

## A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A AÇÃO POPULAR

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA

1. Será a ação popular uma ação *contra* a Fazenda Pública? Ao contrário do que possa à primeira vista parecer, a questão é de relevante interesse prático. Teve de enfrentá-la, em tema de prescrição, o Supremo Tribunal Federal, antes do advento da Lei n.º 4.717, de 29-6-1965. Invocara-se a norma do art. 178, § 10, inciso VI, do Código Civil, que alude a “tôda e qualquer ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal”, fixando em cinco anos o prazo prescricional. A Côrte, em Acórdão relatado por seu atual Presidente, o Ministro *Luiz Gallotti*, negou a incidência da regra no caso, assentando a tese de que, enquanto lei especial não dispusesse em contrário, a prescrição era a ordinária, regulada no art. 177. (1)

Hoje existe lei especial, já mencionada, cujo art. 21 estatui: “A ação prevista nesta lei prescreve em cinco anos”. Mas ainda interessa examinar o problema à luz dos princípios, fazendo abstração dela. Com efeito, segundo a jurisprudência dominante em nossos tribunais, a lei que reduza prazo prescricional em curso, se o nôvo prazo fixado é menor do que aquêle que faltava, pela lei antiga, para a consumação da prescrição, aplica-se imediatamente, mas *só a partir de sua entrada em vigor*. (2) Ora, se antes da Lei n.º 4.717 a prescrição era a ordinária, ao iniciar-se a sua vigência, fluíam sem dúvida inúmeros prazos prescricionais com resto superior a um quinquênio: é o que se dava em tôdas as hipóteses de atos praticados pelas pessoas jurídicas de direito pú-

---

(1) V. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 48, pág. 333. Em doutrina, a mesma opinião fôra manifestada por PAULO BARBOSA DE CAMPOS FILHO, *A ação popular constitucional*, Rev. citada, vol. 38, págs. 18/9.

(2) V. os Acórdãos citados por BRENO FISCHER, *A prescrição nos tribunais*, vol. I, t. I, págs. 51 e segs.; vol. III, págs. 11 e segs.

blico (ou pelas de direito privado que àquelas, para tal fim, se equiparassem, nos termos do art. 141, § 38, da Constituição ab-rogada) *havia menos de quinze anos*. Assim, em semelhantes casos, a prescrição somente se consumará em 1970.

A diferente resultado haveria de chegar quem entendesse aplicável o art. 178, § 10, inciso VI, do Código Civil. Nessa perspectiva, a Lei n.º 4.717 não teria modificado o prazo prescricional; portanto, mesmo em relação aos atos praticados menos de cinco anos antes de sua entrada em vigor, a prescrição consumir-se-á normalmente, com o decurso do quinquênio, sem que o advento do diploma específico exerça aí qualquer influência. Para o ato datado, por exemplo, de 31 de dezembro de 1960, a consumação já terá ocorrido, em 31 de dezembro de 1965.

2. Determina o art. 6.º da Lei n.º 4.717 que a ação popular seja proposta “contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo”. Subordina-se o dispositivo à rubrica “*Dos sujeitos passivos da ação e dos assistentes*”. Por menos decisivo que seja o argumento *ad rubricam*, a simples leitura do texto basta para patentear que a posição inicialmente assumida no processo pela Administração pública é, com certeza, a de *ré*, ou antes a de *co-ré*, em litisconsórcio necessário com as outras pessoas arroladas. Confirma-o o teor do § 2º do mencionado dispositivo: “No caso de que trata o inciso II, item *b*, do art. 4º, quando o valor real do bem fôr inferior ao da avaliação, citar-se-ão *como réus, além das pessoas públicas* ou privadas e entidades referidas no art. 1º, apenas os responsáveis pela avaliação inexata e os beneficiários da mesma”.

Reza, entretanto, o § 3º: “A pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido, *ou poderá atuar ao lado do autor*, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente”. Aí já se depara uma figura interessante: à Administração, citada como *ré*, faculta-se mudar *de posição no processo*, assumir a de *litisconsorte ativo* — que a tanto equivale “atuar ao lado do autor” —, com tôdas as consequências práticas que necessariamente implica êsse deslocamento. Por isso, embora o art. 19 não a inclua *expressis verbis* entre as pessoas legitimadas a recorrer da sentença que julgue improcedente a demanda ou declare o autor carecedor de ação — pois, como resulta do sistema da lei (v., sobretudo, o art. 6º, § 4º, *fine*), o “Ministério Público”, aí, não é o corpo de

representantes judiciais da Fazenda —, não se pode recusar a esta, lógicamente, tal legitimação. (3)

Há mais. Consoante o art. 11, a sentença que concluir pela procedência do pedido deve condenar os responsáveis pela prática do ato e os respectivos beneficiários à reparação das perdas e danos. Não se trata aqui das eventuais perdas e danos que o ato haja causado *ao autor popular*. É claro que isso pode ter ocorrido: ao cidadão pessoalmente atingido em seu patrimônio por ato *também lesivo ao patrimônio público* não se há de negar a possibilidade de demandar-lhe a anulação ou a declaração de nulidade por via da ação popular. Mas não lhe será lícito pleitear, através dela, a satisfação do *seu* direito patrimonial lesado. Agirá *êle como qualquer outro cidadão poderia agir*, com abstração das repercussões do ato em sua esfera jurídica pessoal. A indenização a que se refere o art. 11 é, pois, a dos prejuízos sofridos *pela entidade pública* (ou privada, quando fôr o caso). Em proveito dela é que reverterá o pagamento, ou se procederá à execução forçada, ante o descumprimento da condenação.

Eis como se explica a regra do art. 17, que de outro modo seria incompreensível: “É sempre permitido às pessoas ou entidades referidas no art. 1º, e ainda que hajam contestado a ação, promover, em qualquer tempo, e no que as beneficiar, a execução da sentença contra os demais réus”. Existe aparente paradoxo em que um dos sujeitos *passivos* do processo de conhecimento se converta em sujeito *ativo* do processo de execução. No comum dos casos, isso só se conceberia em execução por custas e honorários de advogado contra o autor sucumbente. Aqui, porém, o que se prevê é execução movida *por quem pode ter sido réu, contra os co-réus*, e destinada a tornar efetiva condenação *em perdas e danos*. Mas o paradoxo não é senão aparente. Na verdade, reconhecida judicialmente a lesão ao patrimônio público (limitamos aqui, para comodidade da exposição, à hipótese mais frequente), frustrar-se-ia a finalidade da ação, se não se dispusesse de meios eficazes para assegurar a concreta recomposição patrimonial. Pior ainda, é claro, se ainda se visse a Fazenda na contingência de fazer nôvo desembolso.

3. Tudo isso denota o interêsse da problemática ligada à posição processual da Administração na ação popular — em que se tem de atender, obviamente, a dados da própria situação material subjacente. Esse tópico não vem merecendo, em regra, a atenção da doutrina, que tem preferido dirigir o seu foco à iluminação

---

(3) Já o notáramos em artigo publicado na *Revista de Direito Administrativo*, vol. 85, sob o título *Problemas da ação popular* (v. págs. 402/3), conquanto ali só nos tenhamos referido expressamente à hipótese da *improcedência*.

de outros aspectos, relacionados com a posição *do autor popular*. No entanto, a relevância de questões como a da prescrição, acima aludida, e as peculiaridades observadas no sistema da Lei número 4.717 estão a reclamar dos intérpretes esforço análogo no sentido diametralmente oposto.

Os elementos alinhados nos dois itens anteriores d'este trabalho podem servir de ponto de partida para algumas reflexões a respeito, que aqui deixaremos à guisa de incitamento aos especialistas na matéria. Nos termos da vigente Constituição, art. 150, § 31, a ação popular visa "a anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas" (a Carta de 1946, art. 141, § 38, falava em anulação *ou declaração de nulidade*, mas esta última cláusula deve considerar-se implícita no texto atual). O acolhimento do pedido condiciona-se à presença, no ato impugnado, de dois requisitos: vício capaz de torná-lo nulo ou anulável (4) e lesividade patrimonial. Suposto o concurso dêles, reconhece-se a qualquer cidadão o direito de obter a invalidação do ato, em razão do interesse que tenha, *ut cives*, na correção de irregularidades tais, porventura ocorrentes na atividade administrativa.

Ora, não é menor que o do cidadão, em princípio, o interesse *da própria Administração Pública* em semelhante correção. Convencendo-se de que ato seu é defeituoso e lesivo, ela pode e deve — por sua autoridade mesma, sem necessidade de prévio controle judicial, de acôrdo com doutrina hoje pacífica entre os administrativistas — desfazê-lo. Mas, justamente por isso, se e enquanto não toma a Administração tal iniciativa, a presunção só pode ser a de que reputa perfeito o ato. Entram aqui em jôgo dois princípios: um é o do *interesse na eliminação do ato ilegítimo*, outro o do *interesse na preservação do ato legítimo*. Esses dois princípios não são contraditórios, senão complementares. A Administração guiar-se-á por êste ou por aquêle, segundo a convicção que forme sôbre a qualidade do ato praticado. Tal juízo de valor, evidentemente, não é infalível, e tanto pode acontecer que a Administração queira ter por nulo ou anulável um ato na realidade perfeito, como ter por perfeito um ato na realidade eivado de vício. Para atender a semelhante contingência é que o ordenamento, de um lado, coloca à disposição dos demais interessados os remédios tendentes ao controle jurisdicional, *a posteriori*, da anulação ou da

---

(4) V. a enumeração dos arts. 2.º a 4.º da Lei n.º 4.717. A necessidade de ambos os requisitos era afirmada, já anteriormente, pela doutrina e jurisprudência predominantes. Entende HELI LOPES MEIRELES, *Mandado de segurança e ação popular*, pág. 34, que a nova Constituição "inovou a respeito, desprezando o requisito da ilegitimidade do ato (art. 150, § 31), que a anterior exigia como condição da ação". Não nos parece, ao contrário, que exista ao propósito diferença essencial entre o texto vigente ("... anular atos lesivos ao patrimônio...") e o antigo ("... a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio...").

declaração de nulidade; e, de outro, os tendentes ao suprimento da omissão em anular o ato ou em declará-lo nulo. Entre êstes últimos enquadra-se a ação popular.

4. Imaginemos o cidadão diante de ato administrativo a seu ver defeituoso e lesivo ao patrimônio público. Praticou-o a Administração e, até o momento, não o desfez. Como já notamos, há de presumir-se, *si et in quantum*, que o reputa perfeito e está disposta a assegurar-lhe a subsistência. No fundo, bem consideradas as coisas, não há *antagonismo de interesses*: o que há é *divergência de valoração*, a acarretar mero *antagonismo de posições*. O cidadão e a Administração querem ambos que o ato, *se viciado e danoso*, seja desfeito; apenas, o primeiro de fato o considera tal, ao passo que a segunda, presumivelmente, diverge dêsse juízo. Se as valorações coincidissem, esta e aquêla se harmonizariam quanto à necessidade de satisfazer o interesse *comum*. Porque se supõe que elas não coincidam é que um e outra se vêem situados, *a título provisório*, em campos opostos.

A título provisório, insista-se — pois a presunção pode cair. É perfeitamente concebível que a Administração já estivesse persuadida da ilegitimidade do ato, e unicamente não houvesse tido tempo de desfazê-lo; ou que aguardasse a complementação de inquérito, ou de modo geral a reunião de elementos decisivos de convicção, que pudessem levá-la a conclusão segura. Concebe-se até que só provocada pelo cidadão ela se convença de que o ato — para o qual não tivera despertada a sua atenção (pense-se em ilegalidade acaso praticada em época anterior à investidura dos atuais governantes), ou a cujo respeito não chegara a formular juízo definitivo — merece, na verdade, ser desfeito. Seria absurdo total forçá-la, em hipóteses tais, a perseverar no êrro, quando o seu interesse, no caso, não é o interesse na preservação de ato legítimo — pois *não existe ato legítimo que preservar* —, mas o interesse, comum a ela e ao cidadão, na eliminação de ato ilegítimo.

Tem-se assim a seguinte e curiosa situação: o autor popular dirigiu sua demanda, *também*, contra a Administração, porque *aparentemente* haveriam de assumir posições contrárias. Agora, porém, verifica-se que ambos valoram *do mesmo modo* o ato impugnado e, portanto, têm *o mesmo interesse* no seu desfazimento. Em tal emergência, ressalta a desconformidade entre a relação formal que se estabeleceu com a citação — opondo o cidadão, como autor, à Administração, como ré — e a relação substancial que os alia na perseguição de fim comum. A norma do art. 6º, § 3º, da Lei n.º 4.717 vem exatamente permitir a correção dessa desconformidade e abrir ensejo a que se façam coincidir, *também formalmente*, posições que já coincidem *substancialmente*. E à vista de tudo isso com facilidade se percebe, na citação da pessoa

jurídica de direito público, um caráter *interpelativo*: é como se o autor a provocasse para convidá-la a definir-se, sem que *a priori* se possa saber em que sentido virá a definição.

5. Consideramos no item anterior a hipótese de vir a Administração a convencer-se da ilegitimidade do ato. Pode obviamente suceder que ela continue a tê-lo por perfeito e compareça a juízo para defendê-lo, contestando o pedido. Ainda nesse caso, porém, as coisas não se passam, *essencialmente*, de maneira diversa. Como já se assinalou, não há *oposição* entre os princípios do interesse na preservação do ato legítimo e do interesse na eliminação do ato ilegítimo. A atuação de um ou de outro depende do juízo que se forme acerca da qualidade do ato. E ao cidadão, como tal, interessa e aproveita, tanto quanto à Administração, a observância quer do primeiro, quer do segundo.

Não se destina a ação popular — repita-se — à reparação de possíveis danos causados ao patrimônio *individual* por ato do poder público. Embora não haja por que excluir dentre os legítimos a exercitá-la aquêle que tenha eventualmente sofrido semelhantes danos, a circunstância mesma de escolher via imprópria à reintegração de direitos patrimoniais privados revela no autor o propósito de somente pleitear, por meio dela, a satisfação de *outro* interesse. O que êle pretende, ao propor a ação popular, é obter a anulação ou a declaração da nulidade do ato *enquanto defeituoso e lesivo ao erário*. O pedido é formulado com êsse pressuposto, e não seria formulado sem êle.

A administração, por seu turno, só contesta a ação porque parte do pressuposto contrário. Não defende o ato enquanto viciado e patrimonialmente lesivo, defende-o por não reconhecer a existência de vício ou prejuízo. Por sob a contraposição superficial, há nas duas atitudes uma convergência *teleológica*. Ambas visam — aqui também — *ao mesmo fim*, conquanto discordem *no tocante aos meios* para atingi-lo, porque arrancam de diferentes maneiras de apreciar o ato praticado. Por isso dissemos que antes se deve falar de uma *divergência de valoração* do que de um *antagonismo de interesses*. Assim se torna perfeitamente compreensível que, uma vez declarado pelo órgão judicial o acerto da valoração feita pelo autor, possa a Administração, que foi ré, beneficiar-se dêsse resultado, recolhendo a indenização a que sejam condenados os responsáveis e beneficiários, e, se fôr mister, promovendo contra os co-réus a respectiva execução. Parte *vitoriosa* foi, formalmente, o autor popular. O proveito, contudo — pelo menos o proveito patrimonial específico —, quem o tira é a Administração, formalmente *vencida*.

6. Se quiséssemos dar um toque literário ao encerramento destas breves reflexões, talvez nos víssemos tentados a dizer que

há na ação popular algo de um jôgo de perde-ganha. A imagem, como quase tôdas as imagens em matéria jurídica, teria muito de artificial. Sem dúvida, a Administração, ao sucumbir, lucra. Mas lucra também, pôsto que, de outra forma, o autor popular, satisfeito que fica o seu interêsse *de cidadão* no respeito às boas normas administrativas e à integridade do patrimônio público. O ganho que lhe traz o acolhimento do pedido consiste, essencialmente, em fazer ganhar a Fazenda — pois foi *em seu favor*, e não *contra ela*, que agiu.

Acertou, portanto, o Supremo Tribunal Federal. E acertou igualmente o legislador quando redigiu os artigos 6º, § 3º, e 17 da Lei n. 4.717. Um e outro revelaram exata compreensão da verdadeira natureza e finalidade da ação popular. Não merecia outra sorte um instituto, afinal, tão digno de apreço.