Ação Popular

VENERO CAETANO DA FONSECA

No momento em que o governo federal manifesta a sua elogiável preocupação em intensificar combate à corrupção administrativa, torna-se oportuno recordar-se a Lei n.º 4.717, de 29-6-65, editada no governo do Marechal Castello Branco, sob os auspícios do Ministro Milton Campos.

Este justo interesse governamental em defender o erário, pois constituímos uma República **(res publica)** — Constituição Federal, arts. 1.º e 47, § 1.º —, foi salientado, recentemente, pela Lei Federal n.º 6.223, de 14-7-75 (**D.O.** de 15-7-75). Esta Lei, além de permitir ao Congresso requisitar ao Tribunal de Contas informações sobre documentos relativos a prestações de contas (art. 3.º), inclusive aquelas "que envolverem atos ou despesas de natureza secreta" (art. 4.º), submete também à fiscalização do Tribunal de Contas competente as entidades públicas com personalidade jurídica de direito privado, cujo capital pertença exclusivamente ou majoritariamente à União, ao Estado, ao Distrito Federal, ao Município ou a qualquer entidade da respectiva administração indireta (art. 7.º), aplicando-se, no que couber, às fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público (art. 8.º).

O Professor Hely Lopes Meirelles informa que a Lei n.º 4.717/65, que regula a ação popular, "resultou do projeto Bilac Pinto (substitutivo ao Projeto n.º 2.466, de 1952) e do anteprojeto de nossa autoria, solicitado pelo ex-Ministro Seabra Fagundes, incumbido pelo então Ministro da Justiça, Milton Campos, de redigir o texto final". ("Mandado de Segurança e Ação Popular," 3.ª ed., **RT**, 1975, pág. 64.)

A ação popular foi, no Brasil, prevista na Constituição, pela primeira vez, em 1934, tendo sido mantida nas Constituições subseqüentes, exceto na de 37. O respectivo texto, na Constituição de 67 (conservado pela Emenda n.º 1/69, art. 153, § 31), é o seguinte:

> "Qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise a anular atos lesivos ao patrimônio das entidades públicas."

Paulo Barbosa de Campos Filho lembra a sintonia da ação popular com o aforismo de Paulo, destacado no direito romano:

> "Importa à República que sejam muitos admitidos a defender sua causa."
>
> ("Da Ação Popular Constitucional," Ed. Saraiva, 1968, pág. 7.)

A ação popular, sendo direito político, é privativa do cidadão, isto é, daquele que pode votar e ser votado. Por isso, assinala o § 3.º do art. 2.º da Lei n.º 4.717/65:

> "A prova da cidadania para ingresso em juízo será feita com o título eleitoral, ou com documento que a ele corresponda."

Bielsa mostra que o exercício da ação popular faz do cidadão um colaborador da Administração Pública (**RDA** 38/41).

O Ministro Wilson de Souza Aguiar, no seu discurso de posse no Tribunal de Contas da União, referindo-se aos parágrafos 30 e 31, art. 153, da Constituição (representação e ação popular), disse que, neste e em outros assuntos, o cidadão brasileiro deve desempenhar sempre o papel de auxiliar da administração pública, mesmo que não exerça qualquer encargo oficial (**D.O.** de 24-5-75, fls. 5.992.)

Procurando estimular essa colaboração, tão útil aos objetivos de moralização administrativa, os Tribunais têm decidido que:

> "O autor, vencido na ação popular, não está sujeito ao pagamento de honorários de advogado em favor do réu." (Ap. Civ. 206.427, Trib. de Just. de S. Paulo, **RDA** 113/213.)
>
> "**Ação popular** — Não cabe condenação de honorários contra o autor de ação popular, julgada improcedente." (RE 70.679, **RDA** 107/180.)
>
> "**Ação popular — Honorário** — Na ação popular, tanto pelo silêncio da lei específica, quanto pelo interesse público social que a caracteriza, como direito e dever do cidadão, não cabe a condenação do autor a honorários, em caso de sucumbência." (RE 78.831, **Diário da Justiça** de 4-11-74, fls. 8.177.)

Por outro lado, manifestando também interesse na ampliação dessa fiscalização proveniente dos administrados, por meio de ações populares, em Minas Gerais, a Lei estadual n.º 5.959, de 27-7-72 (Regimento de Custas), estabeleceu, no seu art. 25, que:

> "São isentos de custas e de emolumentos a ação popular e processo sob o patrocínio da Justiça gratuita, quando vencido o beneficiário."

Outro incentivo legal a quem pretenda ajuizar ação popular é a certeza de receber estreita cooperação do Ministério Público, que não poderá defender o ato impugnado, nem o autor dele, de acordo com a Lei n.º 4.717/65, art. 6.º, § 4.º:

> "O Ministério Público acompanhará a ação, cabendo-lhe apressar a produção da prova e promover a responsabilidade civil ou criminal, dos que nela incidirem, sendo-lhe vedado, em qualquer hipótese, assumir a defesa do ato impugnado."

Bielsa diz que o autor, na ação popular, "não solicita um favor, mas reclama uma legalidade, e o seu título de autor é dado pela lei, do mesmo modo que esse título é dado ao Ministério Público para acusar e prosseguir as acusações contra os transgressores de leis de ordem pública. Isso explica a ação conjunta que o autor da ação popular e o Ministério Público realizam em defesa do interesse geral. (**RDA** 38/58.)

O patrimônio público a que a lei visa proteger é amplamente conceituado:

> "Consideram-se patrimônio público, para os fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético ou histórico." (§ 1.º do art. 1.º)

No mesmo sentido ampliativo a conceituação que a lei faz de entidades públicas, abrangendo "...quaisquer pessoas jurídicas ou entidades *subvencionadas pelos* cofres públicos." (Art. 1.º)

E considerando entidades autárquicas "as entidades de direito público ou privado *a que a lei tiver atribuído competência para receber e aplicar contribuições* parafiscais." (Art. 20, **c.**)

Outra curiosidade que apresenta a Lei n.º 4.717/65 é a nulidade do ato administrativo por desvio de finalidade:

> "O desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquilo previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência." (Art. 2.º, **c.**)

No Brasil, dentre os estudos mais recentes do desvio de finalidade, destacam-se os do Prof. Caio Tácito, "Teoria e Prática do Desvio de Poder" (**RDA** 117/1) e "O Desvio de Poder Administrativo", cap. III do seu "Direito Administrativo" (Ed. Saraiva, 1975), dos quais transcrevemos os seguintes trechos:

> "A finalidade, como assinalado, é elemento permanente de vinculação dos atos administrativos, e a sua inobservância configura um vício peculiar — o desvio de poder ou finalidade — que já mereceu ingresso, de forma expressa, na lei processual brasileira (Lei n.º 4.717, de 29-6-1965, art. 2.º, **e**)."

> "É mister, assim, que o intérprete não se contente com a letra dos motivos determinantes, mas mergulhe em seu espírito, atente a suas omissões e contradições, pondere a veracidade e a proporcionalidade dos meios em razão do fim colimado, preferindo, em suma, verificar sob a roupagem do ato os verdadeiros contornos de sua ossatura." (**Dir. Adm.**, pág. 133.)

> "A decisão mais clara e precisa na invocação da teoria do desvio de poder foi a que proferiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, em 28 de julho de 1948, calcada com notável voto, denso de substância doutrinária, da lavra do então Desembargador Seabra Fagundes. O acórdão, que mereceu comentário de Victor Nunes Leal (**RDA** 14), é o **leading case**, na jurisprudência brasileira... Tratava-se do julgamento da legalidade do ato da Inspetoria Estadual de Trânsito, que estabelecera, no uso de poder discricionário, o horário de funcionamento de empresa de transporte coletivo entre a capital e cidades vizinhas. A anulação do ato fundou-se na prova de que em verdade a determinação dos horários visara favorecer outra empresa, assegurando-lhe a clientela nas horas nobres da locomoção de passageiros entre as localidades, em detrimento do concorrente." (**RDA** 117/10.)

A Lei n.º 4.717/65, art. 2.º, **c**, e parágrafo único, **e**, possibilita o controle do judiciário sobre o poder discricionário, questão complexa, cujas controvérsias vão sendo reduzidas pela jurisprudência:

> "O julgamento da legalidade dos atos administrativos está incluído na competência jurisdicional que protege qualquer lesão de direito individual." (RE 72.390, **RDA** 110/243.)

> "O poder judiciário não transborda de suas funções específicas quando confere a veracidade e a qualificação legal dos motivos do ato administrativo.

> Apurado que os motivos não existem ou não se ajustam à lei, o ato não pode subsistir." (Antecedentes do TFR e do STF, Ap. Civ. TFR 32.945, **Rev. do TFR** 46/143.)
>
> "O poder discricionário terá que ser usado com observância do fim para que foi conferido e visado pela lei." (TFR — AMS 70.441, **Diário da Justiça**, de 7-11-72, fls. 7.616 e 7.617.)
>
> "Faltando ao ato a finalidade que apresenta, e visando, em verdade, a fins outros, não previstos pela lei, dá-se o desvio de poder, que inquina de ilegalidade o ato." (Ag. MS 71.591, TFR, **Rev. do TFR** 41/81.)
>
> "Pode o Judiciário examinar o ato administrativo sempre que ele se constituir em lesão de direito. Não poderá dizer da conveniência ou não dele para a ordem administrativa, mas poderá, e deve, examiná-lo quanto a sua legitimidade e justiça, pois que outra mesmo não é a função do judiciário." (TJ de SP, Ap. Civ. 208.977, **RDP** 23/180.)
>
> "Na conformidade da melhor doutrina e jurisprudência, não é vedado ao judiciário o exame da legalidade intrínseca dos elementos internos do ato administrativo, sendo-lhe permitido perquirir a intimidade dos mesmos, verificando a existência e legalidade dos motivos, a consistência significativa da prova, a legitimidade dos fins, com vistas a corrigir a indevida aplicação da lei, de modo a reduzir a área interdita, apenas, ao merecimento **stricto sensu** no plano da conveniência e da justiça." (TFR, AC n.º 26.762, **Diário da Justiça**, de 8-4-75, fls. 2.173.)

Assim sendo, é hoje uma afirmativa apressada a proclamação de que o poder discricionário do administrador está excluído da apreciação do poder judiciário, regente tradicional da harmonia dos poderes e especialmente quando houver lesão ao direito individual:

> "A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual." (C.F., art. 153, § 4.º)

O Judiciário poderá, pois, e assim constitucionalmente, progredir no controle da atividade discricionária, respeitando o mérito do ato administrativo, **restritamente**, quanto à sua conveniência e oportunidade, colaborando no aperfeiçoamento da moralização administrativa, que hoje se confunde com a "boa administração", conforme, inclusive, observações do Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, no seu livro "O Controle da Moralidade Administrativa" (Ed. Saraiva, 1974, págs. 197 e 200.)

Mas, para que seja mesmo positiva essa colaboração do Judiciário, ajudando a melhorar a administração pública, seria conveniente, **data venia**, que o Egrégio Supremo Tribunal Federal — como sugere, por outras razões, o mestre Seabra Fagundes (**RDA** 105/10) — suprimisse a Súmula n.º 400:

> "Decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra **a** do art. 101, III, da C.F."

Além dessa promissora presença do Judiciário no aprimoramento objetivo dos resultados do serviço público, viabilizada, expressamente, pelo art. 2.º, **e**, e parágrafo único, **e**, da Lei n.º 4.717/65, esta admite, ainda, qualquer cidadão como litisconsorte ou assistente (§ 5.º do art. 6.º) na ação popular.