

3. COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA

EXIGÊNCIA DE ILEGALIDADE E DE LESIVIDADE AO ERÁRIO PARA PROPOSITURA DE AÇÃO POPULAR

GREGÓRIO ASSAGRA DE ALMEIDA

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

Assessor Especial do Procurador-Geral de Justiça

Mestre em Direito Processual Civil – Pontifícia Universidade de São Paulo

Doutorando em Direitos Difusos e Coletivos – Pontifícia Universidade de São Paulo

1. Acórdão

RECURSO ESPECIAL Nº 250.593 – SÃO PAULO (registro nº 2000/002176-1).

Relator: Min. Garcia Vieira

Recte: Lair Alberto Soares Kraibenhuhl

Advogado: Sidnei Beneti Filho e outro

Recdo: Aldaiza de Oliveira Sposti

Advogado: John Rohe Gianini e Outros

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO POPULAR – LESIVIDADE – PROVA – NECESSIDADE. Na propositura da ação popular, não basta a afirmativa de ser o ato ilegal, é necessária a prova da lesividade. Recurso provido.

ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordão os Exm^{os}. Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Exm^o. Sr. Ministro Relator.

Votaram com o Relator os Exm^{os}. Ser. Ministros Himberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira e José Delgado.

Ausente, justificadamente, o Exm^o. Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília, 13 de julho de 2000 (data do Julgamento).

Ministro JOSÉ FALCÃO, Presidente.

Ministro GARCIA VIEIRA, Relator.

RELATÓRIO: O Sr. Ministro GARCIA VIEIRA: — Lair Alberto Soares Kraibenhuhl, lastreado na Constituição Federal, artigo 105, inciso III, letra “a”, interpõe recurso especial (fls. 279), aduzindo tratar-se de apelação interposta em face de decisão da Primeira Instância que indeferiu inicial de ação popular por falta de interesse processual, eis que não caracterizado o requisito da lesividade aos cofres públicos.

Em segundo grau foi a r. sentença reformada, firmando-se o entendimento segundo o qual não há necessidade de prova do dano quando da distribuição da inicial.

Aduz violação à Lei nº 4.717/65, artigo 1º e ao CPC, artigo 3º.

Requer reforma do venerando aresto combatido.

Despacho (fls. 379).

É o relatório.

VOTO: O Sr. Ministro GARCIA VIEIRA (Relator): — Sr. Presidente: — Aponta a re-

corrente, como violados, os artigos 1º da Lei nº 4.717/65 e 3º do CPC, versando sobre questão devidamente prequestionada.

Conheço do recurso pela letra “a”.

Pretende a autora sejam anuladas as Concorrências nºs. 02/93, 03/93 e 04/93 que têm como objeto a urbanização de favelas e assentamentos urbanos de baixa renda do Município de São Paulo, sustentando que os editais não obedeceram ao disposto na Lei nº 8.666/93 e na Lei Municipal nº 10.544/88. O MM. Juiz singular, em sua respeitável sentença de fls. 150/155, indeferiu a inicial e julgou extinto o processo sem apreciar o mérito, porque a autora não informou qual é a lesão sofrida pelo patrimônio público. De fato, não basta afirmar que os atos atacados são ilegais. É preciso dizer que eles são lesivos ao patrimônio público. No caso, em momento algum, se disse que estes atos eram lesivos e não se fez nenhuma prova de sua lesividade aos cofres públicos. No Recurso Especial nº 111.527-DF, julgado no dia 17/02/98, do qual fui relator, entendeu esta Egrégia Turma que:

‘Para ensejar a propositura de ação popular, não basta ser o ato ilegal, deve ser ele lesivo ao patrimônio público’.

A Constituição Federal (artigo 5º, inciso LXXIII) deixa claro que qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que visa anular ato lesivo ao patrimônio público. Também o artigo 1º da Lei nº 4.717/65 prevê a anulação de ato lesivo. A questão já é conhecida do Superior Tribunal de Justiça que exige a prova da lesividade do ato impugnado para a propositura da ação popular, sendo insuficiente a sua ilegalidade. Nesse sentido, os Recursos Especiais nºs. 15.463-0-RS, DJ de 25/04/94, relator Ministro Hélio Mosimann; 96.241-ES, DJ de 23/08/99, relator Ministro Peçanha Martins; 94.244-RS, DJ de 01/02/99, relator Ministro Edson Vidigal e 213.994-MG, DJ de 27/09/99, do qual fui relator.

Assim sendo,

Dou provimento ao recurso para reformar o venerando acórdão recorrido e restabelecer a sentença de fls. 150/155¹.

1. Razões

O presente comentário pretende fazer uma abordagem crítica em torno de uma decisão recente do STJ, que entendeu insuficiente a afirmativa de *ilegalidade* como fundamento único para a admissibilidade da ação popular e exigiu prova da *lesividade ao Erário*.

Para facilitar a compreensão das idéias apresentadas em torno deste comentário, teve-se por bem dividi-lo em tópicos: o *primeiro*, composto desta abordagem introdutória, pretende facilitar a compreensão metodológica e sistemática do comentário, em seu contexto geral; o *segundo* traz uma abordagem geral, porém sucinta, da ação popular, especialmente no que tange aos seus fundamentos constitucionais, à sua dignidade constitucional e conseqüências jurídicas derivantes, bem como sobre seu objeto material no contexto da atual Constituição da República Federativa do Brasil de 1988; o *terceiro*, mais específico

¹ Publicação no DJU, 4 set. 2000, p. 126.

e direto, destina-se a mostrar, seja nas vozes de alguns doutrinadores de renome, seja com base em decisão anterior, porém também recente, da Suprema Corte brasileira, a *prescindibilidade* da *lesividade* ao Erário para o ajuizamento de ação popular e, seguidamente, apontar o equívoco da decisão do STJ, objeto do comentário; o *quarto* e último tópico contém conclusões objetivas sobre a questão em ordem de silogismo.

Por fim, registra-se que a escolha de questão referente à ação popular deve-se ao fato de pretender-se contribuir para a compreensão e para o aperfeiçoamento deste instrumento fundamental ao exercício dos direitos políticos da cidadania no Estado democrático de direito brasileiro, que é a ação popular.

3. A ação Popular

3.1. Fundamentos Constitucionais (material e processual)

No prisma constitucional, a ação popular merece dupla concepção: uma *material*, em que é concebida como *direito político de participação na fiscalização direta da administração pública*, o que se fundamenta no art. 1º, parágrafo único, segunda parte, da CF/88:

Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (grifou-se)²; outra processual, a ser extraída do art. 5º, inciso LXXIII, da CF, onde está estabelecido: “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

É da conjugação desse duplo aspecto constitucional da ação popular que se deve extrair a sua importância ao exercício pleno da cidadania como forma de efetivação, via jurisdicional, do Estado democrático de direito.

3.2. Consequências Derivantes da Dignidade Constitucional da Ação Popular

Como se observou no tópico anterior, a ação popular deve ser concebida como *direito de participação política na fiscalização direta da administração pública* (art. 1º, parágrafo único, do CF) e, ao mesmo tempo, como *garantia instrumental fundamental do cidadão de comparecer em juízo na tutela dos direitos e interesses difusos* arrolados no art. 5º, inciso LXXIII, da CF. Portanto, a *dignidade constitucional* da ação popular tem fundamentação *dupla*: de um lado, como direito político fundamental do cidadão; de outro,

² É o que escreve Silva (2001, p. 464): “Trata-se de um remédio constitucional pelo qual qualquer cidadão fica investido de legitimidade para o exercício de um poder de natureza essencialmente política, e constitui manifestação direta da soberania popular consubstanciada no art. 1º, parágrafo único, da Constituição [...]. Mas ela é também uma ‘ação judicial’ porquanto consiste num meio de invocar a atividade jurisdicional, visando a correção de nulidade de ato lesivo [...]”.

como garantia processual constitucional fundamental. Em razão dessa dupla dignidade constitucional, conferida pelo legislador constituinte brasileiro à ação popular, algumas consequências jurídicas interpretativas derivantes são extraídas.

A primeira é a de que não é compatível com a ação popular qualquer interpretação restritiva, sob pena de mitigar a aplicação de direito e garantia constitucionais fundamentais do cidadão, o que seria flagrantemente inconstitucional e atentaria contra o Estado democrático de direito brasileiro, consagrado no art. 1º da CF. A segunda consequência é extraída do art. 5º, § 1º, da CF, no sentido de que as disposições constitucionais relativas à ação popular têm aplicação imediata — não dependem e não necessitam de qualquer regulamentação.

Uma terceira consequência interpretativa conduz à aplicabilidade na ação popular de todos instrumentos previstos às tutelas jurisdicionais ordinárias, desde que compatíveis com sua finalidade e não restrinjam a sua efetividade. Por exemplo: são perfeitamente aplicáveis à ação popular, as *medidas de apoio* estabelecidas, em rol meramente exemplificativo, no art. 461, § 5º, do CPC. Todas e quaisquer disposições legais infraconstitucionais sobre a ação popular, principalmente as previstas na Lei nº 4.717/65 (Lei da Ação Popular), devem ser interpretadas em conformidade com a Lei Maior, de sorte a se aferir a sua compatibilidade constitucional³. Caso contrário, corre-se o risco de raciocínio restritivo que contrarie o texto constitucional e, ao mesmo tempo, mitigue um dos canais mais legítimos de efetivação do Estado democrático de direito brasileiro: a ação popular.

3.3. O Objeto Material da Ação Popular

O constituinte de 1988 ampliou, de forma significativa, o *objeto material* da ação popular. Agora, são também tuteláveis via ação popular, o *meio ambiente* e a *moralidade administrativa*, além do patrimônio público em seus aspectos *econômico*, *artístico*, *estético*, *histórico* ou *turístico*, já tuteláveis anteriormente à novel Carta Magna, via ação popular, conforme já se extraía do § 1º do art. 1º da Lei nº 4.717/65⁴. Portanto, pela ação popular podem ser tutelados não só o patrimônio material do poder público (o Erário), como também o patrimônio moral, o cultural, o histórico⁵ e o ecológico. É o que escreve Barroso (2001):

Como visto, a ação popular, na sua caracterização constitucional presente, pode ter por objeto a anulação de atos lesivos ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural (art. 5º, LXXIII). Intuitivamente, a Lei 4.717/65, promulgada sob o regime de 1946 e recepcionada

³ Ensina Barroso (1999, p. 156): “Toda interpretação constitucional se assenta no pressuposto da superioridade jurídica da Constituição sobre os demais atos normativos no âmbito do Estado. Por força da supremacia constitucional, nenhum ato jurídico, nenhuma manifestação de vontade pode subsistir validamente se for incompatível com a Lei Fundamental [...]”.

⁴ A respeito dessa ampliação significativa, Mancuso (2001, p. 70).

⁵ Nesse sentido, Brasil (1999).

pelos ordenamentos subsequentes, não contempla as hipóteses de lesão à moralidade administrativa e ao meio ambiente, figuras de positivação mais recente. Mas, desde sua origem, graças ao conceito elástico de patrimônio público adotado, já era possível demandar a invalidação de atos que lesassem bens imateriais ou insuscetíveis de uma avaliação precisa em termos monetários. (BARROSO, 2001, p. 208).

Pode-se sustentar, ainda, a admissibilidade da ação popular para tutelar relações de consumo, o que poderá ocorrer quando esteja em jogo prestação de serviços públicos essenciais e contínuos, a teor da conjugação do art. 5º, LXXIII, da CF, com os artigos 6º, X, e 22, ambos do CDC.

4. A Prescindibilidade da Lesividade ao Erário na Ação Popular

4.1. A Questão na Visão de Alguns Doutrinadores

A *lesividade ao Erário público* não pode ser elencada como fundamento de admissibilidade da ação popular, sob pena de violação do texto constitucional, que não protege somente o patrimônio em seu sentido econômico ou material (Erário). Os bens imateriais ou insuscetíveis de uma avaliação precisa em termos monetários já eram tuteláveis, via ação popular, antes mesmo da Constituição Federal atual. É o que muito bem esclarece Barroso (2001, p. 208), em citação constante no tópico anterior. Não fosse isso, o patrimônio moral também passou a ser objeto autônomo da ação popular, consoante ensina Mancuso (2001, p. 1.000):

[...] se a causa da ação popular for um ato que o autor reputa ofensivo à moralidade administrativa, sem outra conotação de palpável lesão ao erário, cremos que em princípio a ação poderá vir a ser acolhida, em restando provada tal pretensão, porque a atual CF erigiu a ‘moralidade administrativa’ em fundamento autônomo para a ação popular [...].

Silva (2001, p. 465) vai mais longe ainda ao sustentar que o ato poderá ser formalmente legal, mas portar, por outro lado, uma *imoralidade*. Assim, como esclarece esse brilhante constitucionalista, uma lei pode ser cumprida *moral* ou *imoralmente*.

[...] A lei pode ser cumprida moralmente ou imoralmente. Quando sua execução é feita, p. ex., com intuito de prejudicar alguém deliberadamente, ou com o intuito de favorecer alguém, por ser se está produzindo um ato formalmente legal, mas materialmente comprometido com a moralidade administrativa [...].

Nesses casos, mesmo diante de uma *imoralidade pura*, em que não exista, em tese, lesão ao patrimônio público, será admissível ação popular. Esse também é o entendimento de Barroso (2001, p. 209):

Anteriormente à Constituição de 1988, era consolidado o entendimento de que a declaração de nulidade ou anulação de atos pela via da ação popular fundava-se em dupla ocorrência: ilegalidade e lesividade ao ato que se desejava invalidar. A ten-

dência dos últimos anos, todavia, tem sido a de admitir que cada um desses vícios, individualmente, legítima a propositura da ação. Ademais, a proteção da moralidade administrativa importa necessariamente na revisão da doutrina tradicional, de vez que ela poderá ser vulnerada sem que haja, diretamente, violação da lei ou lesão ao patrimônio.

4.2. O Posicionamento Atual do STF

O Pretório Excelso entendeu *dispensável* a demonstração, em ação popular, de prejuízo *material aos cofres públicos*. A ementa do Acórdão contém o seguinte teor:

EMENTA: Ação Popular. Abertura de conta em nome de Particular para movimentar recursos públicos. Patrimônio Material do Poder Público. Moralidade Administrativa, art. 5º, inc. LXXIII, da Constituição Federal.

O entendimento sufragado pelo acórdão recorrido no sentido de que, para o cabimento da ação popular, basta a ilegalidade do ato administrativo a invalidar, por contrariar normas específicas que regem a sua prática ou por se desviar dos princípios que norteiam a administração pública, dispensável a demonstração de prejuízo material aos cofres públicos, não é ofensivo ao inc. LXXIII, art. 5º da Constituição Federal, norma esta que abarca não só o patrimônio material do Poder Público, como também o patrimônio moral, o cultural e o histórico. (BRASIL, 1999).

É elogiável essa decisão, pois, na esteira do texto constitucional, consagra a *moralidade administrativa* como *objeto autônomo* da ação popular, ao mesmo tempo em que dispensa a lesividade aos cofres públicos como um dos fundamentos dessa ação constitucional. Com efeito, o STF, ao interpretar literal e substancialmente a Constituição, afirmou ser possível a tutela jurisdicional coletiva, pelo cidadão, de outros bens imateriais, fundamentais à coletividade. Nesse sentido, também já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (AC 1459161. Relator: Des. Campos Mello): “AÇÃO POPULAR: Requisito. Lesividade à moralidade administrativa. Ocorrência. Suficiência para acarretar a procedência da ação. Arts. 5º, LXXIII, e 37, da CF. Irrelevância da eventual existência de interesse público e ausência de lesividade ao patrimônio público. Recurso provido”.

4.3. O Equívoco da Decisão do STJ, Objeto de Comentário, e Outra Decisão Recente, em Sentido Contrário, do Mesmo Tribunal

O grande equívoco do STJ, na decisão em comento, é o de fazer uma interpretação divorciada do texto constitucional e contrariar princípios e regras de interpretação constitucional, como o que impõe a interpretação aberta e flexível das garantias constitucionais fundamentais ⁶. Nem mesmo a Lei da Ação Popular, fundamento da interpretação do

⁶ A respeito da técnica da interpretação conforme à Constituição, pondera Bastos (1999, p. 169): “Esta é uma técnica a que deve obediência o intérprete da lei infraconstitucional, sempre que isso for possível. Portanto, já não se está mais no campo do Direito Constitucional, e sim no das demais leis, sobre as quais se aplica esta orientação [...]”.

STJ, exige, para todas as hipóteses de ação popular, lesão ao patrimônio público em seu aspecto econômico. Isso facilmente se extrai da leitura literal do § 1º do art. 1º da Lei nº 4.717/65. Com efeito, é fundamental que o STJ, como Instituição *intérprete* do direito nacional infraconstitucional, repense sua decisão e imprima interpretação às novas hipóteses fáticas a ele submetidas sem distanciamento do texto constitucional e em consonância com as diretrizes do Estado democrático de direito. É de consignar que, em decisão mais recente, o STJ já chegou a firmar entendimento, todavia, no sentido de que a moralidade administrativa poderá ser objeto autônomo da ação popular:

Recurso especial. Ação popular. Julgamento antecipado da lide. 1. O julgamento antecipado da lide (art. 330, I do CPC), não implica cerceamento de defesa, se desnecessária a instrução probatória. (precedentes). 2. O art. 131, do CPC consagra o princípio da persuasão racional, habilitando-se o magistrado a valer-se do seu convencimento, à luz dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso concreto constantes dos autos, rejeitando as diligências que delongam desnecessariamente o julgamento, atuando em consonância com o princípio da celeridade processual. 3. O influxo do princípio da moralidade administrativa, consagrado no art. 37 do Constituição Federal, traduz-se como fundamento autônomo para o exercício da ação popular, não obstante estar implícito no art. 5º, LXXIII da *Lex Magna*. Aliás, o atual micro-sistema constitucional de tutela dos interesses difusos, hoje composto pela Lei da ação civil pública, o mandado de segurança coletivo, o Código de defesa do consumidor e o Estatuto da criança e do adolescente, revela normas que se interpenetram, nada justificando que a moralidade administrativa não possa ser veiculada por meio de ação popular [...]. (BRASIL, 2003).

5. Conclusão

A ação popular tem dignidade constitucional, *formal e materialmente*. Assim, não lhe é compatível interpretação restritiva, especialmente, no que se refere ao seu objeto material. No que se extrai do novo texto constitucional, poderá ser objeto material de ação popular não só o patrimônio público em seu aspecto econômico (erário), mas também os patrimônios cultural, histórico, ecológico e moral. O STJ, ao exigir prova da lesividade ao Erário, limitou o campo de aplicabilidade da ação popular, de forma a ferir o texto constitucional, que admite a tutela do patrimônio público em seu sentido material (erário) e imaterial (patrimônio moral; cultural; histórico), conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal. Com essa decisão divorciada do texto constitucional, o STJ põe-se na contramão do processo histórico de evolução e ampliação do objeto material da ação popular, de sorte a desprestigiar, inclusive, decisão anterior, mas também recente, do STF.

6. Bibliografia

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 474475/SP. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 16 de dezembro de 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1707682/SP. Relator: Min. Ilmar Galvão. Brasília, 13 de agosto de 1999.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular*. 4. ed. São Paulo: RT, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros 2001.