do art. 208.2 da Lei madrilenha 9/2001, de 17 de julho; do art. 228 da Lei murciana 1/2001; do art. 200 da Lei foral navarra 35/2002; ou, finalmente, do art. 199.1 da Lei riojana 10/1998. Também rege o prazo de quatro anos para as Comunidades nas quais ainda é aplicável o art. 185 do Texto Refundido da Lei do Solo e Ordenação Urbana de 1976 (RD 134/1976, de 9 de abril, por sua vez modificado pelo art. 9 do Real Decreto Lei 16/1998), a saber: Baleares, País Basco.

ampliam este prazo até seis anos<sup>51</sup>; há Comunidades, ainda, que, diversamente, estabelecem um prazo vinculado ao prazo de prescrição das infrações administrativas pela realização da obra ilegal<sup>52</sup>. Isto tudo, por sua vez, deixando a salvo as hipóteses de irregularidade que cada uma delas considera mais graves, face às quais todas coincidem em não dispor de limitação temporal para o exercício destas potestades. Isto implica que em tais casos a ação popular carece de prazo limite para ser ajuizada.

Ademais, não é necessário dizer que esta especificidade da ação popular urbanística espanhola permitiu que, nos casos nos quais, em virtude das exigências dos prazos ordinários, recursos que deveriam ser inadmitidos por extemporâneos, tenham podido ser conhecidos pelos Tribunais, ao mesmo tempo em que foi fortalecida uma importante exegese jurisprudencial deste preceito, os quais passamos a expor a seguir.

O pressuposto jurídico da ampliação do prazo consiste em que se trate da “execução de obras que se considerem ilegais”, sem que se possa aplicar a qualquer outro tipo de atuação urbanística desconforme com o ordenamento<sup>53</sup>. A obra será tida por ilegal quer quando careça de licença (como se interpretou enquanto vigorou a *Lei do Solo de 1956*), quer quando, apesar de possuir licença, esta se encontre viciada, independentemente da causa de irregularidade que lhe afete<sup>54</sup>; e também, é claro, nos casos em que o executado não observe as condições estabelecidas pela licença.

Um aspecto fundamental que não pode deixar de ser objeto de referência diz respeito a não aplicação pela Jurisprudência deste regime especial de impugnação a certas hipóteses, ainda que nem o art. 304.2 TR 1/92, nem seus predecessores tenham contemplado qualquer exceção. Tais hipóteses têm em comum o fato de que a obra ilegal deve estar amparada em licença concedida de forma expressa<sup>55</sup>, e se resumem aos seguintes:

***a) Impugnação, pela Administração Pública de âmbito territorial superior (Estado ou Comunidade Autônoma), de um acordo municipal de concessão de licença.***

Houve ocasiões nas quais uma Comunidade Autônoma decidiu recorrer a atuações urbanísticas de uma Entidade Local (Município) através da ação popular, com a expressa intenção de se beneficiar do maior prazo que já vimos comentando. Contudo, os Tribunais não o permitiram por considerar que tal proceder implicaria em uma exceção injustificada ao regime de controle jurisdicional previsto no art. 65.3

<sup>50</sup> A data de término da obra, para estes efeitos, é a de término formal, e não a de sua finalização material. Tal fato deverá ser constatado por quem desejar arguir a extemporaneidade do recurso (Sentença do Tribunal de Justiça de Valência de 16 de janeiro de 1999 (FJ 2), Sentença do Tribunal de Justiça de Cantábria de 24 de julho de 2000 (FJ 2)).

<sup>51</sup> Como fazem os arts. 119 e 219 da Lei catalã 2/2002; ou o art. 210.1 da Lei galega 9/2002.

<sup>52</sup> Os arts. 197 e 209 da Lei aragonesa 5/1999 fixam um prazo de um ano, quatro ou dez anos, a depender de que a infração seja, respectivamente, leve, grave ou muito grave. Por sua parte, os arts. 114 e 121.1 da Lei castelhana-leonesa 5/1999 estabelecem o prazo de um ano ou quatro anos, em função de que a infração seja leve, no primeiro caso, ou grave ou muito grave, no segundo; igual solução incorpora a nova Lei valenciana 16/2005 em seu art. 238.

<sup>53</sup> Em consequência, a Sentença do Tribunal Superior de Justiça da Catalunha de 15 de setembro de 1998 nega a sua aplicação para impugnar um convênio urbanístico, e a idêntica conclusão chega a Sentença do Tribunal Supremo de 27 de março de 2002 quando se trata de empregar para recorrer a aprovação definitiva de um Estudo de Detalhe.

<sup>54</sup> Neste sentido, vejam-se a Sentença do Tribunal Supremo de 26 de fevereiro de 1998 (FJ 4 e 7) e as do Tribunal Superior de Justiça de Estremadura de 20 de março de 2002 (duas sentenças, cujos números oficiais são 495/2002 e 496/2002), de 15 de abril de 2002 e de 27 de junho de 2002.

<sup>55</sup> Em certa medida, esta jurisprudência nos reconduz ao regime da Lei do Solo de 1956, na qual o prazo especial de impugnação da obra ilegal era aplicável unicamente se a obra não estava amparada por licença.

da Lei 7/1985<sup>56</sup>, que o Tribunal Constitucional declarou parâmetro constitucional da garantia da “autonomia local”.

Entendemos que tal doutrina jurisprudencial parece acertada e se encaixa perfeitamente com nossa opinião. Acrescente-se que, por todos os argumentos que já expusemos no curso deste trabalho, não se deve admitir o exercício da ação popular pelas Administrações Públicas.

**b) Impugnação de uma licença urbanística pelos próprios “consejales”<sup>57</sup> que votaram contra a concessão da licença.**

É pacífico na doutrina jurisprudencial<sup>58</sup> que, quando o recurso for interposto por um “consejal”, ainda que através da ação popular urbanística, o prazo para impugnar os acordos dos quais tenham participado (votando contra a sua outorga) seja o prazo normal (dois meses), computando-se no prazo a data da sessão em que houver sido autorizada a concessão da licença, inclusive. O fundamento jurídico do argumento desta interpretação encontra-se no art. 63.1.b da Lei 7/1985<sup>59</sup> e no art. 211 do *Regulamento de Organização, Funcionamento e Regime jurídico das Entidades Locais de 1986*<sup>60</sup>, que se constitui norma especial que não admite exceção.

**c) Impugnação por particulares que receberam uma notificação pessoal e direta do acordo contra o qual recorrem.**

Regem os prazos, segundo a jurisprudência<sup>61</sup>, da Lei que disciplina os prazos gerais: a Lei 30/1992 (para a via administrativa prévia) ou a LJCA (para a via jurisdicional). Afirma-se que a especialidade a que vimos nos referindo está pensada para o resto dos cidadãos, alheios ao procedimento de outorga da licença. Todavia, se o autor popular é uma pessoa que deveria ter sido notificada, mas não o foi, ora se lhe permite utilizar o regime especial da ação popular urbanística<sup>62</sup>, ora o regime previsto para a notificação defeituosa<sup>63</sup>.

<sup>56</sup> Sobre este aspecto, podem ser consultados os interessantes argumentos lançados na Sentença do Tribunal Supremo de 5 de maio de 1998, que pode ser considerada como uma das pioneiras desta corrente jurisprudencial.

<sup>57</sup> N.T.: A figura dos “consejales” poderia se aproximar da dos vereadores, contudo existem diferenças significativas entre eles, considerando que os Municípios espanhóis não possuem um órgão que represente o Poder Legislativo. Os “consejales” integram a Administração pública municipal, embora sejam eleitos pelo sufrágio universal, igual, livre, direto e secreto (art. 19, Lei 7/ 1985)

<sup>58</sup> Pode-se constatar esta corrente jurisprudencial nas Sentenças do Tribunal Supremo de 18 de março de 1992, de 5 de maio de 1998, de 5 de julho de 1999 e na mais próxima no tempo de 23 de maio de 2000.

<sup>59</sup> O art. 63.1.b da Lei de Bases de Regime Local estabelece que “Ademais dos sujeitos legitimados no regime geral do processo contencioso-administrativo, poderão impugnar os atos e acordos das entidades locais que incorrerem em infração do ordenamento jurídico: [...] b) Os membros das Corporações que houverem votado contra tais atos e acordos”.

<sup>60</sup> Este regulamento foi aprovado pelo Real Decreto 2568/1986, de 28 de novembro. O seu art. 211.3 dispõe que “o prazo para interpor recurso de reposição pelos “Consejales” ou membros das Corporações Locais que houverem votado contra o acordo será contado desde a data da sessão em que houver sido votado tal acordo.”

<sup>61</sup> Veja-se, sobre o tema, entre outras, as Sentenças do Tribunal Supremo de 29 de novembro de 1995, de 5 de julho de 1999, de 25 de janeiro de 2000, e de 20 de março de 2000.

<sup>62</sup> Um exemplo sobre o que se acaba de afirmar é proporcionado pela Sentença do Tribunal Supremo de 21 de maio de 1997.

<sup>63</sup> Neste sentido, pode-se citar a Sentença do Tribunal Supremo de 13 de outubro de 1988. O regime da notificação defeituosa encontra-se no art. 58.3 da tantas vezes citada Lei 30/1992, segundo a qual “as notificações que contendo o texto íntegro do ato omitirem algum dos demais requisitos previstos no apartado anterior surtirão efeito a partir da data em que o interessado realize atuações que suponham o conhecimento do conteúdo e alcance da resolução ou ato objeto da notificação ou resolução, ou interpuser qualquer recurso que proceder.”

Em alguns casos, assimilou-se à notificação o conhecimento do expediente de licença, aplicando-se então o prazo ordinário de interposição do recurso computado desde o momento em que constar de forma fidedigna tal conhecimento<sup>64</sup> (por exemplo, pela apresentação de denúncia com rica documentação, ou extraindo tal conclusão do escrito de interposição do recurso na via administrativa no qual se afirma haver consultado o expediente, ou da comunicação prévia à interposição do recurso que era exigida pelo derogado art. 110 da Lei 30/1992). Porém, a jurisprudência, inclusive aquela que aplica a doutrina que vimos expondo, não impede que a publicação da licença provoque o efeito de ter por inaplicável o prazo especial de ajuizamento da ação popular<sup>65</sup>, o que resulta, pelo menos, curioso.

Em nossa opinião, as hipóteses dos itens “a” e “b” devem ser criticadas, já que, em virtude de critérios não contemplados no art. 304 TR 1/92, chega-se a conclusões que podem desencadear nada mais, e nada menos, do que a inadmissão da ação. Haveria de sublinhar que consideramos o caráter de norma especial que corresponde ao preceito do qual nos ocupamos, e, sobretudo com relação aos efeitos do conhecimento do ato impugnado, respeitar a omissão no referido art. 304 destes pormenores.

De qualquer modo, e para maior aprofundamento, se na Espanha à própria Administração concedente da licença ilegal (e indiscutivelmente conhecedora dos termos jurídicos dela) são outorgadas potestades para corrigir os seus desatinos<sup>66</sup>, e a norma especial da ação popular urbanística expressamente faz coincidir o seu prazo de exercício com o de caducidade de tais potestades administrativas, não consideramos lógico que o conhecimento da licença por parte do autor (quem quer que seja) possa ser um argumento para obstaculizar a plena virtualidade do art. 304 TR 1/92.

### 6.2. Abuso de direito e ação popular.

Na Espanha, um dos mitos sobre a ação popular é o relacioná-la imediatamente com o “**abuso de direito**”, proscrito pelos arts. 7.2 do *Código Civil*<sup>67</sup> e 11 LOPJ<sup>68</sup>. A sua ocorrência, como já foi dito, desemboca na desestimação do recurso por falta de legitimação *ad causam* o que propicia, na prática, que os demandantes aleguem o abuso de direito de forma quase automática frente a uma ação popular.

A doutrina administrativista espanhola advertiu de forma constante e reiterada as finalidades ilícitas que poderiam se esconder por detrás do exercício da ação popular, bem

<sup>64</sup> Vejam-se neste sentido: Sentenças do Tribunal Supremo de 17 de fevereiro de 2001, de 30 de novembro de 2002; do Tribunal Superior de Justiça de Cantábria de 29 de novembro de 1996 e de 30 de janeiro de 1997; do Tribunal Superior de Justiça de Baleares de 3 de fevereiro de 1999. Em contra, porém, a Sentença do mesmo Tribunal de 12 de junho de 1995 e do Tribunal Superior de Justiça de Valência de 16 de janeiro de 1999.

<sup>65</sup> Vejam-se, em tal sentido, as Sentenças do Tribunal Supremo de 20 de março de 2000, e a de 28 de fevereiro de 1984. Em ambas resulta indiferente a alegada publicação da licença, e basta-lhes a ausência de notificação pessoal ao recorrente para admitir o prazo especial disposto para a ação popular.

<sup>66</sup> Referimo-nos, especialmente, às potestades de proteção da legalidade urbanística, bem como às de revisão de ofício dos próprios atos quando estiverem viciados de nulidade de pleno direito (art. 102 Lei 30/1992) e à possibilidade de declarar lesivo para o interesse geral um ato próprio incurso em anulabilidade, para a sua posterior impugnação perante a jurisdição contencioso-administrativa (art. 103 Lei 30/1992).

<sup>67</sup> O Código Civil espanhol foi aprovado por Real Decreto de 24 de julho de 1889, mas a redação vigente do art. 7 deve-se à Lei. Este preceito dispõe que “a Lei não ampara o abuso de direito ou o seu exercício anti-social. Todo o ato ou omissão que pela intenção de seu autor, por seu objeto ou pelas circunstâncias em que for realizado ultrapassar manifestamente os limites normais do exercício de um direito, com danos para terceiros, dará lugar às medidas judiciais ou administrativas que impeçam a persistência do abuso”.

<sup>68</sup> Este preceito acolhe a versão processual deste princípio proibitivo, estabelecendo que “os Juízos e Tribunais rechaçarão fundamentadamente as petições, incidentes e exceções que forem formuladas com manifesto abuso de direito ou entranhem fraude de lei ou processual”.

como sobre a facilidade de esta figura se converter em um instrumento de coação para a realização de pactos urbanísticos e de compensações delituosas<sup>69</sup> (em troca da desistência da ação) ou para fins obstrucionistas (dada a possibilidade de ser empregada de forma maciça<sup>70</sup>). O perigo para o qual se advertiu não se reflete, nem sequer vagamente, com a mesma intensidade, na jurisprudência, onde os pronunciamentos apreciando a ocorrência deste vício são muito escassos. Certamente, resulta paradoxal que, reconduzindo-se a pretensão do ator público, por definição, ao cumprimento efetivo da legalidade vigente, possa se apreciar nesses termos um abuso de direito.

Não se pode negar a necessidade de cingir o exercício da ação popular a seus justos termos, mas teria que assinalar a dificuldade de logrã-lo aplicando aqui a técnica do abuso de direito, própria do Direito Cível, e cuja origem se encontra no desejo de isolar situações jurídicas que não poderiam ser reconduzidas ao conteúdo legítimo do direito subjetivo de corte clássico, ou seja, de caráter individual. Daí que, basicamente, as situações de exercício abusivo de um direito se caracterizaram pela ausência de benefício ou utilidade para o seu titular, com independência de que provocassem ou não danos a um terceiro. Essa dificuldade deixa o seu rastro na jurisprudência contencioso-administrativa enfrentada caso a caso com a tarefa de verificar a ocorrência deste conceito jurídico indeterminado. Para começar, deve-se ter cuidado no momento de articular as exigências derivadas da proibição do abuso de direito (evitando que a ação popular dê cobertura a uma autêntica conduta picaresca) com as resultantes do direito fundamental à tutela judicial efetiva (art. 24 CE), na sua acepção de direito ao acesso à Justiça. Isto obrigou a jurisprudência espanhola a postular uma interpretação restritiva do que se deva considerar como “abuso de direito”<sup>71</sup>, de maneira que, inclusive quando possam existir dúvidas sobre o exercício abusivo do direito de ação, só se admita a exceção em casos muito claros; e que, na hipótese de admitir-se o seu exercício, seja a matéria tratada como uma questão de fundo, e não como um suposto de inadmissibilidade da ação.

O critério jurisprudencial comumente aceito é o de considerar caracterizado o abuso na interposição do recurso na ação popular quando o fim perseguido pelo autor seja, realmente, o de causar a um terceiro um prejuízo que não seja exigido para o bem da comunidade<sup>72</sup>. Os Tribunais na Espanha coincidem em que o benefício que resulta para a comunidade de que prevaleça a legalidade<sup>73</sup> se sobrepõe às motivações espúrias do autor público<sup>74</sup>, cuja aparição em cena não pode ser evitada. De maneira que, se há prejuízo para um terceiro, poderá ser acolhida a alegação de exercício abusivo da ação popular – a menos que o recurso tenha que ser provido por imperativo objetivo do ordenamento jurídico.

<sup>69</sup> Assim, por exemplo, COSCULLUELA MONTANER: “Acción Pública en materia urbanística”, ob. cit., p. 54; MARTÍN MATEO: “La problemática asimilación del accionariado popular”, em *Revista de Estudios de la Vida Local*, nº 179, 1973, p. 475; GONZÁLEZ PÉREZ, J: *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Ed. Civitas, 1989, p. 72; PARADA VÁZQUEZ, R: *Direito Administrativo*. Madrid, 1993, p. 492.

<sup>70</sup> A jurisprudência, porém, esclarece que o abuso de direito não pode ser medido quantitativamente, nem ser avaliado pelo número de recursos interpostos pelo autor popular. Podem se consultar, a este respeito, as Sentenças do Tribunal Superior de Justiça de Cantábria de 19 de janeiro e 19 de fevereiro de 2001 (FJ 2 e 3, respectivamente), bem como de 5 e 24 de julho de 2000 (FJ 2 e 4, respectivamente).

<sup>71</sup> Assim se aprecia nas Sentenças do Tribunal Superior de Justiça de Cantábria de 5 de setembro de 1997 e de 7 de junho de 2000 (ambas em seus respectivos FJ 6), bem como na de 4 de abril de 2000 (FJ 3) deste mesmo Tribunal.

<sup>72</sup> Vejam-se, por exemplo, as Sentenças do Tribunal Supremo de 22 de janeiro de 1980 (Cdo 4º), de 2 de novembro de 1989 (FJ 6), de 4 de março de 1992 (FJ 2) ou de 25 de janeiro de 2000 (FJ 2).

<sup>73</sup> Neste sentido manifestam-se as Sentenças do Tribunal Supremo de 2 de novembro de 1989 (FJ 6); de 28 de abril de 1999 (FJ 4), e de 25 de janeiro de 2002 (FJ 2); ademais, as sentenças do Tribunal Superior de Justiça de Cantábria de 5 de setembro de 1997 (FJ 6), e de 5 e 24 de julho de 2000 (FJ 2 e 4, respectivamente).

<sup>74</sup> O simples fato de que se possa detectar que o autor popular possui interesse pessoal de índole econômica ou de qualquer outro tipo em jogo, não é determinante de que o exercício do direito esteja desenvolvendo-se abusi-



Constata-se, portanto, que na Espanha não é possível trasladar, simplesmente, a doutrina civilista de abuso do direito para o exercício da ação popular. Quase poderia se afirmar que o abusivo é tentar evitar a fiscalização de uma situação que pode redundar em um prejuízo do direito ao meio urbano de outros cidadãos, entrincheirando-se em que o recorrente “quer mal” ao demandado. No mais, caberia defender, como foi feito com sucesso em algumas ocasiões<sup>75</sup>, que o abuso no exercício da ação popular urbanística pode ser evitado com a redução do desprovimento dos recursos nos casos em que ocorrem verdadeiramente infrações relevantes do ordenamento jurídico, que provoquem um efetivo detrimento do bem jurídico.

Outras serão as técnicas jurídicas do Direito espanhol que poderão ser empregadas para enfrentar com êxito a utilização abusiva da ação popular. Destaca-se a possibilidade, até hoje inédita, da intervenção do Ministério Público perante a desistência do autor público, que, largamente almejada pela doutrina, foi incorporada pela atual LJCA como uma de suas inovações. Concretamente, o seu art. 74 obriga o órgão jurisdicional a ouvir, nestes casos, não só as demais partes, mas também o Ministério Público, e, se este se opuser, não poderá ser acolhido o pedido de desistência. O processo, conseqüentemente, deverá seguir em todas as suas ulteriores fases. Além disso, este mesmo dispositivo legal estabelece que, com independência da atitude que seja adotada pelo Ministério Público em face da desistência do autor popular, o Juiz ou Tribunal poderá “rechaçá-la fundamentadamente quando constate a existência de dano para o interesse público” (art. 74.4 LJCA). Ainda que a medida esteja por ser adotada, cabe esperar que produza efeitos, pois, a nosso entender, a existência do conceito indeterminado no qual se fundamenta (dano para o interesse público) sempre poderá ser apreciada pelo órgão jurisdicional que se enfrente a situações jurídicas autenticamente ilegais.

Tampouco há muito que dizer se o exercício fraudulento da ação popular apresenta traços que o constituem como delito, já que poderia ser atacado pela via penal, sendo especialmente indicado o tipo de ameaças, previsto no art. 171.3 do *Código Penal* espanhol<sup>76</sup>.

vamente, segundo jurisprudência reiterada. Podem-se citar, neste sentido, dentre as mais recentes, as Sentenças do Tribunal de 5 de outubro de 2001 (FJ 4) e de 6 de outubro de 2001 (FJ 4). Tampouco o é o contrário, isto é, que o autor não possa deduzir interesse pessoal algum, como se diz, por exemplo, nas Sentenças da Audiência Territorial de Corunha de 30 de dezembro de 1987, (segundo reproduz a Sentença do Tribunal Supremo de 23 de maio de 1990, que o aceita em apelação, ou nas duas Sentenças do Tribunal Superior de Justiça de Extremadura de 20 de março de 2002, a de 15 de abril de 2002 ou 27 de junho do mesmo ano (todas elas, em seu FJ 2).

<sup>75</sup> Concretamente, veja-se a Sentença do Tribunal Superior de Justiça de Castela e Leão, de 11 de novembro de 1999, que resolve um recurso no qual, mediante a ação popular, se impugnava a denegação da suspensão de obras que se desviavam do projeto básico de forma quantitativamente considerável, mas escassamente relevante desde a transgressão da legalidade (leve modificação de desenho e volume, sem afetar a ocupação, altura, disposição do edifício ou uso). Interessa fundamentalmente seu FJ 4.

<sup>76</sup> O art. 171. 3 do Código Penal, aprovado pela Lei Orgânica 10/1995, de 23 de novembro dispõe: “1. As ameaças de um mal que não constitua delito serão castigadas com pena de prisão de seis meses a dois anos ou multa de doze a vinte e quatro meses, atendidas a gravidade e circunstância do fato, quando a ameaça for condicional e a condição não consistir em uma conduta devida. Se o culpado houver conseguido o seu propósito, impor-se-lhe-á a pena em sua metade superior. 2. Se alguém exigir de outrem uma quantidade ou recompensa sob a ameaça de revelar ou difundir fatos referentes à sua vida privada ou relações familiares que não sejam publicamente conhecidos e possam afetar sua fama, crédito ou interesse, será castigado com a pena de prisão de dois a quatro anos, se conseguiu a entrega de todo ou parte do exigido, e com a de seis meses a dois anos, se não o conseguir. 3. Se o fato descrito no ponto anterior consistir ameaça de revelar ou denunciar a comissão de algum delito, o Ministério Público poderá, para facilitar o castigo da ameaça, se abster de acusar pelo delito com cuja revelação se houver ameaçado, exceto se este estiver sancionado com pena de prisão superior a dois anos. Neste último caso, o Juiz ou Tribunal poderá rebaixar a sanção em um ou dois graus.” Este tipo delitivo deve ser posto em conexão com o Título XVI (Dos delitos relativos à ordenação do território e a proteção do patrimônio histórico e do meio ambiente) do mesmo Código Penal, para cujo estudo podem ser consultados GARCÍAS PLANAS, G: *El delito urbanístico (delitos relativos a la ordenación del territorio)*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997; e RENART GARCÍA, F: *El delito de daños al patrimonio cultural español: análisis del art. 323 del Código penal de 1995*. Ed. Ed. Comares, Granada, 2002.

Não poderia se considerar, com relação ao ajuizamento da ação popular contencioso-administrativa, o delito de acusação falsa (arts. 456 e 457 do Código Penal<sup>77</sup>) que, como indica BUJOSA<sup>78</sup>, é garantia da ação popular no processo penal. A razão não é outra senão a estrita interpretação que se exige dos tipos penais.

Finalmente, consideremos a possibilidade de abordar o problema do qual vimos tratando através de medidas de tipo econômico, que certas vezes propõem entre nós, tais como sujeitar o autor popular à fiança ou condená-lo ao pagamento das custas. Quanto à primeira, cabe dizer que não há base positiva alguma no Direito espanhol para condicionar o acesso do autor popular aos Tribunais ao requerimento de fiança, pois o art. 20.3 LOPJ<sup>79</sup> não é aplicável à jurisdição contencioso-administrativa, cuja Lei reguladora não prevê que a mera interposição de recursos contencioso-administrativos fique sujeita à prestação de caução<sup>80</sup>. A LJCA apenas contempla a exigência de fiança como medida de precautela para fazer frente aos possíveis prejuízos derivados da adoção de medidas cautelares solicitadas.

No tocante à possibilidade de impor custas ao autor popular, é necessário esclarecer que o fato de que a ação popular “será sempre gratuita”, em nada contradiz a previsão do art. 20.3 LOPJ, o que significa afirmar, tão-somente, que não está sujeita a taxas judiciais.

As leis urbanísticas ou protetoras do patrimônio histórico que reconhecem a ação popular não se preocupam em regular como deverão ser atendidos os gastos processuais derivados do seu exercício, diferentemente do que ocorre em certas leis meio-ambientais. Destaca-se, dentre elas, a Lei 22/1988, de Costas (Espaços Marítimos Terrestres), que no art. 109.2 dispõe que “a Administração, comprovada a existência da infração e sempre que o fato denunciado se constitua em matéria de um expediente sancionador já finalizado ou em tramitação, os particulares denunciadores abonarão os gastos justificados aos quais houverem dado causa”. Ainda que o âmbito da norma seja o procedimento na via administrativa, tentou-se a aplicação análoga destas previsões ao processo contencioso-administrativo, pretensão que foi expressamente descartada pelo Tribunal Supremo na Sentença de 24 de abril de 1997, ditada por ocasião da apelação da Sentença do Tribunal Superior de Justiça de Andaluzia de 28 de junho de 1991, que decidiu um pleito suscitado por um autor popular com relação à restauração da ordem urbanística infringida pela realização de obras sem licença.

<sup>77</sup> O tipo delitivo do art. 456 do Código Penal estabelece:

“1. Aqueles que, com conhecimento de sua falsidade ou temerário desprezo pela verdade, imputarem a alguma pessoa fatos que, sendo certos, constituiriam infração penal, se esta imputação for feita perante funcionário judicial ou administrativo que tenha o dever de proceder à sua averiguação, serão sancionados: 1.º Com a pena de prisão de seis meses a dois anos e multa de doze a vinte e quatro meses, se se imputar um delito grave. 2.º Com a pena de multa de doze a vinte e quatro meses, se se imputar um delito menos grave. 3.º Com a pena de multa de três a seis meses, se se imputar uma falta.

2. Não se poderá proceder contra o denunciante ou acusador senão após sentença firme ou auto também firme, de arquivamento do Juiz ou do Tribunal que haja conhecido da infração imputada. “Estes mandarão proceder de ofício contra o denunciante ou acusador sempre que da causa principal resultem indícios bastantes da falsidade da imputação, sem prejuízo de que o fato possa também ser perseguido prévia denúncia do ofendido”.

Segundo o art. 457 do mesmo Código: “Aquele que, perante algum dos funcionários indicados no Artigo anterior, simular ser responsável ou vítima de uma infração penal ou denunciar uma inexistente, provocando atuações processuais, será castigado com a multa de seis a doze meses”.

<sup>78</sup> BUJOSA VADELL: “La acción pública en materia de urbanismo y patrimonio histórico”, ob. cit., p. 549.

<sup>79</sup> Segundo este preceito, “não poderão ser exigidas fianças que por sua inadequação impeçam o exercício da ação popular [...]”.

<sup>80</sup> Esta é uma diferença a respeito do que ocorre com o autor popular em sede penal. O art. 280 da Lei de Processo Criminal de 1882 estabelece que “o particular querelante prestará fiança da classe e na quantia que fixar o Juiz ou Tribunal para responder das resultas do juízo”; e o seu art. 281 regula os sujeitos que ficam isentos de apresentar tal fiança, sem que entre eles se encontre o autor popular.

Avaliza todo o anterior a jurisprudência majoritária, segundo a qual, nos assuntos contenciosos no exercício da ação popular, as custas do processo se impõem ou deixam de ser impostas de acordo com a regulação ordinária na LJCA. Esta conclusão permite confirmar a imposição de custas como uma das medidas jurídicas possíveis para combater o exercício abusivo da ação popular.

## 7. Conclusão

Nas páginas anteriores foram expostos os principais problemas jurídicos que, no Direito espanhol, suscita a proteção do meio ambiente, do meio urbano e do património histórico através da ação popular contencioso-administrativa. Como o leitor pode observar, a sua regulação expressa é bastante sucinta e, ademais, não se encontra em um só texto normativo. Resumindo, temos:

- a previsão constitucional e legal de que os cidadãos poderão exercer a ação popular, remetendo ao legislador setorial a concreção dos âmbitos onde isto será possível;
- o disposto por determinadas leis setoriais (principalmente urbanísticas e meio-ambientais) do seu uso para exigir o seu cumprimento. A fórmula prototípica de reconhecimento da ação popular dispõe simplesmente: “será pública a ação para exigir perante os Tribunais de Justiça o cumprimento do estabelecido nesta Lei”;
- no âmbito urbanístico, a norma proporciona ademais uma regulação especial do prazo de interposição do recurso;
- a previsão na LJCA de que, nos casos em que o ator popular desista, possa intervir o Ministério Público para manter a ação, talvez evite que a ação popular seja exercida com fins de chantagem.

Pode dizer-se que isto é tudo. Nenhuma especialidade regula a LJCA para a tramitação dos recursos contencioso-administrativos interpostos no âmbito da ação popular. Certamente, ao jurista de outro Ordenamento jurídico não seria fácil poder articular, com estes dados, toda a série de problemas jurídicos que surgem ao articular a mencionada regulação com outras normas do Direito espanhol. Aqui se lhe oferecem os mais importantes, com os quais possa fazer uma comparação com o seu Direito nacional.

*Prof<sup>a</sup>. Dra. M<sup>a</sup> Dolores Rego Blanco*  
Universidad Pablo de Olavide (Espanha)