

Jurisprudência da Primeira Seção

CONFLITO DE COMPETÊNCIA N. 54.437-SC (2005/0145566-5)

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Autor: Banco do Brasil S/A

Ré: Retífica Trevo Ltda

Interessado: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Advogado: Silvio Kafka

Suscitante: Juízo Federal e Juizado Especial de Rio do Sul — SJSC

Suscitado: Juízo de Direito da 2ª Vara Cível de Rio do Sul-SC

EMENTA

Conflito de competência. Execução fiscal de competência da Justiça Estadual. Embargos de terceiro opostos por autarquia federal. Competência da Justiça Federal.

1. A competência cível da Justiça Federal, estabelecida na Constituição, define-se, como regra, pela natureza das pessoas envolvidas no processo: será da sua competência a causa em que figurar a União, suas autarquias ou empresa pública federal na condição de autora, ré, assistente ou oponente (art. 109, I, **a**), mesmo que a controvérsia diga respeito a matéria que não seja de seu interesse. Nesse último caso, somente cessará a competência federal quando a entidade federal for excluída da relação processual (CC n. 50.335, Primeira Seção, DJ 26.09.2005; AgRg no CC n. 47.497, de 09.05.2005).

2. Tendo os embargos de terceiro natureza de ação, a sua propositura por parte da União, entidade autárquica ou empresa pública federal determina a competência **ratione personae**, que detém caráter absoluto e inderrogável, da Justiça Federal, nos termos do art. 109, I, da Constituição (precedentes do STJ: CC n. 2.363-GO, Segunda Seção, Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 08.06.1992; CC n. 6.609, Segunda Seção, Ministro Waldemar Zveiter, DJ 21.03.1994; CC n. 751, Segunda Seção, Ministro Eduardo Ribeiro, DJ 04.12.1989; precedentes do STF: RE n. 88.688, Segunda Turma, Ministro Moreira Alves, RTJ 98/217; RE n. 104.472, Segunda Turma, Ministro Djaci Falcão, RTJ 113/1.380, Conflito de Jurisdição n. 6.390, Ministro Néri da Silveira, RTJ 106/946; precedentes do TFR: AC n. 94.795, Sexta Turma, Ministro Américo Luz, RTFR 119/225).

3. Conflito conhecido para declarar competente a Justiça Federal, a suscitante.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a egrégia Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do conflito e declarar competente o Juízo Federal e Juizado Especial de Rio do Sul — SJSC, o suscitante, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Denise Arruda, Francisco Peçanha Martins, José Delgado e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro-Relator. Impedido o Sr. Ministro João Otávio de Noronha. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Francisco Falcão. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Luiz Fux.

Brasília (DF), 14 de dezembro de 2005 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

DJ 06.02.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo Federal e Especial Federal de Rio do Sul — SJSC em face do Juízo da 2ª Vara Cível também de Rio do Sul - SC em embargos de terceiro movido pelo Instituto Nacional do Seguro Social — INSS na ação de execução proposta pelo Banco do Brasil S/A contra Retífica Trevo Ltda.

O Juízo Estadual declinou da competência ao argumento de que houve a instalação da Vara Federal da Subseção Judiciária de Rio do Sul, e é caso de aplicação do disposto no art. 109, I, da Constituição Federal (fl. 12). O Juízo Federal, por sua vez, suscitou o conflito ao entendimento de que não é caso de aplicação do mencionado dispositivo constitucional, porquanto não há hierarquia entre a Justiça Federal e a Justiça Estadual, não podendo aquela rever os atos praticados por esta dentro de sua competência, a teor do art. 1.049 do Código de Processo Civil (fls. 13/14).

O Ministério Público Federal opinou pela competência da Justiça Estadual (fls. 18/22).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. O conflito diz respeito à competência para o julgamento de ações vinculadas à execução fiscal proposta por sociedade de economia mista; no caso, embargos de terceiro opostos por ente federal em execução processada na Justiça Estadual.

2. Sobre a competência da Justiça Federal, a Primeira Seção deste Superior Tribunal de Justiça decidiu que é de sua competência (da Justiça Federal) processar e julgar ações promovidas contra entidades elencadas no art. 109, I, da Constituição Federal, mesmo que a matéria em exame não seja de interesse de tais entidades, ou ações promovidas por essas entidades: AgRg no CC n. 37.947-MT, Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ 1^a.12.2003; CC n. 39.823-MG, Ministro Luiz Fux, DJ 05.04.2004; e de minha relatoria: CC n. 38.130-SP, DJ 13.10.2003; CC n. 35.386-RR, DJ 29.09.2003; CC n. 38.316-AL, DJ 22.09.2003; CC n. 35.721-RO, DJ 04.08.2003; CC n. 40.330-GO, DJ 02.02.2004; CC n. 50.335, Primeira Seção, DJ 26.09.2005; AgRg no CC n. 47.497, de 09.05.2005. Nesse último precedente, chegou-se ao seguinte termo: conforme assentado num desses precedentes, (CC n. 40.330-GO, DJ 02.02.2004).

“(...) relativamente à competência cível da Justiça Federal prevista na Constituição (art. 109, I e VIII) podemos estabelecer as seguintes conclusões:

a) Será da competência federal a causa em que figurar a União, suas autarquias ou empresa pública federal na condição de autora, ré, assistente ou oponente (art. 109, I), mesmo que a controvérsia diga respeito à matéria que não seja de seu interesse. Nesse último caso, somente cessará a competência federal quando a entidade federal deixar de figurar no processo;

b) Não é da competência federal, e sim da estadual, por isso, a causa em que não figuram tais entidades, ainda que a controvérsia diga respeito à matéria que possa lhes interessar. Nesse último caso, a competência passará à Justiça Federal se e quando uma das entidades federais postular seu ingresso na relação processual, até porque ‘competete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas’ (Súmula n. 150-STJ).

c) No que se refere a mandado de segurança, compete à Justiça Federal processá-lo e julgá-lo quando a autoridade apontada como coatora for autoridade federal, considerando-se como tal também o agente de entidade particular investido de delegação pela União. Nesse último caso, é logicamente inconcebível hipótese de competência estadual, já que, de duas uma: ou o ato é de autoridade (caso em que se tratará de autoridade federal delegada, sujeita à competência federal), ou o ato é de particular, e não ato de autoridade (caso em que o mandado de segurança será incabível), e só quem pode decidir a respeito é o juiz federal (Súmula n. 60-TFR).”

3. A peculiaridade, no caso concreto, é que, em ação de execução de competência da Justiça Estadual — já que nele os figurantes são entidades particulares — sobreveio ação conexa, de embargos de terceiro, proposta por autarquia federal. Sobre a competência, em casos tais, defendemos o seguinte, em sede doutrinária (“Comentários ao Código de Processo Civil” — vol. 8, 2ª ed., RT, 2003):

“Pela sua peculiar natureza, a ação de execução se destina a promover atos práticos de transformação da realidade. Nela, em regra, não há juízo sobre a existência do direito representado pelo título executivo ou, mesmo, sobre a legitimidade dos atos de execução. Quem tiver interesse em opor-se à execução ou de contestar a legitimidade dos atos nela praticados, deverá fazê-lo em ação paralela, de embargos. Por outro lado, a Fazenda Pública dispõe, como instrumento para garantir a efetividade da execução, da ação cautelar fiscal, regida pela Lei n. 8.397, de 06.01.1992, além das medidas cautelares específicas do Código de Processo Civil.

Ora, a autonomia da ação de embargos — seja ela proposta pelo devedor (embargos do devedor) ou por terceiro (embargos de terceiro) — bem como da ação cautelar, traz à baila a questão de se saber se a delegação de que trata o art. 15, I, da Lei n. 5.010, de 1966, abrange também estas ações paralelas. Entendemos que sim. Quebraria toda a lógica do sistema processual distribuir a juízos diferentes a competência para a ação e a competência para a oposição. Afinal, a oposição mediante ação autônoma, ao invés de ser por resposta na mesma relação processual, é artifício técnico que não pode certamente, comprometer a unidade lógica e inseparável entre pedido e defesa. Também não teria sentido algum que o juiz competente para a penhora não tivesse, igualmente, competência para eventual arresto cautelar preparatório àquele ato. Assim, por imposição do sistema, é de se entender que o juiz de Direito ao qual for delegada a competência para a ação de execução, será também competente para as ações decorrentes e anexas a ela.

A jurisprudência a respeito do tema, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, conforta o mesmo entendimento, notadamente em relação à competência para a ação de embargos do devedor e para a ação cautelar fiscal. O mesmo não ocorre em relação aos embargos de terceiro, havendo precedente no sentido de considerá-los da competência do juízo da execução e precedente em sentido contrário. A vingar esse último entendimento — de que a competência não é do juiz da execução — estabelecer-se-ia a estranha e assistemática situação em que um seria o juízo para promover os atos de execução e outro o competente para processar e julgar os embargos de terceiro interpostos contra os mesmos atos.

Não se pode confundir os embargos de terceiro interpostos nas circunstâncias acima referidas, com os embargos de terceiro interpostos por pessoa jurídica de direito público federal relativamente à execução entre particulares, de competência da Justiça Estadual. São situações inteiramente diversas. Num caso, o ente federal é parte na própria execução, o que fixa a competência da Justiça Federal, atuando o juiz do Estado como se juiz federal fosse. No outro, a competência para a execução é da Justiça Estadual, sendo que a pessoa de direito público intervém como parte nos embargos de terceiro. Ora, não se tratando de execução proposta pela Fazenda Pública Federal, não há como aplicar a esta segunda hipótese a regra de delegação prevista no art. 15, I, da Lei n. 5.010, de 1966, razão pela qual, conforme se anotou nos comentários ao art. 576, a competência para esses embargos de terceiro se desloca para a Justiça Federal, por incontornável imperativo da Constituição” (pp. 144/146).

(...)

“É possível que, em decorrência de ato praticado em execução da competência da Justiça Estadual, haja embargos de terceiro promovidos pela União, ou por autarquia ou empresa pública federal. Considerando que a lei ordinária não pode reduzir ou ampliar a competência prevista na Constituição, inaplicável será, ao caso, o art. 1.049 do CPC, segundo o qual os embargos são da competência do juiz que ordenou a apreensão. É da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que compete à Justiça Federal processar e julgar não só os embargos de terceiro assim interpostos (RE n. 88.688, Segunda Turma, Ministro Moreira Alves, RTJ 98/217; RE n. 104.472, Segunda Turma, Ministro Djaci Falcão, RTJ 113/1.380. No mesmo sentido era a jurisprudência do TFR: AC n. 94.795, Segunda Turma, Ministro Américo Luz, RTFR 119/225), como também a própria ação de execução (STF, Conflito de Jurisdição n. 6.390, Pleno, Ministro Néri da Silveira, RTJ 106/946). No Superior Tribunal de Justiça entende-se, igualmente, que, ‘tendo os embargos de terceiro natureza de ação, o interesse da União, entidade autárquica ou empresa pública federal, determina a competência **ratione personae**, que detém caráter absoluto e inderrogável, da Justiça Federal, nos termos do art. 109, I, da Constituição’ (STJ, CC n. 2.363, Segunda Seção, Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 08.06.1992, p. 8.597. No mesmo sentido: CC n. 6.609, Segunda Seção, Ministro Waldemar Zveiter, DJ 21.03.1994, p. 5.430; CC n. 751, Segunda Seção, Ministro Eduardo Ribeiro, DJ 04.12.1989, p. 17.877)”. (pp. 129/130).

4. Invocando esse entendimento e os precedentes nele citados, conheço do conflito e declaro competente a Justiça Federal, a suscitante.

É o voto.

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO
ESPECIAL N. 260.821-SP (2003/0107497-3)**

Relator: Ministro Luiz Fux

Relator p/ o acórdão: Ministro João Otávio de Noronha

Embargante: Carlos Arruda Garms

Advogados: José Manoel de Arruda Alvim Netto e outros

Embargado: Oswaldo Tonelo

Advogados: Antonio Rodrigues e outros

Sustentação oral: Arruda Alvim, pelo embargante, Vicente Cernicchiaro, pelo embargado

EMENTA

Administrativo. Ação popular. Cabimento. Ilegalidade do ato administrativo. Lesividade ao patrimônio público. Comprovação do prejuízo. Necessidade.

1. O fato de a Constituição Federal de 1988 ter alargado as hipóteses de cabimento da ação popular não tem o efeito de eximir o autor de comprovar a lesividade do ato, mesmo em se tratando de lesão à moralidade administrativa, ao meio ambiente ou ao patrimônio histórico e cultural.

2. Não há por que cogitar de dano à moralidade administrativa que justifique a condenação do administrador público a restituir os recursos auferidos por meio de crédito aberto irregularmente de forma extraordinária, quando incontroverso nos autos que os valores em questão foram utilizados em benefício da comunidade.

3. Embargos de divergência providos.

ACÓRDÃO

Prosseguindo no julgamento, vencido o Sr. Ministro-Relator, acordam os Ministros da Primeira Seção, por maioria, conhecer dos embargos e dar-lhes provimento nos termos do voto do Sr. Ministro João Otávio de Noronha, que lavrará o acórdão. Votaram com o Sr. Ministro João Otávio de Noronha os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki (voto-vista), Castro Meira, Denise Arruda, Francisco Peçanha Martins, José Delgado e Francisco Falcão. Presidiu o julgamento a Sr^a. Ministra Eliana Calmon.

Brasília (DF), 23 de novembro de 2005 (data do julgamento).

Ministro João Otávio de Noronha, Relator

DJ 13.02.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Carlos Arruda Garms interpôs embargos de divergência contra acórdão da relatoria da eminente Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, proferido em sede de recurso especial, por maioria, e assim ementado:

“Administrativo e Processo Civil. Ação popular. Lesão ou dano ao Erário.

1. A ação civil pública subsumiu a ação popular que permaneceu importante em razão da específica legitimação para agir.

2. Âmbito da ação popular que não está limitada ao desfalque do patrimônio material. O desfalque pode ser do patrimônio paisagístico, ambiental, etc., ou do patrimônio moral.

3. Moralidade administrativa que pode ser resguardada via ação popular.

4. Recurso especial improvido.”

Alega o embargante que são pressupostos necessários para o ajuizamento da ação popular a ilegalidade e a lesão efetiva, de natureza econômica, aos cofres públicos, provocada pelo ato administrativo, não bastando a presunção de lesividade ao patrimônio estatal.

O embargante, ainda, aduz que o tema referente à moralidade administrativa, que conduziu a fundamentação do voto condutor do acórdão embargado, é estranho aos autos, porquanto, na inicial da ação popular, cuja **causa petendi** consubstanciou-se, tão-somente, na ilegalidade da conduta do ex-Prefeito, não se alegou lesividade ou imoralidade.

Colaciona para demonstração da divergência, os acórdãos paradigmas seguintes:

“Processual Civil. Ação popular. Lei n. 4.717/1965. Requisitos. Ausência da lesividade. Improcedência.

1. A ação popular reclama com requisitos de procedência a ilegalidade e a lesividade do ato oriundo do Poder Público. A lesividade presumida admite a contraprova, máxime no âmbito pecuniário, mercê da ‘lesividade à ordem jurídica’. A lesividade que impõe o ressarcimento é aquela que onera, sem benefícios, o Erário Público.

2. A contratação de servidores temporários, sem concurso público, na hipótese em tela, não preenche o requisito da ocorrência da lesividade, razão porque não há que se falar em nulidade de tais contratos, mormente porque os contratados se beneficiaram dos salários auferidos e a municipalidade da mão-de-obra prestada. Ausência de lesividade. Precedentes.

3. A contratação de mão-de-obra temporária em razão de situação excepcional, comprovada pela existência de mais de uma centena de ações trabalhistas nas quais os juízos reconheceram a excepcionalidade e a necessidade das referidas contratações para não paralisar os serviços públicos, é matéria fática, cujo conhecimento esbarra na Súmula n. 7-STJ. Não obstante, verossímil a alegação, a contratação de profissionais temporários enquadra-se no disposto no inciso IX do art. 37 da CF, **in casu** coadjuvado pela Lei Municipal n. 1.137/1990. Contratação temporária com o escopo de atender ao interesse público até a realização de concurso que efetivamente se operou. Lesividade inexistente. Precedentes.

4. Recurso especial provido.” (REsp n. 407.075-MG, Relator Ministro Luiz Fux, DJ 23.09.2002)

“Processual Civil e Administrativo. Aquisição de veículos sem licitação. Ação popular. Lesividade não comprovada. Impossibilidade de dar continuidade à ação. Precedente jurisprudencial. Recurso especial. Não-conhecimento.

Linha de orientação jurisprudencial prevalecente no âmbito do STJ, para a propositura da ação popular, não basta a alegação de ser o ato ilegal, mas é necessária a comprovação da lesividade ao Erário Público.

O reexame de matéria probatória não enseja a interposição de recurso especial (Súmula n. 7-STJ).

Recurso não conhecido, por maioria.” (REsp n. 185.835-RJ, Relator Ministro Francisco Falcão, Relator p/ o acórdão Ministro Garcia Vieira, DJ 11.06.2001)

“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.” (REsp n. 250.593-SP, Relator Ministro Garcia Vieira, DJ 04.09.2000)

“Ação popular. Lesividade. Ilegalidade. Para ensejar a propositura de ação popular, não basta ser o ato ilegal, deve ser ele lesivo ao patrimônio público.

Recursos improvidos.” (REsp n. 111.527-DF, Relator Ministro Garcia Vieira, DJ 20.04.1998)

Em sua impugnação, o embargado sustenta, em síntese, que a sentença de 1ª grau, mantida pelo Tribunal **a quo**, acolheu parcialmente o pedido inicial ante a configuração da lesividade e ilegalidade perpetrada pela edição dos Decretos ns. 3.425 e 3.426/1992, e condenou o embargante na restituição aos cofres públicos da quantia correspondente ao crédito orçamentário extraordinário, o que revela evidente a ocorrência da lesividade efetiva ao Erário. Ademais, alegou que, ainda que não configurada a lesão patrimonial, o entendimento do acórdão embargado, com apoio na doutrina, entendeu acertadamente pela dispensabilidade de referido requisito, uma vez demonstrada a lesão à moralidade administrativa.

É o relatório.

Processual Civil. Ação popular. Ausência de lesividade material. Ilegalidade. Possibilidade. Art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal. Abertura de crédito suplementar sem autorização legislativa.

1. Ação popular movida por Oswaldo Tonelo, ora embargado, contra Carlos Arruda Arms e a Prefeitura Municipal de Paraguaçu Paulista objetivando a decretação de nulidade de atos emanados pelo então prefeito municipal, ora embargante, consubstanciados no Decreto n. 3.425/1992, que reconheceu a ocorrência de estado de comoção interna naquele Município e no Decreto n. 3.426/1992 que determinou a abertura de crédito extraordinário de CR\$ 19.781.025,00 para atender a despesas com o pagamento de servidores, representando um acréscimo de 275% do valor do orçamento, encerrando atos ilegais e efetivamente lesivos ao patrimônio público.

2. A ação popular regulada pela Lei n. 4.717/1965, art. 1º, limitava o cabimento da ação às hipóteses de lesividade ao patrimônio público, por isso que restava suficiente, à anulação do ato por via da ação popular, a mera ilegalidade.

3. Restando evidenciada a importância da cidadania no controle dos atos da Administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37 da CF como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou-se um microsistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da Administração Pública, nele encartando-se a ação popular, a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas.

4. Consectariamente, a partir da Constituição de 1988 tornou-se possível a propositura da ação popular com o escopo de anular, não só atos lesivos ao patrimônio econômico do Estado, como também ao patrimônio histórico, cultural, ambiental e moral.

5. Precedente do STF no sentido de que: ‘O entendimento 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 de princípios que norteiam a Administração Pública, sendo dispensável a demonstração de prejuízo material aos cofres públicos, não é ofensivo ao inciso LXXIII do 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’. (RE n. 170.768-SP, Relator Ministro Ilmar Galvão, DJ 13.08.1999).

6. Deveras é assente na melhor sede doutrinária do tema que:

“(...) Desse entender não dissente **Bielsa**, ao sustentar, em substancioso estudo, que a ação popular protege interesses não só de ordem patrimonial como, também, de ordem moral e cívica. E acrescenta textualmente o autorizado publicista que ‘o móvel, pois, da ação popular não é apenas restabelecer a legalidade, mas também punir ou reprimir a imoralidade administrativa. Nesse duplo fim vemos a virtude desse singular meio jurisdicional, de evidente valor educativo’.

Entender-se, restritivamente, que a ação popular só protege patrimônio público material é relegar os valores espirituais a plano secundário e admitir que a nossa Constituição os desconhece ou os julga indignos da tutela jurídica, quando, na realidade, ela própria os coloca sob sua égide (CF, arts. 23, VI; 24, VI; 170, VI, e 225). Esta proteção constitucional não deve ser apenas nominal, mas real, traduzindo-se em meios concretos de defesa, tais como a ação popular para a invalidação de atos lesivos desses valores. Se ao Estado incumbe proteger o patrimônio público, constituído tanto de bens corpóreos como de valores espirituais, de irrecusável lógica é que o cidadão possa compeli-lo, pelos meios processuais, a não lesar esses valores por atos ilegais da Administração.” (**Hely Lopes Meirelles**, in “Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, **Habeas Data**”, Malheiros, 2003. pp. 125/126)

7. Destarte, **in casu**, restou consignado pelas instâncias ordinárias, com ampla cognição probatória que a edição dos Decretos atacados resultou em lesividade patrimonial efetiva aos cofres públicos, tanto que a sentença condenou o ex-prefeito ao ressarcimento pecuniário ao Erário, matéria insindicável pelo egrégio STJ à luz da Súmula n. 7.

8. Embargos de divergência rejeitados.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Trata-se, originariamente de ação popular movida por Oswaldo Tonelo, ora embargado, contra Carlos Arruda Arms e a Prefeitura Municipal de Paraguaçu Paulista objetivando a decretação de nulidade de atos emanados pelo então prefeito municipal, ora embargante, consubstanciados no Decreto n. 3.425/1992, que reconheceu a ocorrência de estado de comoção interna naquele Município e no Decreto n. 3.426/1992 que determinou a abertura de crédito extraordinário de CR\$ 19.781.025,00 para atender a despesas com o pagamento de servidores, representando um acréscimo de 275% do valor do orçamento, encerrando atos ilegais e efetivamente lesivos ao patrimônio público.

O r. juízo monocrático, julgou parcialmente procedente o pedido para declarar nulos os Decretos ns. 3.425 e 3.426/1992 e condenar o “o primeiro réu a restituir aos cofres públicos a quantia correspondente à abertura do crédito extraordinário, incluindo o valor relativo a um dia de trabalho dos servidores, salvo o montante pago aos servidores a título de salários quanto aos demais dias trabalhados”. (Fl. 492)

Irresignado, apelou o então Prefeito, tendo o Tribunal de origem, por unanimidade, negado provimento ao recurso, nos termos da seguinte ementa:

“Ação popular. Requisito. Ilegalidade. Suficiência para o cabimento da ação. Lesividade de que dela decorre. Decretos baixados pelo Prefeito eivados de mácula. Abertura de créditos suplementares sem autorização do Legislativo, em percentual elevadíssimo, e inexistência de motivação que autorizasse a medida de ‘estado de comoção interna’, que nem é de sua competência. Sentença de procedência parcial confirmada. Recurso não provido.”

Contra referido **decisum** o ora embargante interpôs recurso especial, com fulcro nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, o qual foi parcialmente conhecido, porém, desprovido, em acórdão da relatoria da eminente Ministra Eliana Calmon, nos seguintes termos do voto condutor:

“Entendo que foram prequestionados todos os dispositivos legais impugnados no especial, o que levou à admissibilidade do recurso pela letra **a** do permissivo.

De referência aos arts. 128 e 460 do CPC, dito violados por ausência de prequestionamento, efetivamente a sentença de 1ª grau não fundamentou-se na ausência de licitação dos contratos para concluir que eram ilegais as avenças (fl. 554).

Tal aspecto veio a ser posto pelo voto condutor do apelo, sem ao menos ter sido questionado na inicial.

Houve prequestionamento via embargos de declaração (fl. 567), mas o Tribunal rejeitou-os. Com efeito, foram violados os arts. 128 e 460 do CPC, pela demasia da fundamentação impertinente, o que, entretanto, não é suficiente para liquidar o acórdão, se pertinentes os demais fundamentos. A ausência de licitação foi mencionada pelo Relator do acórdão como uma espécie de reforço de argumentação, se por outros aspectos não fosse condenável o acórdão.

O segundo fundamento para este especial foi a alegação de que houve violação aos arts. 165, 458, II, e 535, II, do CPC.

Tais artigos não foram vulnerados na medida em que não ocorreu decisão desfundamentada.

Ao contrário, foi até demasiadamente fundamentada, com reforço de argumentação, como censurado.

Por fim, temos os §§ 1º e 2º do art. 1º da Lei n. 4.717/1965, por entender o recorrente que a ação popular só se presta quando há lesão efetiva ao Erário, lesão esta de natureza econômica que não pode ser presumida.

A tese defendida no recurso não tem qualquer pertinência, principalmente dentro da nova ótica da ação popular.

Em verdade, desenvolveu-se, entre os juristas e magistrados, o errôneo entendimento de que a ação popular só se fazia pertinente quando provada lesão econômica (desfalque patrimonial).

O entendimento pretoriano foi, aliás, uma das razões de ter sido a ação popular, durante muitos anos, inútil instrumento de cidadania, diante das dificuldades para chegar-se até ao quantitativo da lesão.

Este posicionamento hoje está inteiramente superado, de forma que, independentemente de não ter o ato impugnado conteúdo econômico, se, de alguma forma, causa lesão ao patrimônio estatal, inclusive à moralidade

administrativa, ao patrimônio artístico e paisagístico pode sofrer a reprimenda por via da ação popular, já que não se pode medir, pesar ou contar em termos quantitativos o prejuízo.

A certeza da ilegalidade de um ato administrativo leva a uma só consequência: prejuízo ao patrimônio por falta de moralidade, requisito que hoje está explicitado na CF/1988 como princípio da Administração Pública.

Conseqüentemente, é possível lesão presumida, na medida em que moralidade administrativa passou a ser, por princípio, dever do administrador e direito subjetivo público.

Ademais, temos como fundamento para a impugnação do ato não apenas o desvio da moralidade e, sim, a própria legalidade formal dos decretos municipais impugnados, que ensejam a lesividade presumida.

Acórdão desta Corte entendeu indispensável a manifestação, no processo, da lesão efetiva, lesão esta que não se consubstancia na só ilegalidade.

Entretanto, pedindo vênias aos posicionamentos em contrário, entendo que se há ato ilegal e imoral há lesão presumida a justificar a ação popular. Colecionei excelente acórdão desta Segunda Turma no REsp n. 29.094-0-MG, cujo Relator, o Ministro Pádua Ribeiro, bem enfocou a querela no item III da ementa que transcrevo:

“Ação popular. Resolução da Câmara Municipal sobre remuneração dos vereadores, prefeito e vice-prefeito, a vigorar na mesma legislatura. Citação da edilidade. Desnecessidade. Cerceamento de defesa. Inocorrência.

I - Na ação popular, visando à declaração de nulidade de resolução da Câmara Municipal, que fixou a remuneração dos vereadores, prefeito e Vice-Prefeito para a mesma legislatura, é suficiente a citação dos beneficiários do ato e do Município. Em tal caso, é dispensável a citação da Câmara Municipal, pois esta carece de personalidade jurídica.

II - (...)

III - Se a efetiva lesão decorre do próprio ato, cuja nulidade se pretende, desnecessária a produção da prova pericial. Violação ao art. 1º da Lei n. 4.717, de 1965, não configurada.

IV - (...)

V - (...)

VI - Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 29.094-0-MG, Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Segunda Turma, unânime, DJ 10.06.1996)

Como bem anotado pela Professora **Lúcia Valle Figueiredo**:

‘Não mais temos na ação popular restrição no tocante à necessidade de que o ato seja ilegal e lesivo. Não se trata mais de ‘e’, mas sim de ‘ou’ lesivo.

(...) (“Curso de Direito Administrativo”; 4ª ed.; p. 400)

Da mesma forma prevê o Professor **Celso Antonio Bandeira de Mello**:

‘A ação popular, contemplada no inciso LXXIII do referido art. 5º, é o instrumento deferido a qualquer cidadão para anular atos lesivos ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, ou à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.’ (Ressalva dos grifos, o Controle da Administração Pública, *in* “Curso de Direito Administrativo”; 11 ed. p. 173)

Veja-se, ainda, os Comentários à Constituição Federal de 1988, por **José Afonso da Silva**, que assevera, pela leitura do inciso LXXIII do art. 5º que é a ação popular a indicada para defesa do meio ambiente e da moralidade.

Por fim, trago acórdão do STF:

‘Ação popular. Procedência. Pressupostos. Na maioria das vezes a lesividade ao Erário Público decorre da própria ilegalidade do ato praticado. Assim o é quando se dá a contratação, por Município, de serviços que poderiam ser prestados por servidores, sem a feitura de licitação e sem que o ato administrativo tenha sido precedido da necessária justificativa, (STF, RE n. 160.381-SP, Relator Ministro Marco Aurélio, Segunda Turma, Decisão 29.03.1994)

Os aspectos fáticos examinados pelo TJSP não são passíveis de exame neste recurso, por força da Súmula n. 7-STJ.

Assim, não tenho dúvida em endossar a moderna tese do acórdão, não conhecendo do recurso pela alínea **a** e negando-lhe provimento pela alínea **c**.

É o voto.”

Nos presentes embargos de divergência, alega o embargante que são pressupostos necessários para o ajuizamento da ação popular a ilegalidade e a lesão efetiva, de natureza econômica, aos cofres públicos, provocada pelo ato administrativo, não

bastando a presunção de lesividade ao patrimônio estatal, aduzindo, ainda, que o tema referente à moralidade administrativa, que conduziu a fundamentação do voto condutor do acórdão embargado, é estranho aos autos porquanto, na inicial da ação popular, cuja **causa petendi** consubstanciou-se, tão-somente, na ilegalidade da conduta do ex-prefeito, não se alegou lesividade ou imoralidade.

Por sua vez, em sua impugnação, o embargado sustenta, em síntese, que a sentença de 1ª grau, mantida pelo Tribunal **a quo**, acolheu parcialmente o pedido inicial ante a configuração da lesividade e ilegalidade perpetrada pela edição dos Decretos ns. 3.425 e 3.426/1992, e condenou o embargante na restituição aos cofres públicos da quantia correspondente ao crédito orçamentário extraordinário, o que revela evidente a ocorrência da lesividade efetiva ao Erário. Ademais, alegou que, ainda que não configurada a lesão patrimonial, o entendimento do acórdão embargado, com apoio na doutrina, entendeu acertadamente pela dispensabilidade de referido requisito, uma vez demonstrada a lesão à moralidade administrativa.

Deveras, a ação popular regulada pela Lei n. 4.717/1965, art. 1º, limitava o cabimento da ação às hipóteses de lesividade ao patrimônio público, por isso que restava suficiente, à anulação do ato por via da ação popular, a mera ilegalidade, **verbis**:

“Art. 1º Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.”

A partir da interpretação de referido dispositivo legal, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça construiu entendimento segundo o qual, para ser objeto de ação popular, o ato da Administração Pública deveria causar lesão efetiva ao Erário. Neste sentido, a título de exemplo, os precedentes:

“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.” (REsp n. 250.593-SP, Relator Ministro Garcia Vieira, DJ 04.09.2000)

“Ação popular. Lesividade. Ilegalidade.

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

Recursos improvidos.” (REsp n. 111.527-DF, Relator Ministro Garcia Vieira, DJ 20.04.1998)

Ocorre que, com o advento do Texto Constitucional de 1988, restou expresso no art. 5º, LXXIII, que “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 que a Carta de 1988, evidenciando a importância da cidadania no controle dos atos da Administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37 da CF como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microsistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da Administração Pública, nele encartando-se a ação popular, a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas.

Resta estreme de dúvidas que, a partir da Constituição de 1988 tornou-se possível a propositura da ação popular com o escopo de anular, não só atos lesivos ao patrimônio econômico do Estado, como também ao patrimônio histórico, cultural, ambiental e moral como também os que se limitam a afrontar a moralidade administrativa.

Nesse sentido, os mais recentes julgados deste egrégio STJ:

“Administrativo. Ação popular. Procedimento licitatório. Desobediência aos ditames legais. Contrato de quantia vultosa. Designação da modalidade ‘tomada de preços’ no lugar de ‘concorrência pública’. Inserção no edital de cláusulas restritivas do caráter competitivo do certame e estabelecimento de cláusulas que permitiram preferências e distinções injustificadas. Desvirtuamento do princípio da igualdade entre os licitantes. Ofensa aos princípios da legalidade e moralidade administrativas. Lesão ao Erário

Público configurada. Nulidade. Preservação do posicionamento do julgado de 2ª grau.

1. O que deve inspirar o administrador público é a vontade de fazer justiça para os cidadãos sendo eficiente para com a própria Administração, e não o de beneficiar-se. O cumprimento do princípio da moralidade, além de se constituir um dever do administrador, apresenta-se como um direito subjetivo de cada administrado. Não satisfaz às aspirações da Nação a atuação do Estado de modo compatível apenas com a mera ordem legal, exige-se muito mais: necessário se torna que a administração da coisa pública obedeça a determinados princípios que conduzam à valorização da dignidade humana, ao respeito à cidadania e à construção de uma sociedade justa e solidária.

2. A elevação da dignidade do princípio da moralidade administrativa a nível constitucional, embora desnecessária, porque no fundo o Estado possui uma só personalidade, que é a moral, consubstancia uma conquista da Nação que, incessantemente, por todos os seus segmentos, estava a exigir uma providência mais eficaz contra a prática de atos administrativos violadores desse princípio.

3. A ação popular protege interesses não só de ordem patrimonial como, também, de ordem moral e cívica. O móvel, pois, da ação popular não é apenas restabelecer a legalidade, mas também punir ou reprimir a imoralidade administrativa. Nesse duplo fim vemos a virtude desse singular meio jurisdicional, de evidente valor educativo (**Rafael Bielsa**, “A Ação Popular e o Poder Discricionário da Administração”, RDA 38/40).

4. As alegativas de afronta ao teor do parágrafo único do art. 49 do DL n. 2.300/1986 e do parágrafo único do art. 59 da Lei n. 8.666/1993 não merecem vingar. A nulidade da licitação ou do contrato só não poderia ser oposta aos recorrentes se agissem impulsionados pela boa-fé. No caso, vislumbra-se que houve concorrência dos mesmos, pelas condutas descritas, para a concretização do ato de forma viciada, ou seja, com o seu conhecimento. Há de ser prontamente rechaçada a invocação de que a Administração se beneficiou dos serviços prestados, porquanto tornou públicos os atos oficiais do Município no período da contratação, de modo a não se permitir a perpetração do enriquecimento ilícito. A indenização pelos serviços realizados pressupõe tenha o contratante agido de boa-fé, o que não ocorreu na hipótese. Os recorrentes não são terceiros de boa-fé, pois participaram do ato, beneficiando-se de sua irregularidade. O que deve ser preservado é o interesse de terceiros que de qualquer modo se vincularam ou contrataram com a Administração em razão do serviço prestado.

5. O dever da Administração Pública em indenizar o contratado só se verifica na hipótese em que este não tenha concorrido para os prejuízos provocados. O princípio da proibição do enriquecimento ilícito tem suas raízes na equidade e na moralidade, não podendo ser invocado por quem celebrou contrato com a Administração violando o princípio da moralidade, agindo com comprovada má-fé.

6. Recursos especiais improvidos.” (REsp n. 579.541-SP, Relator Ministro José Delgado, DJ 19.04.2004)

“Recurso especial. Ação popular. Julgamento antecipado da lide.

(...) **Omissis**

3. O influxo do princípio da moralidade administrativa, consagrado no art. 37 da 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 microsistema constitucional de tutela dos interesses difusos, hoje compostos pela Lei da Ação Civil Pública, a Lei da Ação Popular, 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.

(...) **omissis**

7. Recurso parcialmente conhecido e desprovido.” (REsp n. 474.475-SP, deste Relator, DJ 25.02.2004)

Ademais, a questão ora em debate já foi objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal, que no julgamento do RE n. 170.768-SP, da relatoria do eminente Ministro Ilmar Galvão, publicado no DJ 13.08.1999, externou o seguinte entendimento:

“O entendimento 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 de princípios que norteiam a Administração Pública, sendo dispensável a demonstração de prejuízo material aos cofres públicos, não é ofensivo ao inciso LXXIII do 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.”

No mesmo sentido, a lição de **Hely Lopes Meirelles**, in “Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, **Habeas Data**”, Malheiros, 2003, pp. 125/126:

“(...)

Desse entender não dissente **Bielsa**, ao sustentar, em substancioso estudo, que a ação popular protege interesses não só de ordem patrimonial como, também, de ordem moral e cívica. E acrescenta textualmente o autorizado publicista que ‘o móvel, pois, da ação popular não é apenas restabelecer a legalidade, mas também punir ou reprimir a imoralidade administrativa. Nesse duplo fim vemos a virtude desse singular meio jurisdicional, de evidente valor educativo’.

Entender-se, restritivamente, que a ação popular só protege patrimônio público material é relegar os valores espirituais a plano secundário e admitir que a nossa Constituição os desconhece ou os julga indignos da tutela jurídica, quando, na realidade, ela própria os coloca sob sua égide (CF, arts. 23, VI; 24, VI; 170, VI, e 225). Esta proteção constitucional não deve ser apenas nominal, mas real, traduzindo-se em meios concretos de defesa, tais como a ação popular para a invalidação de atos lesivos desses valores. Se ao Estado incumbe proteger o patrimônio público, constituído tanto de bens corpóreos como de valores espirituais, de irrecusável lógica é que o cidadão possa compeli-lo, pelos meios processuais, a não lesar esses valores por atos ilegais da Administração.

(...)”

Impende ressaltar, ainda, que, **in casu**, restou consignado pelas instâncias ordinárias, com ampla cognição probatória, que a edição dos decretos atacados resultou em lesividade patrimonial efetiva aos cofres públicos, tanto que a sentença condenou o ex-prefeito ao ressarcimento pecuniário ao Erário, matéria insindicável pelo egrégio STJ, à luz da Súmula n. 7.

Ante o exposto, prestigiando o entendimento do STF, *rejeito os presentes embargos de divergência*.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Cuida-se de embargos de divergência interpostos de acórdão oriundo da Segunda Turma, relatado pela Ministra Eliana Calmon, fulcrado no juízo de que, para o cabimento da ação popular, basta que se demonstre a ilegalidade do ato administrativo, dispensável a prova de sua lesividade.

Em sua manifestação, o Ministro Luiz Fux, Relator do feito, conheceu do recurso e, no mérito, negou-lhe provimento, por entender que, a despeito da

redação emprestada ao art. 1º da Lei n. 4.717/1965 — que limita o cabimento da ação popular às hipóteses de lesividade ao patrimônio público —, com o advento da Constituição Federal de 1988, estendeu-se o âmbito da ação para abranger os atos lesivos à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, com o que se tornou dispensável a demonstração do prejuízo material.

Em apoio à sua argumentação, cita doutrina de **Hely Lopes Meirelles** e julgado do excelso Supremo Tribunal Federal.

Solicitei vista para melhor apreciação da matéria e, após atento exame dos autos, cheguei à conclusão em sentido diverso daquele manifestado pelo Relator.

Não se questiona que a ação popular visa a proteger, não só o patrimônio público material, mas, também, valores outros, de ordem moral ou cívica, caros aos cidadãos e passíveis de serem lesados por ato ilegal do administrador público.

Ainda assim, o fato de a Constituição de 1988 ter alargado as hipóteses de cabimento da ação popular não tem, a meu ver, o efeito de eximir o autor de comprovar a lesividade do ato, mesmo em se tratando de lesão à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

Nesse contexto, não vejo como aplicar ao presente feito, com o sentido que se lhe pretendeu atribuir o eminente Relator, a doutrina reproduzida em seu voto, da lavra do Professor **Hely Lopes Meirelles**, que, em nenhum momento afastou a lesividade como elemento intrínseco da ação popular.

Muito se debateu aqui sobre a gravidade do dano provocado ao Estado pela conduta ilegal do administrador, chegando mesmo o Ministro Luiz Fux a fundamentar que “restou consignado pelas instâncias ordinárias, com ampla cognição probatória, que a edição dos decretos atacados resultou em lesividade patrimonial efetiva aos cofres públicos, tanto que a sentença condenou o ex-prefeito ao ressarcimento pecuniário ao Erário, matéria insindível pelo egrégio STJ, à luz da Súmula n. 7”.

Entretanto, examinei atentamente os autos e pude verificar que, ao contrário do que assevera o Relator, inexistente prova efetiva da alardeada lesão, senão aquela presumida pela Ministra Eliana Calmon quando ressalta que o fundamento para a impugnação do ato decorre sobretudo da “própria ilegalidade formal dos decretos municipais impugnados, que ensejam a lesividade presumida”.

Com efeito, a inexistência de lesão ao patrimônio público é atestada pela própria sentença de 1º grau quando, à fl. 487, registra, com todas as letras, que “o laudo pericial realizado pela polícia técnica nada concluiu quanto à existência ou não da lesão ao Erário Público e nem poderia, posto que a análise deve ser feita

conjugando-se vários conceitos, como acima exposto” (grifei). Mais adiante, arre-mata que “nada influencia o julgamento a alegada boa-fé, posto que dela não se cogita, no tocante à lesão, porque mesmo de boa-fé, o agente político pode dar origem ao ato lesivo, como ocorre em casos de incompetência do agente ou vício de forma”.

Em síntese, o que se tem de concreto é que, tal qual ocorre no presente julgamento, também no âmbito da 1ª instância, contentou-se o magistrado em acolher a tese da lesividade presumida, em função da irregularidade formal do ato, conforme conclusões de relatório do Tribunal de Contas do Estado. Não teve sequer o cuidado de adentrar nos aspectos relativos aos resultados materiais da medida que, conforme comprovado documentalmente, repita-se, segundo consignado na própria sentença de 1ª grau — e aqui sim haveria que se aplicar o óbice da Súmula n. 7 da Corte — não demonstraram nenhuma lesão efetiva aos cofres públicos.

Resta, então, examinar a ocorrência de eventual dano à moralidade pública. Nesse ponto, também não vejo nos autos lesão de tal natureza, que justifique a condenação do administrador a restituir o crédito aberto irregularmente de forma extraordinária, especialmente porque tais recursos, ainda que obtidos sem a observância das formalidades legais, atenderam ao interesse público na medida em que foram utilizados em benefício da comunidade local, seja para saldar dívidas do Município, seja para colocar em dia os salários do funcionalismo público, fatos incontrovertidos nos autos.

Ante o exposto, entendendo não evidenciada a lesividade do ato impugnado ao patrimônio público, seja sob o aspecto puramente material, seja sob a perspectiva do dano moral, peço vênha ao Relator para dar provimento aos embargos.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Castro Meira: Sr. Presidente, cuida-se de embargos de divergência em recurso especial interposto contra acórdão da Segunda Turma, relatado pela Ministra Eliana Calmon, assim ementado:

“Administrativo e Processo Civil. Ação popular. Lesão ou dano ao Erário.

1. A ação civil pública subsumiu a ação popular que permaneceu importante em razão da específica legitimação para agir.

2. Âmbito da ação popular que não está limitada ao desfalque do patrimônio material. O desfalque pode ser do patrimônio paisagístico, ambiental, etc., ou do patrimônio moral.

3. Moralidade administrativa que pode ser resguardada via ação popular.

4. Recurso especial improvido.”

Do voto de S. Ex^a., sublinha-se o seguinte fragmento:

“A certeza da ilegalidade de um ato administrativo leva a uma só consequência: prejuízo ao patrimônio por falta de moralidade, requisito que hoje está explicitado na CF/1988 como princípio da Administração Pública.

Conseqüentemente, é possível lesão presumida, na medida em que moralidade administrativa passou a ser, por princípio, dever do administrador e direito subjetivo público.

Ademais, temos como fundamento para a impugnação do ato não apenas o desvio da moralidade e, sim, a própria legalidade formal dos decretos municipais impugnados, que ensejam a lesividade presumida.”

Com o objetivo de comprovar a divergência, o embargante trouxe à colação arestos da Primeira Turma. Destaca-se o Recurso Especial n. 407.075-MG, relatado pelo Ministro Luiz Fux, que recebeu a ementa a seguir:

“Processual Civil. Ação popular. Lei n. 4.717/1965. Requisitos. Ausência da lesividade. Improcedência.

1. A ação popular reclama com requisitos de procedência a ilegalidade e a lesividade do ato oriundo do Poder Público. A lesividade presumida admite a contraprova, máxime no âmbito pecuniário, mercê da ‘lesividade à ordem jurídica’. A lesividade que impõe o ressarcimento é aquela que onera, sem benefícios, o Erário Público.

2. A contratação de servidores temporários, sem concurso público, na hipótese em tela, não preenche o requisito da ocorrência da lesividade, razão porque não há que se falar em nulidade de tais contratos, mormente porque os contratados se beneficiaram dos salários auferidos e a Municipalidade da mão-se-obra prestada. Ausência de lesividade. Precedentes.

3. A contratação de mão-de-obra temporária em razão de situação excepcional, comprovada pela existência de mais de uma centena de ações trabalhistas nas quais os juízos reconheceram a excepcionalidade e a necessidade das referidas contratações para não paralisar os serviços públicos, é matéria fática, cujo conhecimento esbarra na Súmula n. 7-STJ. Não obstante, verossímil a alegação, a contratação de profissionais temporários enquadra-se no disposto no inciso IX do art. 37 da CF, **in casu** coadjuvado

pela Lei Municipal 1.137/1990. Contratação temporária com o escopo de atender ao interesse público até a realização de concurso que efetivamente se operou. Lesividade inexistente. Precedentes.

4. Recurso especial provido.”

Do voto condutor do julgamento, vale a pena transcrever os excertos seguintes:

“Cumpre destacar, desde logo, que a Lei n. 4.717/1965 condiciona sejam os atos administrativos considerados nulos quando da conjugação de dois requisitos: a irregularidade e a lesão ao Estado. Assim, não há como se conceber o instituto da ação popular sem que estes requisitos estejam devidamente configurados, não cabendo se perquirir acerca de lesividade presumida, antes, porém, deve ser demonstrada.”

“Esta fundamentação, inclusive, serve de espeque para que não se cogite acerca da devolução dos valores relativos aos contratos para os cofres públicos, isso porque, de um lado, os contratados auferiram a remuneração devida, e, de outro, o Município se beneficiou da mão-de-obra prestada, pois, assim decidindo, estar-se-ia amparando o enriquecimento ilícito da Administração, o que ressoa inadmissível.

Patente, resta, então, a impossibilidade de se retornar ao **statu quo ante**, seja pela impossibilidade de se devolver aos empregados a força de trabalho empregada, seja de cobrar dos mesmos a devolução dos salários percebidos, estando ambas as partes quites, demonstrando cabalmente a tão aludida ausência de prejuízo.

Em conseqüência, o acórdão estadual merece reforma, de modo a se modificar a sentença que o integrou na forma regimental, não só no que tange à condenação na devolução dos valores referentes ao contratos em tela, mas também para entrever a ausência de lesividade ao Erário, concedendo-se, assim, provimento ao recurso especial.”

Após o voto do Relator, Ministro Luiz Fux, que negava provimento aos embargos, e do voto divergente do Ministro João Otávio de Noronha, que provia o recurso, pedi vista dos autos para um melhor exame na sessão de 10 de agosto de 2005.

Analiso, preliminarmente, o conhecimento do recurso.

É notória a divergência. Enquanto a Segunda Turma, no aresto embargado, concluiu ser desnecessária a prova da lesividade do ato impugnado na ação popular, por entender que é decorrência da própria ilegalidade da ação ou omissão

administrativa, a Primeira Turma, nos acórdãos paradigmas, assentou que a ação não procede sem a demonstração do binômio ilegalidade/lesividade do ato. Portanto, admito os embargos.

Passo ao mérito.

A ação popular é uma ação desconstitutiva, ou constitutiva-negativa (em que se objetiva a anulação de ato supostamente lesivo ao patrimônio público) e condenatória (em que se pleiteia a responsabilização do agente público). O comando condenatório, entretanto, não se reveste de caráter exclusivamente pecuniário — situação em que o responsável pela malversação do dinheiro público deve recompor o Erário —, mas são possíveis condenações de outra categoria, compreensivas de prestações positivas e negativas, concernentes a valores não-materiais, como a proteção de certa paisagem ou de um bem do domínio cultural.

Na ação popular distinguem-se, portanto, dois efeitos: o desconstitutivo, relacionado à anulação do ato lesivo, e o condenatório, referente à responsabilização dos réus pelo ressarcimento ao Erário.

O pedido de natureza desconstitutiva independe de prova da lesão. Constatada a ilegalidade do ato impugnado, impõe-se, salvo situações excepcionais que autorizam a sua convalidação, o decreto de nulidade por vício de forma, incompetência do agente, ilegalidade do objeto, inexistência dos motivos ou desvio de finalidade.

O pedido condenatório, entretanto, demanda a comprovação do prejuízo, ainda que imaterial, experimentado pelo Poder Público. Se o autor da demanda pretende condenar o réu a ressarcir o Erário, deverá fazer prova concreta da lesão. Como se sabe, o pressuposto da indenização é o desfalque patrimonial causado por ação ou omissão dolosa ou culposa. O hoje Ministro Eros Grau, analisando a questão da lesividade como requisito da ação popular, brindou-nos com os seguintes ensinamentos:

“Podemos agora distinguir, nitidamente, dois efeitos na ação popular:

1. a anulação ou declaração da nulidade do ato lesivo (lesividade provada ou lesividade presumida) e
2. a condenação dos réus ao pagamento de perdas e danos decorrentes da prática do ato. Ao primeiro efeito respeitam os arts. 2º e 4º da Lei n. 4.717/1965; ao segundo, o art. 11 da mesma Lei n. 4.717/1965. Admite-se, nos casos do art. 4º, a declaração de nulidade independentemente da comprovação da lesividade do ato. Não se pode admitir, contudo, a condenação dos réus ao pagamento de perdas e danos decorrentes de lesão apenas presumida. Essa condenação reclama a efetiva comprovação da lesividade do ato. Sem dano comprovado inexistente responsabilidade civil, ainda que possa haver a declaração da nulidade do ato, nos

casos do art. 4º” (Requisitos da Lesividade na Ação Popular. “Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba”. Organização **Celso Antônio Bandeira de Mello**. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 341).

A Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992) prevê a responsabilização do agente público quando da prática de atos que importem: a) enriquecimento ilícito do gestor (art. 9º); b) prejuízo ao Erário (art. 10) e c) lesão aos princípios da Administração Pública (art. 11).

Em seu art. 12, a Lei em destaque estabelece quais são as penalidades aplicáveis a cada uma dessas hipóteses nos seguintes termos:

“Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações:

I - na hipótese do art. 9º [atos que importem enriquecimento ilícito], perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio (...);

II - na hipótese do art. 10 [atos que importem prejuízo ao Erário], ressarcimento integral do dano (...);

III - na hipótese do art. 11 [atos que violem os princípios da Administração Pública], ressarcimento integral do dano, *se houver* (...)” (grifos nossos)

Como se vê, na hipótese de enriquecimento ilícito (art. 9º), a ação de improbidade não será procedente se não houver prova da lesão (locupletamento sem causa do gestor público). Condenado o réu, perderá os “bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio”.

Tratando-se de ação fundada no art. 10 (prejuízo ao Erário), igualmente deverá o autor fazer prova da lesividade do ato, ou seja, do desfalque patrimonial experimentado pelo Poder Público. Assim, será o réu condenado ao “ressarcimento integral do dano”.

Já no art. 11 (violação a princípios administrativos), a Lei fala em “ressarcimento integral do dano, *se houver*”, o que deixa claro que o pedido condenatório somente será julgado procedente caso o autor faça prova do prejuízo.

Assim, ainda que a responsabilização do gestor público decorra de violação a princípios administrativos (como o da moralidade, por exemplo), não poderá ser condenado a ressarcir o Erário se não houver prova concreta da lesão ao patrimônio público. Sobre a questão, **Rodolfo de Camargo Mancuso** ensina:

“**Luiz Manoel Gomes Júnior** exemplifica com ‘a emissão de empenho na qual tenha sido violada a regra da antiguidade, pois os débitos

anteriores devem ser empenhados em primeiro lugar que os posteriores' (...) 'Ainda que seja imoral, sob o ponto de vista administrativo, a emissão do empenho em primeiro lugar em favor dos débitos posteriores, não há qualquer prejuízo. Em tal hipótese é justificável o acolhimento do pedido em sede de ação popular, ainda que violado o princípio da moralidade administrativa? Temos que a resposta somente pode ser negativa, até pela evidente inutilidade da demanda'. Adiante, remata o autor: 'Assim, para que se possa acolher o pedido em ação popular, fundamentado na violação ao princípio da moralidade administrativa, deve haver o desatendimento de alguma regra escrita, e, ainda, a demonstração do prejuízo efetivo ou potencial, ainda que presumido, sendo este último de forma clara e precisa, pois a utilização de frase de efeito — o prejuízo estaria na violação ao princípio da moralidade administrativa — apenas denota a incapacidade de descrevê-lo e a inutilidade da via eleita do ponto de vista prático — falta de interesse de agir até mesmo violando o princípio da obrigatoriedade da motivação das decisões judiciais"' ("Ação Popular". São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 118).

Compulsando os autos, verifico que o autor popular formulou pedido desconstitutivo (anulação do ato impugnado) e condenatório (responsabilização do réu ao ressarcimento das perdas e danos experimentados pela Municipalidade). Da postulação inicial, destaca-se o fragmento que segue:

"Pleiteia seja a ação julgada procedente para o fim de serem declarados inválidos e de nenhum efeito os decretos acima referidos, bem como os atos deles decorrentes, precipuamente os empenhos e os pagamentos que tinham sido feitos por força do crédito extraordinário aqui guerreado, condenando-se o Sr. Prefeito Municipal, que baixou tais decretos, a restituir aos cofres públicos os referidos pagamentos, bem como a pagar as perdas e danos decorrentes (arts. 11 e 14 da Lei n. 4.717/1965), tudo devidamente corrigido, além de custas, honorários de advogado incidentes sobre o montante final e total da condenação que se venha a impor, e demais cominações legais" (fl. 12).

O conteúdo desconstitutivo da lide não está em debate. Os decretos impugnados na ação datam de 1992, tendo irradiado todos os seus efeitos. Ademais, o crédito extraordinário aberto pelo réu destinou-se ao pagamento dos servidores públicos municipais, cujos vencimentos, à época, estavam em atraso.

O que se discute é somente a postulação condenatória. Quanto à espécie, não há nos autos qualquer elemento de prova que demonstre prejuízo ou lesão experimentados pelo Município. Tal fato, inclusive, foi reconhecido na sentença,

quando registra que “o laudo pericial realizado pela polícia técnica nada concluiu quanto à existência ou não da lesão ao Erário Público e nem poderia, posto que a análise deve ser feita conjugando-se vários conceitos como acima exposto” (fl. 487).

Há, ainda, outro argumento.

A Lei de Ação Popular (Lei n. 4.717/1965) traz implícita a noção de lesividade do ato objeto de impugnação. Regra geral, a lesão precisa ser demonstrada pelo autor popular (lesividade provada). Como exceção, situam-se as hipóteses constantes do art. 4º da referida Lei, em que a lesividade é presumida. Nesse caso, a presunção é apenas relativa, já que admite prova em contrário a cargo do réu.

Em ambas as espécies não se afasta o requisito da lesividade. Na primeira, a prova competirá ao autor; na segunda, por força da presunção legal e da inversão do ônus da prova, caberá ao réu, que deverá demonstrar a ausência de lesão. Nesse sentido, são lapidares os ensinamentos de **Hely Lopes Meirelles**:

“Na conceituação atual, lesivo é todo ato ou omissão administrativa que desfalca o Erário ou prejudica a Administração, assim como o que ofende bens ou valores artísticos, cívicos, culturais, ambientais ou históricos da comunidade. E essa lesão tanto pode ser efetiva quanto legalmente presumida, visto que a lei regulamentar estabelece casos de presunção de lesividade (art. 4º), para os quais basta a prova da prática do ato naquelas circunstâncias, para considerar-se lesivo e nulo de pleno direito (STF, RTJ 103/683). Nos demais casos impõe-se a dupla demonstração da ilegalidade e da lesão efetiva ao patrimônio protegível pela ação popular. Sem estes três requisitos — condição de eleitor, ilegalidade e lesividade —, que constituem os pressupostos da demanda, não se viabiliza a ação popular” (“Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, **Habeas Data**, Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade, e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental”. 23ª ed. atualizada por **Arnoldo Wald** e **Gilmar Ferreira Mendes**. São Paulo: Malheiros, 2001).

Compulsando os autos, verifico que o ato impugnado na ação popular não se enquadra em nenhuma das hipóteses do art. 4º da Lei n. 4.717/1965, razão porque não lhe pode ser aplicada a lesividade presumida.

A prova da lesão compete ao autor através de documentos juntados à exordial ou de prova técnica realizada em juízo. Na hipótese, como afirmado, o demandante nada alegou a respeito da lesão, não juntou um único documento

comprobatório da lesividade e a prova técnica “nada concluiu quanto à existência ou não da lesão ao Erário Público”.

Diga-se, ainda, que a lesividade presumida do art. 4º refere-se apenas à anulação do ato (pedido desconstitutivo) e não à responsabilização do réu pelo ressarcimento ao Erário (postulação condenatória). São estas as lições apresentadas por **Rodolfo de Camargo Mancuso** ao citar **José Ignácio Botelho de Mesquita**:

“Ainda a propósito dos casos de lesividade presumida, elencados no art. 4º da Lei n. 4.717/1965, **José Ignácio Botelho de Mesquita** esclarece que eles ‘não se referem em momento algum à responsabilidade pelo ressarcimento de danos; limitam-se, exclusivamente, a dispor sobre os vícios que autorizam a anulação do ato mediante a ação popular’. E, na seqüência: ‘Assim, o tema da lesividade presumida, a que estaria preso o art. 4º da lei, também nada tem a ver com responsabilidade dos réus pela reparação das perdas e danos. A discriminação, aliás, entre lesividade provada e lesividade presumida não está na lei. É criação doutrinária destinada a harmonizar o texto da lei com a Constituição. Como, na Constituição, a ação popular é ação para anular o ato lesivo, a única forma de conciliar o disposto no art. 4º da lei com o preceito constitucional é dar como presumida a lesividade nas hipóteses de nulidade por ele elencadas. O art. 4º simplesmente dispôs a prova da lesão como requisito autônomo para a anulação do ato. Vale dizer, a lesividade só se presume para os efeitos da Constituição e esta, por sua vez, só se refere à anulação, ou declaração da nulidade do ato. Em outras palavras: apenas para a declaração da nulidade do ato, nos casos do art. 4º, ficou dispensada a prova da lesividade. Não para a condenação” (“Ação Popular”. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, pp. 105/106).

É incorreto falar-se, portanto, em lesividade presumida quanto ao conteúdo condenatório da ação.

Anoto, por fim, que não se deve aderir de forma categórica e imperativa a qualquer das teses consagradas nos arestos em confronto. É preciso temperamento. A solução adequada demanda análise caso a caso. A controvérsia deve ser apreciada à luz de cada um dos pedidos formulados pelo autor popular, para se concluir se é exigível ou não a prova da lesividade.

Ante o exposto, acompanhando a divergência inaugurada pelo Ministro João Otávio de Noronha, *conheço dos embargos para dar-lhes provimento*.

É como voto.

VOTO-VISTA

Administrativo. Processual Civil. Ação popular. Anulação de ato administrativo. Indispensabilidade do requisito da lesividade, efetiva (Lei n. 4.717/1965, arts. 2ª e 3ª) ou presumida (art. 4ª), salvo se se tratar de ato alegadamente violador da moralidade administrativa. Caso concreto: a) inexistência de prejuízo ao Erário; b) não-configuração de qualquer das hipóteses em que se presume a lesividade; c) ofensa à moralidade administrativa não articulada na inicial como causa de pedir. Embargos de divergência providos, acompanhando os Ministros João Otávio de Noronha e Castro Meira.

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: 1. Cuida-se de embargos de divergência apresentados em face de acórdão da Segunda Turma que, em ação popular, negou provimento a recurso especial, decidindo que a) o ato impugnado pela via da ação popular não precisa importar necessariamente desfalque econômico ao Erário, sendo suficiente que atente contra a moralidade administrativa, a partir do que a lesão é presumida; b) ademais, no caso concreto, a lesividade também se presume a partir da afirmação da ilegalidade dos decretos municipais atacados (fls. 797/816).

O embargante aponta dissídio entre o entendimento firmado no acórdão embargado e aquele esposado em julgados da Primeira Turma em que se considerou indispensável à anulação de ato, por meio de ação popular, a comprovação de prejuízo aos cofres públicos. Aduz não ter havido, na hipótese dos autos, sequer alegação na inicial de lesividade ou de imoralidade dos atos, mas apenas de sua ilegalidade. Sustenta, por fim, que os créditos abertos pelos decretos foram integralmente utilizados no pagamento de dívidas da Municipalidade, sem que se cogite de qualquer enriquecimento do réu, razão pela qual é incabível a sua condenação à restituição dessas quantias.

O Relator, Ministro Luiz Fux, rejeitou os embargos, em voto sumariado na seguinte ementa:

“Processual Civil. Ação popular. Ausência de lesividade material. Ilegalidade. Possibilidade. Art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal. Abertura de crédito suplementar sem autorização legislativa.

(Omissis)

2. A ação popular regulada pela Lei n. 4.717/1965, art. 1º, limitava o cabimento da ação às hipóteses de lesividade ao patrimônio público, por isso que restava suficiente, à anulação do ato por via da ação popular, a mera ilegalidade.

3. Restando evidenciada a importância da cidadania no controle dos atos da Administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37 da CF como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou-se um microsistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da Administração Pública, nele encartando-se a ação popular, a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas.

4. Consectariamente, a partir da Constituição de 1988 tornou-se possível a propositura da ação popular com o escopo de anular, não só atos lesivos ao patrimônio econômico do Estado, como também ao patrimônio histórico, cultural, ambiental e moral.

5. Precedente do STF no sentido de que: ‘O entendimento 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 de princípios que norteiam a Administração Pública, sendo dispensável a demonstração de prejuízo material aos cofres públicos, não é ofensivo ao inciso LXXIII do 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.’ (RE n. 170.768-SP Relator Ministro Ilmar Galvão, DJ 13.08.1999).

5. Deveras é assente na melhor sede doutrinária do tema que:

‘(...) Desse entender não dissente **Bielsa**, ao sustentar, em substancioso estudo, que a ação popular protege interesses não só de ordem patrimonial como, também, de ordem moral e cívica. E acrescenta textualmente o autorizado publicista que ‘o móvel, pois, da ação popular não é apenas restabelecer a legalidade, mas também punir ou reprimir a imoralidade administrativa. Nesse duplo fim vemos a virtude desse singular meio jurisdicional, de evidente valor educativo’.

Entender-se, restritivamente, que a ação popular só protege patrimônio público material é relegar os valores espirituais a plano secundário e admitir que a nossa Constituição os desconhece ou os julga indignos da tutela jurídica, quando, na realidade, ela própria os coloca sob sua égide (CF, arts. 23, VI; 24, VI; 170, VI, e 225). Esta proteção constitucional não deve ser apenas nominal, mas real, traduzindo-se em meios concretos de defesa, tais como a ação popular para a invalidação de atos lesivos desses valores. Se ao Estado incumbe proteger o

patrimônio público, constituído tanto de bens corpóreos como de valores espirituais, de irrecusável lógica é que o cidadão possa compeli-lo, pelos meios processuais, a não lesar esses valores por atos ilegais da Administração. (**Hely Lopes Meirelles**, in “Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, **Habeas Data**”, Malheiros, 2003. pp. 125/126)

6. Destarte, **in casu**, restou consignado pelas instâncias ordinárias, com ampla cognição probatória que a edição dos decretos atacados resultou em lesividade patrimonial efetiva aos cofres públicos, tanto que a sentença condenou o ex-prefeito ao ressarcimento pecuniário ao Erário, matéria insindicável pelo egrégio STJ à luz da Sumula n. 7.

7. Embargos de divergência rejeitados.”

O Ministro João Otávio de Noronha divergiu do Relator, anotando, em voto-vista, o seguinte:

“Não se questiona que a ação popular visa a proteger não só o patrimônio público material, mas, também, valores outros, de ordem moral ou cívica, caros aos cidadãos e passíveis de serem lesados por ato ilegal do administrador público.

Ainda assim, o fato de a Constituição de 1988 ter alargado as hipóteses de cabimento da ação popular não tem, a meu ver, o efeito de eximir o autor de comprovar a lesividade do ato, mesmo em se tratando de lesão à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

(...)

Examinei atentamente os autos e pude verificar que, ao contrário do que assevera o Relator, inexistente prova efetiva da alardeada lesão, senão aquela presumida pela Ministra Eliana Calmon quando ressalta que o fundamento para a impugnação do ato decorre sobretudo da ‘própria ilegalidade formal dos Decretos Municipais impugnados, que ensejam a lesividade presumida’.

Com efeito, a inexistência de lesão ao patrimônio público é atestada pela própria sentença de 1º grau quando, à fl. 487, registra, com todas as letras, que ‘o laudo pericial realizado pela polícia técnica *nada concluiu quanto à existência ou não da lesão ao Erário Público* e nem poderia, posto que a análise deve ser feita conjugando-se vários conceitos, como acima exposto’ (grifei). Mais adiante, arremata que ‘nada influencia o julgamento a alegada boa-fé, posto que dela não se cogita, no tocante à lesão, porque

mesmo de boa-fé, o agente político pode dar origem ao ato lesivo, como ocorre em casos de incompetência do agente ou vício de forma’.

Em síntese, o que se tem de concreto é que, tal qual ocorre no presente julgamento, também no âmbito da 1ª instância, contentou-se o magistrado em acolher a tese da lesividade presumida, em função da irregularidade formal do ato, conforme conclusões de relatório do Tribunal de Contas do Estado. Não teve sequer o cuidado de adentrar nos aspectos relativos aos resultados materiais da medida que, conforme comprovado documentalmente, repita-se, segundo consignado na própria sentença de 1ª grau — e aqui sim haveria que se aplicar o óbice da Súmula n. 7 da Corte — não demonstraram nenhuma lesão efetiva aos cofres públicos.

Resta, então, examinar a ocorrência de eventual dano à moralidade pública. Nesse ponto, também não vejo nos autos lesão de tal natureza, que justifique a condenação do administrador a restituir o crédito aberto irregularmente de forma extraordinária, especialmente porque tais recursos, ainda que obtidos sem a observância das formalidades legais, atenderam ao interesse público na medida em que foram utilizados em benefício da comunidade local, seja para saldar dívidas do Município, seja para colocar em dia os salários do funcionalismo público, fatos incontroversos nos autos.

Ante o exposto, entendendo não evidenciada a lesividade do ato impugnado ao patrimônio público, seja sob o aspecto puramente material, seja sob a perspectiva do dano moral, peço vênia ao Relator para dar provimento aos embargos.”

Foi acompanhado pelo Ministro Castro Meira, cujo voto-vista traça distinção entre os efeitos desconstitutivo (relacionado à anulação do ato lesivo) e condenatório (referente à responsabilização do réu pelo ressarcimento ao Erário) da ação popular, afirmando que, para o acolhimento de pedido condenatório, é indispensável a prova do prejuízo aos cofres públicos, inexistente, na hipótese. Destaca ainda que os fatos narrados na inicial não se enquadram nas previsões do art. 4º da Lei n. 4.717/1965, em que a lesividade é presumida, admitindo prova em contrário a cargo do réu.

Pedi vista.

2. Segundo decorre do texto constitucional expresso — que, no particular, reproduz a essência do que também já previam as Constituições anteriores — a ação popular tem por objeto específico o de “anular ato lesivo” a um dos seguintes bens jurídicos: a) ao patrimônio público, b) à moralidade administrativa, c) ao meio ambiente ou d) ao patrimônio histórico ou cultural (art. 5º, LXXIII). A

lesividade constitui, portanto, requisito indispensável para que o ato fique submetido a controle por essa especial via judicial [Grau, Eros Roberto. “Requisito da lesividade na ação popular”. In Mello, Celso Antônio Bandeira de (coord.). “Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba: Direito Administrativo e Constitucional”. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 339; Prade, Péricles. “Lesividade e Ilegalidade como Pressupostos da Ação Popular Constitucional”. Revista de Processo, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 11, n. 42, abr./jun. 1986, pp. 259/270]. É certo que, ao especificar os casos de nulidade e de anulabilidade de atos administrativos a que se referia, a Lei da Ação Popular fez menção explícita ao requisito da lesividade em relação a uns (os aludidos em seus arts. 2^º e 3^º), mas não o fez em relação a outros (os alinhados em seu art. 4^º). Para compatibilizar a falta de referência específica, por parte da lei, com a exigência afirmada expressamente na Constituição, a doutrina assentou entendimento de que, nos casos do art. 4^º, a lesividade é presumida (presunção *iuris tantum*) [Grau, Eros Roberto. *Ibidem*, p. 340; Meirelles, Hely Lopes. “Mandado de Segurança”. 27^ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 138]. Ela, portanto, não está dispensada. O autor é que está dispensado de demonstrá-la, cabendo ao réu, se for o caso, provar que, naqueles casos, a lesão não ocorreu. Há, na jurisprudência mais recente do STF, uma nítida tendência no sentido de ampliar os casos de presunção de lesividade, que, “na maioria das vezes (...) decorre da própria ilegalidade do ato impugnado” [STF, Segunda Turma, RE n. 160.381-0, Relator: Marco Aurélio, DJ 12.08.1994. Também na mesma linha: STF, RE n. 120.768, Relator: Ilmar Galvão, DJ 13.08.1999; STF, Primeira Turma, RE n. 113.729-1, Relator: Moreira Alves, DJ 25.08.1989, RTJ 129:1339; STF, Primeira Turma, RE n. 105.520. Relator: Octávio Gallotti, RTJ 118:717].

O requisito da lesividade resulta ainda mais evidente quando se leva em conta a possibilidade de convalidação dos atos administrativos, que é forma de restaurar a ordem jurídica atingida pelo ato inválido: “o princípio da legalidade não predica necessariamente a invalidação, como se poderia supor, mas a invalidação ou a convalidação, uma vez que ambas são formas de recomposição da ordem jurídica violada” [Zancaner, Weida. “Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos”. 2^ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 56]. Ora, conforme prevê o art. 55 da Lei n. 9.784, de 1999, são passíveis de convalidação os atos administrativos, atingidos por irregularidades sanáveis, quando “se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público, nem prejuízo a terceiro”. A convalidação, nesses casos, não é mero ato discricionário, cuja prática fica a critério do administrador, mas é ato vinculado, constituindo-se em dever da Administração [Zancaner, Weida. “Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos”. 2^ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 59]. Se o ato inválido não causou

lesão, ele poderá, ou melhor, deverá (desde que presentes os demais requisitos para tanto), ser convalidado, sendo descabida, conseqüentemente, a sua anulação, mesmo por ação popular.

Assim, ressalvadas as hipóteses de lesividade presumida (presunção que cabe ao réu desfazer) e a de lesão à moralidade administrativa (que dispensa qualquer prova, porque se configura em plano estritamente jurídico), cumpre ao autor, conforme estabelece a regra processual de distribuição do ônus da prova (CPC, art. 333, I), demonstrar em que consistiu, na prática, a conseqüência lesiva provocada pelo ato atacado.

3. Na hipótese dos autos, não está configurada qualquer das hipóteses em que a lei (art. 4º da Lei n. 4.717/1965) presume a lesividade, b) nem foi articulada como causa de pedir, na inicial, a ofensa à moralidade administrativa. Era indispensável, pois, a prova pelo autor do prejuízo efetivamente decorrente do ato, a qual, porém, como bem destacou o Ministro João Otávio de Noronha no voto-vista proferido, não foi realizada.

4. Pelas razões expostas, acompanho os Ministros João Otávio de Noronha e Castro Meira, dando provimento aos embargos.

É o voto.
