

## A AÇÃO POPULAR CONSTITUCIONAL

PAULO BARBOSA DE CAMPOS FILHO

Prof. na Faculdade de Direito de São Paulo

**SUMÁRIO:** *Os preceitos constitucionais de 1934 e 1946. Exame e crítica dos projetos de regulamentação. Patrimônio público. Atos nulos e anuláveis. Atos lesivos. Atos legislativos e atos jurisdicionais. Sujeitos ativo e passivo da ação. Ações supletivas e corretivas. Conclusões.*

1. Ao escrevermos o nosso *Ensaio Sobre a Ação Popular*,<sup>1</sup> regia os destinos do País a Carta de 1937, que deixara de reproduzir, no capítulo relativo às garantias individuais, o preceito da Constituição anterior, que fizera de qualquer cidadão “parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou a anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados e dos Municípios” — (art. 113, n.º 38).

A conclusão que se impunha era, pois, a de ter aquêle diploma ditatorial abolido as ações populares no único caso em que o nosso Direito as admitira, e isso mesmo dissemos naquele nosso estudo, quer ao afirmar que havíamos voltado, na matéria, à regra da proscricção de tais ações, imposta pelo Código Civil, quer ao repetirmos o mesmo pensamento, escrevendo: “a conclusão a se tirar, em sendo aquêle o único texto permissivo (o da Constituição de 1934), é que em caso algum as admite o Direito Pátrio, como se disse aliás, no Capítulo III, *in fine*”.<sup>2</sup>

Tal, porém, era o nosso interêsse pelo instituto, plenamente justificado pelo seu valor como arma de civismo e meio de perfeição das instituições político-administrativas, que passamos a imprimir àquele trabalho o sentido de um voto pelo seu imediato restabelecimento, que encontraria oportunidade no iminente advento do Código de Processo Civil, cujo anteprojeto acabava de ser publicado com o fim de receber sugestões.

Lembramos, então, pleiteando a intervenção do Instituto dos Advogados de São Paulo para se conseguir tão alto objetivo, que o que

---

1 S. Paulo, Livraria Acadêmica, 1939.

2 Capítulo V, no início.

se havia verificado era apenas a proscrição do *remedium juris* como garantia constitucional, nada impedindo o readmitisse a legislação processual, nos mesmos ou em diferentes termos.

Tudo, aliás, nas linhas mestras do projeto do Código, inspirado no pensamento de se atribuir ao processo, como finalidade precípua, a atuação do direito objetivo, parecia ensejar o acolhimento das ações populares, uma vez que se deve reconhecer, nestas, a expressão mais alta da crescente tendência à imaterialização do interesse de agir, como então observamos, invocando Ugo Ferrone.<sup>3</sup>

Prevaleceram, no entanto, sobre a pureza e rigor dos princípios, os interesses imediatos do Estado Novo, que prometera tornar-se “republicano-federativo”, mas continuara ditatorial e unitário, como no fundo o haviam desejado os seus instituidores. E a Comissão elaboradora do Código fechou ouvidos à sugestão do Instituto, se é que chegou a apreciá-la.

2. O que não fêz, entretanto, o novo Código de Processo Civil, fê-lo a Constituição vigente, e em mais largos termos de que a Carta Magna de 16 de julho, pois admitiu a ação popular nem só em defesa dos patrimônios da União, dos Estados e dos Municípios, como ainda das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista, a entender, pois, como patrimônio público, nem só o próprio daquelas entidades político-administrativas, mas ainda os destacados dos das Fazendas Públicas pela constante descentralização institucional de serviços e ainda aquêles outros em que tenham elas participação, ou em cuja administração intervenham.

Hoje, pois, onde quer se pratique um ato lesivo do patrimônio público, entendendo-se tal o da Fazenda Pública em qualquer de seus ramos e ainda o de organismos autônomos, dos quais a Fazenda de algum modo participe, pode intervir o autor popular (“qualquer cidadão”) pleiteando-lhe a anulação ou declaração de nulidade.

3. Quem será, porém, “qualquer cidadão”? Sê-lo-á apenas, o investido de direitos públicos políticos, ou ainda, e de modo geral, o brasileiro, nato ou naturalizado?

Que serão, por outro lado, “atos lesivos” dos referidos patrimônios? Bastará que se trate de atos prejudiciais aos interesses das entidades mencionadas no preceito, ou será também necessário que o ato, além de lesivo, padeça de algum vício, de nulidade ou anulabilidade?

E que atos estarão em causa? Apenas os atos administrativos, sejam êles praticados por quaisquer ramos do poder público, ou também os atos do Poder Legislativo? E se forem apenas os primeiros, haverá distinguir entre os atos de império, para excluí-los da incidência da ação, ou serão êles, também, passíveis de ataque semelhante ao que possam sofrer os atos *gestionis*?

Em seguida, resolvidas essas primeiras dificuldades quanto ao sujeito ativo da ação e quanto a alguns dos seus primeiros pressupostos, quais serão os seus sujeitos passivos? Apenas a pessoa jurídica de

---

3 Nota 110 do nosso “Ensaio”.

Direito Público, cujo patrimônio estiver em causa, ou ainda o participante do ato increpado de lesivo? E os atos não muito raros, em que não intervêm a Fazenda Pública, mas que a esta, de algum modo, direta ou indiretamente interessem?

Conhecidos, afinal, os sujeitos passivos da ação, despontam as questões de ordem processual. Poderá o autor popular ser assistido na ação por outro qualquer cidadão? Em qualquer de suas fases? Poderá desistir dela, quando se tenha convencido do seu desacerto? Ou quando, por outro qualquer motivo, tiver entrado em composição com o réu, ou réus? E isso por haverem êsses últimos confessado o pedido, ou ratificado o ato anulável, ou mesmo reparado o prejuízo da Fazenda? Na afirmativa, poderá qualquer outro cidadão substituí-lo no interesse pela causa pública, prosseguindo êle mesmo no feito e sustentando, então, as mesmas ou diferentes proposições? E quanto às provas? Serão tôdas admissíveis? Indistintamente? Que efeitos produzirá, por exemplo, a confissão do autor popular? E a confissão ficta? E a confissão da Fazenda, citada como ré? O ato se entenderá, só por isso, nulo ou anulável, ou será necessário que os poderes legislativo ou executivo da entidade em causa reconheçam, êles próprios, o vício, propondo-se a reparar os danos ou a repetir o ato, quando isso lhes fôr possível? E a sentença? Que efeitos produzirá? Anulado o ato, restituir-se-ão sempre as partes ao estado de coisas anterior? Estará impedida a administração de o repetir, ou ratificar? E qual a situação dos particulares, que da ação não tenham participado, se vinculados os seus interesses ao ato declarado nulo?

E os recursos? E a prescrição? E as possíveis intervenções de terceiros? E a competência para conhecer da ação, quando, em sendo parte, por exemplo, um Município, tiver, na espécie, algum interesse o Estado? Ou quando, em sendo parte um Estado, estiver em causa algum interesse da União? Alterar-se-ão as regras gerais de competência, ou será competente o fôro do ato impugnado, ou ainda o da pessoa de direito público, que o tiver praticado ou autorizado?

4. O simples enunciado de tôdas essas questões — e muitas outras poderiam, aqui, acrescentar-se — está a revelar a importância e a complexidade do problema da disciplina da ação popular constitucional, objeto de estudo neste artigo.

Pode-se dizer, mesmo, tal o número e a gravidade delas, que da boa ou má disciplina da referida ação poderá depender, em grande parte, o próprio êxito da inovação constitucional, não faltando mesmo quem descreia da possibilidade de uma boa regulamentação, preferindo ficar com a autoridade de Clóvis, batendo-lhe palmas à vitória obtida sobre Andrade Figueira, ao ver mantido o artigo 76 do Código Civil tal como o havia apresentado. Haja vista ao ilustre processualista Machado Guimarães, em conferência sobre "*A ação popular e a coisa julgada*", no Boletim do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, vol. XIV, trabalhos de 1937, pág. 228. <sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Confira-se o nosso "*Ensaio sôbre a ação popular*", n.º 11 e notas 65 e 66.

5. Andaram bem, por tudo isso, quer o Senado da República quer a Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, envidando os melhores esforços na elaboração do Projeto de Lei n.º 2.466, de 1952, que se propõe a “regular a ação popular instituída pelo art. 141, § 38, da Constituição federal,” e no detido estudo de seus diversos dispositivos, a culminarem no oferecimento de completo substitutivo pelo ilustre mestre de Direito, que é o Deputado Bilac Pinto, que tanto se tem distinguido no acurado trato dos mais difíceis problemas jurídico-constitucionais e administrativos.

6. Projeto e substitutivo serão objeto, neste artigo, de ligeiro e desprezioso estudo, que se orientará no sentido de verificarmos que soluções procuraram dar às mais importantes das questões em tela, dizendo, também, do acêrto ou desacêrto de cada solução e das nossas preferências pelo substitutivo ou pelo projeto, tudo, evidentemente, a título de mera colaboração, e sem perder de vista a nossa desvalia mormente em assunto, como êste, inçado de tantas e tão graves dificuldades.

7. Começemos pelo artigo 1.º, onde projeto e substitutivo assentam a pedra fundamental dos demais dispositivos, indicando a finalidade da ação popular constitucional, que é a defesa da coisa ou patrimônio público.

Ambos o fazem — nem pudera ser de outra forma — reproduzindo o preceito do art. 141, § 38, da Constituição, onde se diz que “qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista”. Mas, ao passo que o Projeto se limita a isso, deixando à doutrina o trabalho complementar de esclarecer o que se deva entender como patrimônio público, o Substitutivo vai além, acrescentando referências aos patrimônios dos Territórios e do Distrito Federal (que o texto constitucional omitira) e, também, a três outras espécies de patrimônios, que são: *a*) os das emprêsas incorporadas ao patrimônio da União; *b*) os das sociedades mútuas de seguros, nas quais a União represente os segurados ausentes; *c*) os das instituições ou fundações para cuja criação o poder público haja concorrido, ou para cujo custeio concorra com mais de cinquenta por cento.

Quanto às emprêsas incorporadas ao patrimônio da União, acertada e útil se nos afigura a referência que a elas faz o substitutivo. Acertada, por isso que o patrimônio dessas emprêsas passa a integrar o da União, pelo fato mesmo da incorporação ao desta. E útil, porque, referindo-se o inciso constitucional apenas ao patrimônio da União, poderia entender-se, realmente, que a proteção não alcançasse os patrimônios incorporados. Lembraremos, no entanto, sempre a título de mera colaboração, que pode ocorrer, também, a incorporação aos patrimônios de Estado ou Município quando assim o determine lei federal. O substitutivo, pois, seria, a nosso ver, ainda mais completo, se aludisse, em têrmos genéricos, aos patrimônios das emprêsas incorporadas a qualquer das diferentes entidades que compõem a estrutura político-administrativa do País.

Quanto às instituições, ou fundações, cuja criação tenha sido obra do poder público, ou para o custeio das quais haja êle concorrido com mais de cinquenta por cento, acertada, também, se nos afigura a referência, por ser evidente o seu interesse na defesa dos patrimônios que êle próprio haja constituído, ou para manutenção dos quais tenha contribuído. Natural, portanto, que se estenda a qualquer cidadão a possibilidade de ação em defesa dêsses outros patrimônios, que podem ser havidos, sob certo aspecto, como patrimônios públicos, como o são, por exemplo, e por motivo semelhante, os das sociedades de economia mista, aos quais a Constituição expressamente se refere.

Quanto às sociedades mútuas de seguros, nas quais a União represente os segurados ausentes, não se pode dizer que os seus patrimônios se identifiquem, sob qualquer aspecto, com os patrimônios da União, Estados e Municípios. Trata-se, aí, de sociedades ou organizações particulares, que, por hipótese, não recebem subsídio dos poderes públicos. Há, porém, manifesto interesse público na defesa dos respectivos patrimônios, dada a sua constituição mediante valores arrecadados à coletividade, donde o acêrto de, também, permitir-se a qualquer cidadão a sua defesa judicial. Apenas o substitutivo, nessa parte, não se limita a regulamentar a ação popular constitucional, mas na realidade institui uma outra modalidade de ações, não já em defesa do patrimônio público, como vem previsto na Constituição, mas de interesses de ordem geral, dignos de proteção semelhante.

Poderá êle fazê-lo? — Parece-nos que sim, pois nada impede que a União, competente para legislar sôbre direito processual para todo o território do País (art. 5, XV, letra *a*, da Constituição), atribua, no caso, o direito de ação, não, já, ao interessado direto (que seria o particular ausente, representado pela União), mas a todo o cidadão brasileiro, pelo seu geral interesse, como membro da coletividade, qual se propõe no substitutivo. É questão, já se disse alhures, de mera "titularidade do *jus actionis*".

Entendemos, por outras palavras, que o acolhimento, pela Constituição, de determinada modalidade de ação popular, como o é a destinada à proteção dos patrimônios que o § 38 especifica, não constitui obstáculo, antes incentivo, a que outras modalidades se vejam acolhidas, inspirando-se tôdas no conhecido aforismo de Paulus: "importa à República que muitos sejam chamados a lhe defender os interesses" (*Republicae interest quam plurimus ad defendam suam causam admittere*).

Nesse sentido, aliás, já era o nosso pronunciamento desde 1939, pois se é verdade sobretudo que cuidamos, naquele nosso *Ensaio*, da ação popular criada pelo artigo 113, n.º 38, da Constituição de 16 de julho, verdade, também, é que não deixamos de tratar das ações populares em geral, amplamente lhes discutindo, no Capítulo final, as diversas condições de utilidade, quando então concluímos: "como quer que seja, das considerações que aí ficam, prestigiadas pelo apoio dos mais eminentes escritores, parece resumir-se a conclusão de que *as ações populares, disciplinadas que fôssem de maneira racional, tenderiam a produzir, se adotadas, os mais proficuos resultados*".

Coerente, pois, com o que então escrevemos, não hesitamos em registrar o nosso aplauso à ampliação proposta pelo substitutivo, tanto mais que a ação popular em defesa dos patrimônios das sociedades mútuas de seguros, teria, pelos seus próprios fundamentos, um símile aproximado nas de que trata a legislação italiana sôbre as instituições de assistência e beneficência (nota 47 do nosso *Ensaio*), que são, também, organizações particulares, cujo regular funcionamento, porém, a todos indiretamente interessa.<sup>5</sup>

8. Reconhecido, no artigo 1.º, o direito que a Constituição defere a qualquer cidadão, de agir em defesa do patrimônio público, projeto e substitutivo passam a cuidar, nos artigos seguintes, dos casos em que tem lugar a referida ação, atendo-se ambos ao texto constitucional. E como se diga, neste último, que a ação terá por finalidade “a anulação ou a declaração de nulidade dos atos lesivos” do referido patrimônio, consagra o projeto o seu artigo 2.º a dizer em que hipóteses o ato se entenderá nulo, reportando-se, no artigo 3.º, à legislação civil quanto àqueles que considera anuláveis. E orientação semelhante adota o substitutivo, distinguindo, também, entre nulidade e anulabilidade, com a diferença de que, no artigo 8.º, expressamente declara que “poderão ser objeto de ação popular os atos lesivos do patrimônio das entidades enumeradas no artigo 1.º, desde que apresentem vícios que os tornem nulos ou anuláveis”.

Enfrenta, pois, o substitutivo a questão de saber se bastará que o ato seja lesivo para que ofereça oportunidade ao exercício da ação popular, ou se será necessário, para isso, que ainda padeça de algum vício, que o torne nulo ou anulável. E a resolve no segundo sentido, e a nosso ver acertadamente, diante do que dispõe o texto constitucional.

Este, com efeito, o que permite a qualquer cidadão é que pleiteie “a anulação ou a declaração de nulidade dos atos lesivos, ou seja a decretação da invalidade destes, ou porque nulos, ou porque anuláveis. E essa conclusão é tanto mais imperativa quanto não temos, no nosso Direito, a anulabilidade dos atos jurídicos pelo vício da lesão, não se podendo, pois, erigir a simples lesividade em causa que determine a rescisão do ato. Por outro lado, e como bem observa o eminente Juiz Professor José Frederico Marques, em conhecida decisão constante do volume 181, páginas 826 e seguintes da *Revista dos Tribunais*, “se a invalidade decorresse apenas da lesão, como graduá-la para dizer qual a lesão que dá origem à nulidade, e qual a que dá causa à simples anulabilidade?” Como determinar-se — diríamos nós em refôrço — onde é que o ato, muitas vêzes naturalmente lesivo, começa a sê-lo de maneira irregular, de sorte a que se possa reputá-lo vicioso, sujeitando-o a aniquilamento?

Tal decisão, aliás, foi confirmada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, que ainda num segundo caso — que é o constante do volume 190, pág. 297, da citada *Revista* — reafirmou que “não basta, para o exercício da ação popular, que o ato seja lesivo do patrimônio do Estado, mas é necessário, também, que seja nulo ou anulável”.

---

5 Confira-se o nosso “*Ensaio*”, n.º 8 *in fine* e nota 47.

Essa tese, no entanto, não é pacífica, pois em decisão publicada no vol. 51, págs. 314 e seguintes do *Paraná Judiciário*, o Tribunal de Justiça do Estado vizinho, dando pela procedência de determinada ação popular, teve ocasião de salientar que: “o que cumpria verificar, diante do espírito do texto constitucional, era se a alienação dos bens a que se referia a concorrência pública, de que tratam os autos, *lesava* ou não, o patrimônio do Município de Guarapuava, *pouco importando que a concorrência se tenha processado regular ou irregularmente, e se os bens, sobre que versava, eram ou não inalienáveis*”.

E adiante “a indagação a se fazer é se da concorrência e atos subseqüentes resultava ou podia resultar prejuízo ao patrimônio municipal”.

De se notar que tão incisivas afirmações, ambas no sentido de bastar a lesividade, buscam apoio na autoridade de Temístocles B. Cavalcânti quanto êste, ao comentar o § 38 do art. 141 da Constituição, <sup>6</sup> observa que “a fórmula anulação ou declaração de nulidade é *redundante*, porque o objetivo é a ineficácia do ato lesivo”.

Não tem razão, *data venia*, o eminente mestre de Direito Administrativo, se quer dizer com isso que basta a lesividade. A verdade, a nosso ver, é que sem a lesividade do ato não se poderia cogitar de ação popular, pois faltaria interêsse que a pudesse justificar. Mas, para que a simples lesividade bastasse, fôra necessário que a Constituição o dissesse, e isso não está na Constituição, que, acertadamente distingue entre anulação e declaração de nulidade, pois a distinção existe no nosso direito, separando a nulidade da anulabilidade, esta, objeto de *anulação* e aquela, de declaração de nulidade. A lesividade constitui, portanto, pressuposto necessário, porém não pressuposto suficiente, da ação popular constitucional.

Mas se essa é a nossa opinião diante do texto da Carta Magna, nem por isso deixaremos de reconhecer que casos haverá em que a simples lesividade pareça dever justificar o exercício da ação popular, e possa mesmo, *de jure constituendo*, ser chamada a legitimá-lo. Casos haverá, com efeito, de tão cuidadoso esmero na prática de ato lesivo, que vício algum se lhe possa apontar, quer de forma, quer de fundo, que venha a crescer ao da lesividade, de sorte a ensejar a propositura da ação popular constitucional.

Suponhamos uma venda de imóvel, feita a alguém, pela administração, por preço vil ou irrisório, procedida e cercada, no entanto, de tôdas as cautelas legais. Ou ainda a adjudicação, a alguém, de contrato prejudicial ao patrimônio público, observadas, porém, na sua feita, tôdas as exigências legais. Serão, é certo, hipóteses de difícil, porém, possível ocorrência. E, então, se perguntará: deverão êsses atos ficar a salvo da ação popular sòmente porque, no praticá-lo, agiram interessados e administradores com solércia bastante a não remanescer vício aparente?

A negativa, a nosso ver, se impõe, e isso com apoio na própria Constituição, pois, se é certo que esta, como deixamos demonstrado,

não se contenta com a só lesividade do ato como condição de exercício da ação popular, *menos certo não é que em caso algum a dispensa, devendo ver-se, pois, na lesividade, a razão primeira da impugnabilidade do ato por iniciativa de qualquer cidadão.*

E então, se tudo está a exigir, ainda que em casos excepcionais, que, também, o ato apenas lesivo possa ser anulado por iniciativa de qualquer cidadão, acertado seria incluir-se, na regulamentação em estudo, dispositivo que atribuisse à lesão, quando atingisse certo grau, ou quando concorressem certos requisitos, o caráter de vício autônomo que permita impugnar o ato por ação popular. Nem nos parece que a Constituição se oponha a isso, pois o que ela fez foi acolher a ação popular nos termos do inciso 38 do art. 141, sem, contudo, impedir — repetimos — que as leis processuais em casos outros a instituassem, sobretudo se o fizerem completando a proteção que o estatuto fundamental buscou assegurar ao patrimônio público.

Semelhante solução, aliás, viria ao encontro de recente tendência da mais moderna civilística, que está a prenunciar, no dizer do Professor Caio da Silva Pereira, a ressurreição do instituto da lesão como causa de anulação dos atos jurídicos.<sup>7</sup> E, para fugir às objeções que geralmente se opõem ao acolhimento da lesão como vício dos atos, bastaria que o acolhimento se fizesse com discreção e prudência, só se admitindo, por exemplo, a rescisão do ato apenas lesivo quando o prejuízo causado ao patrimônio público fôsse de mais de cinquenta por cento do valor do bem alienado, ou do contrato celebrado em seu detrimento.

9. Ainda no tocante aos pressupostos da ação popular constitucional, quer nos parecer que o substitutivo se avanteja ao projeto, nem só quando exige que o ato impugnado, além de lesivo, padeça de algum vício que o torne nulo ou anulável, como ainda no enunciado dos diferentes motivos de nulidade ou anulabilidade. Aliás, o elogio do substitutivo, nessa parte, pode se dizer feito pelo ilustre mestre de Direito Administrativo, que é o citado Juiz José Frederico Marques, em artigo que escreveu sobre a ação popular e sua regulamentação, publicado no *O Estado de São Paulo*, de 31 de dezembro último. Só nos resta subcrevê-lo, principalmente quando opina merecer o substitutivo encômios “por haver feito expressa menção ao *desvio de poder* como caso de nulidade dos atos administrativos, tanto mais que em seguida, esclarece, com muita eficiência e técnica, o alcance e sentido desse instituto”. Vem, de fato, o esclarecimento no artigo 25, como vêm nos artigos 23, 26 e 27, explicações seguras do que se deva considerar, respectivamente, “violação da lei”, “vício de forma” e “incompetência”.

Há, no entanto, uma disposição do projeto primitivo que, embora suprida pela configuração que nos dá o substitutivo do que seja “desvio de poder”, melhor seria fôsse conservada, tão felizes são os termos em que se viu concebida. É a da letra *e* do artigo 2.º, que considera nulo o ato administrativo “pela falsidade dos motivos expressamente alegados”.

---

7 “Lesão dos Contratos Bilaterais”, Rio, 1949, ed. da *Revista Forense*, n. 103.

Esse preceito se harmoniza, às maravilhas, com o do artigo 90 do Código Civil, onde se reconhece à falsa causa, sempre que expressa sob a forma de condição ou como razão determinante do ato, o efeito de viciá-lo. Corrigida, pois, a disposição do projeto para fazer-se da “falsidade dos motivos expressamente alegados” uma hipótese, não de nulidade, mas de “anulabilidade” do ato, conviria que o inciso permanecesse, ainda que perfilhado, a estruturação geral do assunto, proposta pelo substitutivo. É que são freqüentes os atos administrativos lesivos, praticados por falsa causa. Consulte-se, a propósito Marcel Waline, no estudo que faz da “causa”, em Direito Administrativo e nos exemplos, que figura, de “motivo determinante ilícito” e “motivo determinante inexistente”.<sup>8</sup> E se alguém duvidar do alcance do preceito, daremos, também, o nosso exemplo, precedido da advertência de que tôda semelhança com possíveis casos reais será fruto de mera coincidência. Suponha-se que certa administração, dizendo-se vencida em juízo por determinado particular, que lhe reclamava a restituição de certos bens imóveis, a êle lhe faça a restituição pretendida, declinando aquele motivo como causa e dando-lhe a forma de transação, perfeita e acabada. Suponha-se, mais, que ao depois se verifique que o beneficiário, longe de haver ganho a demanda, já a tivesse definitivamente perdido. Não se configura, ai, caso típico de ato administrativo praticado por falsa causa? Um caso, como se diz na letra e do artigo 2.º do projeto, de falsidade dos motivos expressamente declarados? E se temos, na legislação pátria, no citado artigo do Código, admitida a falsa causa como vício de ato “quando expressa como razão determinante” dêste, porque esconder a hipótese debaixo da expressão francesa do “*détournement de pouvoir*”, bem menos precisa nos seus jurídicos contornos?

Outra disposição do projeto, que nos parece preferível à disposição paralela do substitutivo, é a do artigo 3.º. Nêle, com expressa referência à aplicação subsidiária da legislação civil, está dito que são anuláveis os atos quando viciados por erro, dolo, coação, fraude ou simulação, ao passo que no artigo correspondente do substitutivo (art. 7.º, n.º 1) nem só se não faz remissão à legislação civil subsidiária, como não se mencionam os motivos de anulabilidade do ato limitando-se a dizer o dispositivo que “são anuláveis” (os atos) nos casos em que contenham *outros vícios*.

Ora, por mais que se esforcem os mestres de Direito Administrativo no sentido de criar uma teoria das nulidades dos atos administrativos, diversa da teoria das nulidades do campo do Direito Civil, o mais que poderão alcançar será apontar peculiaridades do Direito Administrativo, jamais se libertando das linhas gerais da teoria, tal como vem traçada pela legislação civil. Entenderemos nós, então, que não é autônomo o Direito Administrativo? Ou que se sujeite, nessa parte, ao domínio do Direito Civil? Absolutamente, não. O que entendemos é que a teoria das nulidades diz respeito aos atos jurídicos em geral, e que é uma só. O que entendemos é que o ato administrativo,

---

8 *Droit Administratif*, Paris, ed. de 1936, ps. 649 e seguintes.

ainda que se revista de características próprias, que o erigem numa categoria autônoma, não deixa de ser espécie do gênero “atos jurídicos”, disciplinados pelo Código na sua Parte Geral. Daí o necessário subsídio da legislação civil, que não será motivo de estranheza a quem tiver presente a compreensão das disposições da Parte Geral do Código Civil, em rigor e na verdade preceituação comum a todos os ramos do Direito, e não apenas um capítulo da legislação “civil”.

10. Estabelecido que o ato, além de lesivo, deve padecer de algum vício, que o torne nulo ou anulável, ainda assim não estará completa a determinação de quais sejam os atos invalidáveis por iniciativa de qualquer cidadão. E isso porque, referindo-se a Constituição a atos lesivos do patrimônio público, sem distinguir entre as possíveis espécies de atos, permite indagar, por exemplo, se não se compreenderão na órbita da ação popular os atos legislativos e os atos jurisdicionais, desde que lesivos do referido patrimônio.

O projeto, ao que apuramos, nada dispõe a êsse respeito, preferindo deixar a dificuldade ao cuidado dos tribunais. O substitutivo, porém, já procede diversamente. Para êle, não poderão “constituir objeto de ação popular os atos materialmente legislativos e jurisdicionais e os exclusivamente políticos” (artigo 29).

Ora, se em relação aos atos exclusivamente políticos a solução preferida não comporta dúvidas, o mesmo não é de se dizer dos atos legislativos e dos atos jurisdicionais, ainda que restrita a exclusão aos “materialmente” tais. É que pode haver atos materialmente legislativos, mas ainda assim lesivos do patrimônio público. Suponha-se uma lei que contravenha ao princípio constitucional da igualdade de todos perante a ordem jurídica, estabelecendo desigual tratamento para contribuintes de mesma classe, categoria ou condição. Suponha-se ainda — num exemplo em que melhor se acentue o caráter lesivo do ato — um diploma legislativo que conceda isenções fiscais sem atender a quaisquer requisitos, mas por mero arbítrio ou favoritismo. Nesses dois casos, haverá atos legislativos no sentido material da expressão, mas atos legislativos nulos, porque contrários a preceitos ou princípios constitucionais. E então, sendo êles lesivos do patrimônio público, poderá duvidar-se de que dêem lugar à ação popular? — Parece-nos que não, ficando assim demonstrada a inconveniência do artigo 25 do substitutivo.

Aliás, o que parece ter levado o substitutivo a abrir a questionada exceção para os atos materialmente legislativos, foi a consideração de que o Legislativo não erra, ou ainda a de estarem os seus atos, por força do princípio constitucional da separação de poderes, a coberto de censura ou invalidação por parte do Judiciário.

Entre nós, porém, — talvez o tenha olvidado o ilustre redator do substitutivo — superpõem-se às leis ordinárias os princípios e preceitos constitucionais, em face dos quais podem aquelas ser invalidadas. Não, evidentemente, como atos do Poder soberano, que as tenha editado, mas em todos os seus efeitos em relação ao particular prejudicado. Fôsse necessário citar autores (e não o é para um mestre da estatura

de Bilac Pinto) e lembraríamos Francisco Campos, em seu magistral parecer intitulado *Elaboração Legislativa*.<sup>9</sup>

Nesse trabalho, com efeito, depois de judiciosas considerações acêrca das “nulidades em Direito Constitucional e em Direito Civil”, muito bem assinala o consagrado jurista que, por fôrça do regime representativo e de constituição escrita, que adotamos, também os atos do Poder Legislativo, quando contrários à Constituição, podem e devem ser invalidados, não já por fôrça de qualquer proeminência do Poder Judiciário sôbre os demais poderes, mas porque, no fundo, não são êsses atos, leis, mas apenas — e como também se expressa Francisco Campos — “coisa nenhuma em direito, antes e depois da declaração de sua inconstitucionalidade”, que em nada altera ou modifica o seu estado. Invalida-se, aliás, a lei inconstitucional, não porque lhe seja superior a Constituição, que ela, por hipótese, tenha contrariado, mas por ser impossível considerar-se *lei* o ato do Poder Legislativo contrário à Constituição.<sup>10</sup>

Mas, se é assim, ou se também os atos legislativos, do mesmo modo que os administrativos, podem e devem, quando infringentes da Constituição, ser havidos como nenhuns em face do particular prejudicado, por que furtá-los ao exame do Poder Judiciário quando lesivos do patrimônio público, concorrendo, pois, os pressupostos da ação popular?

Por que excetuá-los, se a Constituição nenhum ato excetua, e se, no artigo 200, expressamente se refere à declaração de inconstitucionalidade *de lei*, fazendo-o num pé de perfeita igualdade com a declaração de inconstitucionalidade de outro qualquer “ato do poder público”?

Se uns e outros, ou se tanto as leis como os demais atos do poder público podem ser declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário, desde que êste o faça pela maioria absoluta dos seus membros, razão não há para que se não admita tal declaração em ação popular, quando o ato lesivo do patrimônio público fôr um ato legislativo, que de *lei*, como se disse, só tenha a aparência.

Não estaremos, aliás, muito longe da verdade invocando, aqui, a autorizada lição de Lúcio Bittencourt, no seu precioso livro *Contrôle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*,<sup>11</sup> pois êsse acatado mestre nem só admite a declaração de inconstitucionalidade das leis mediante ação declaratória — (“reputamos perfeitamente cabível, diz êle, semelhante forma de procedimento”) — como se refere a um caso em que êsse “legítimo interêsse” (o interêsse em declarar a inconstitucionalidade) não precisa, sequer, de ser demonstrado. E qual a hipótese por êle relembada? Precisamente a da ação popular constitucional, em que o ato é lesivo do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista.<sup>12</sup>

9 “Direito Constitucional”, edição da *Revista Forense*, Rio, 1942, ps. 1 a 67.

10 Parecer citado, pág. 49.

11 Rio, 1949, edição da *Revista Forense*.

12 Obra citada, ps. 102/103.

11. O que dissemos dos atos legislativos tem aplicação *mutatis mutandis*, aos atos jurisdicionais. Também êstes, se lesivos do patrimônio público e se nulos ou anuláveis, poderão ser atacados por ação popular, ensejando-se, então, ao Poder Judiciário a possibilidade do seu reexame. Tudo isso, é bem de ver, se concorrerem os pressupostos do referido procedimento. Há assinalar, apenas, que um tal reexame de atos jurisdicionais só se fará possível nas ações rescisórias, pois indispensável é que o ato se tenha tornado definitivo para que alguém o possa acoimar de lesivo do patrimônio público e de nulo, ou anulável, por vício que se lhe aponte. Em resumo, portanto, não nos parece também acertada a disposição do artigo 25 na parte em que diz a salva da ação popular quaisquer atos jurisdicionais, pois as sentenças que forem lesivas do patrimônio público e que estejam inquinadas de vício capaz de legitimar o exercício da ação rescisória, poderão, se bem apreendemos o espírito da inovação constitucional, sofrer o "*iudicium rescindens*", por iniciativa de qualquer cidadão.

12. Mas passemos às disposições de índole processual, limitado o nosso estudo às que ofereçam maior interesse, pelas questões que suscitem ou pelos problemas que se proponham a resolver.

Em primeiro lugar, a do sujeito ativo da ação. Quem se entenderá "qualquer cidadão"? O nacional do País, aqui nascido, ou naturalizado, ou apenas o investido de direitos políticos, por fôrça de alistamento eleitoral?

Se formos aos repertórios de jurisprudência, vários julgados encontraremos optando pela segunda alternativa. Sômente o eleitor, decidem êles, é parte legítima para propor a ação popular. Nesse sentido, por exemplo, além da já citada sentença do eminente Juiz José Frederico Marques, confirmada por acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo no volume 181/826 da *Revista dos Tribunais*, outra do ilustre magistrado Wercingetorix de Castro Garms, também confirmada por aquêle mesmo Tribunal de Justiça.<sup>13</sup> E ambos decidindo, ao nosso ver, com manifesto acêrto, pois o próprio Pontes de Miranda, cuja autoridade viera invocada em abono da primeira tese, acentua, nos seus comentários, que o "direito de que se trata no § 38 do art. 141 da Constituição é um direito da classe dos direitos políticos", não gozando dêle os nacionais que os tenham perdido, ou que dêles tenham sido suspensos.<sup>14</sup>

No mesmo sentido Pedro Calmon<sup>15</sup> e ainda, e principalmente Seabra Fagundes, êste a se deter no exame da dificuldade para descobrir na expressão constitucional "qualquer cidadão", a intenção de limitar o direito, aí consagrado, ao nacional "no gôzo dos direitos políticos", negando-o, pois, aos estrangeiros e também aos nacionais afetados pelas sanções do artigo 135 (suspensão e perda dos direitos políticos).<sup>16</sup>

13 Vol. 186/648 da *Revista dos Tribunais*.

14 *Comentários à Constituição de 1946*, 2.<sup>a</sup> ed., v. IV, ps. 442 e 443.

15 *Curso de Direito Constitucional*, 1946, p. 264.

16 *Vide Revista de Direito Administrativo*, v. VI, outubro de 1946, p. 17.

A demonstrar, porém que, apesar do acôrdo da doutrina e da jurisprudência, o preceito constitucional oferece margem a divergências, bastar-nos-á recordar que no primeiro dos citados arestos ficou vencido o esclarecido Juiz Dr. Cândido da Cunha Cintra, não por entender pudesse o “não eleitor” propor ação popular, mas por achar que também os partidos políticos, por isso que constituídos de cidadãos eleitores, estariam habilitados a promovê-la, não se opondo a isso a disposição constitucional. Associações de cidadãos, não poderiam êles dispor de menores direitos do que os seus próprios componentes, a cada um dos quais, como cidadão, a legitimação ativa é reconhecida. S. Excia. não compreende, por outras palavras, como possa uma faculdade essencialmente política, como o é a da ação popular, ser concedida a meros indivíduos, só porque investidos de direitos políticos, sem que o seja, também, aos agrupamentos políticos dêses mesmos indivíduos, que são os partidos que êles integram.

O argumento, de comêço, muito nos impressionou, levando-nos quase a admitir que, também, os partidos políticos pudessem figurar em Juízo como sujeitos ativos da ação popular. Não estaria expresso, mas viria implícito na Constituição. Mas depois, atentando melhor para o texto, que consagra um direito de exceção e que só se refere às pessoas dos cidadãos, juridicamente distintas das das agremiações em que se reúnem, ficamos com a opinião vencedora que recusa a estas últimas o que reconhece aos seus componentes.

Mas se essa é a conclusão que se impõe a quem se circunscreva ao exame da dificuldade do ponto de vista do direito constituído, bem diverso seria o resultado para quem, refletindo sôbre o problema de *jure constituendo*, indagasse da possibilidade de se reconhecer aos partidos políticos a questionada *legitimatío ad causam*, para propor ação popular. Visto o problema dêsse novo ângulo, não hesitamos em propor que a lei em estudos, embora precipuamente se destine a apenas regulamentar a ação popular constitucional, venha a permitir que, também, os partidos políticos possam ingressar em juízo pleiteando a invalidação dos atos lesivos do patrimônio público. Com isso se abririam, por certo, muito melhores perspectivas ao exercício da ação popular, muito mais ao alcance dos partidos políticos que são os verdadeiros e naturais fiscalizadores da boa gestão dos dinheiros públicos, do que dos simples cidadãos, nem sempre a par das irregularidades verificadas e sempre, ou quase sempre, desprovidos dos meios de investigação e dos recursos necessários à útil aplicação do remédio constitucional.

13. Determinado o sujeito ativo da ação popular constitucional (“qualquer cidadão”, no sentido que acaba de ser exposto) acode verificarmos quem deva ser havido como seu sujeito passivo, questão essa que se não resolve com igual facilidade, reclamando ao contrário disso, maiores reflexões e cuidados.

Indício primeiro dessa maior dificuldade é o dissídio que se nota, a respeito, entre o projeto e o substitutivo, que estamos a estudar.

Para o primeiro, com efeito, a ação será movida “*contra o beneficiário direto do ato* comissivo da autoridade pública, ou órgão da

entidade autárquica ou da sociedade de economia mista, devendo ser necessariamente citados os representantes legais dessas instituições, os quais serão ouvidos em tôdas as fases do processo”. A ação, portanto, não será dirigida contra a pessoa de direito público, entidade autárquica, ou sociedade de economia mista, às quais se atribua o ato que se supõe lesivo dos respectivos patrimônios, mas contra os beneficiários desse mesmo ato, citem-se embora os representantes legais daquelas entidades para que se façam ouvir no curso do processo. É o que está no artigo 8.º do projeto e encontra confirmação no parágrafo primeiro do mesmo artigo, onde se dispõe que, “se não houver beneficiário direto do ato lesivo, a ação intentar-se-á contra a entidade pública (União, Estado, Município, ou órgão autárquico) ou contra a sociedade de economia mista, sem prejuízo...etc...” Pode-se dizer, portanto, que, para o projeto, o sujeito passivo da ação popular constitucional é o beneficiário do ato suspeito de lesivo e que essa posição de réu só é reconhecida às entidades prejudicadas pelo ato, se dêste não houver quem auctore os benefícios.

Já para o segundo, ou seja, para o substitutivo Bilac Pinto, outro é o sujeito passivo da ação popular constitucional, que será intentada “contra a autoridade, funcionário, diretor, gerente ou membro de órgão colegiado que houver praticado, autorizado ou ratificado o ato lesivo ou dado oportunidade à lesão, pela sua omissão” (art. 4.º). Quanto aos beneficiários do ato, só serão citados para integrar a contestação, segundo se dispõe na oração final do mesmo artigo. E quanto às entidades, às quais o ato se deva atribuir, o que se lhes permite é, apenas, que intervenham no processo como assistentes (art. 5.º), advertidas de que, se o não fizerem, serão substituídas nêle, para todos os efeitos, pelo autor da ação popular (parágrafo único do art. 5.º).

Como se vê, projeto e substitutivo relegam para plano secundário, no processo, as entidades de direito público e as sociedades de economia mista em nome das quais se haja praticado a ação ou omissão que se arguem de lesivas dos respectivos patrimônios, solução que o primeiro procura corrigir fazendo-as ouvir no curso do processo, ao passo que o segundo pretende remediá-la admitindo-as a uma intervenção que as regras gerais de processo costumam reservar a terceiros (real ou aparentemente).

Ora, ou muito nos enganamos, ou isso, *data venia*, não está certo.

A ação popular se destina — todos o sabem — a obter a anulação ou a declaração de nulidade dos atos lesivos dos patrimônios das referidas pessoas de direito público (União, Estados, Municípios e entidades autárquicas) e das sociedades de economia mista. E êsse resultado — ocioso será explicá-lo — somente poderá conseguir-se em processo em que fique assegurado o contraditório regular dessas mesmas pessoas e entidades, a que tais atos se atribuem. Elas, e não outras, são, pela natureza mesma da ação popular constitucional, os sujeitos passivos naturais da referida ação.

Como, por exemplo, anular-se uma alienação, irregular ou fraudulenta, de bens da União, ou de algum Estado, ou Município, senão assegurando-se, no processo, à pessoa de direito público a quem a aliena-

ção se atribua, a posição daquele de quem se pede alguma coisa? Como, noutra exemplo, anular-se um contrato em que sejam partes a União, os Estados, os Municípios, ou ainda entidades autárquicas ou sociedades de economia mista, sem que se lhes dê oportunidade de contestar, ou confessar o pedido como partes principais na ação? E os exemplos se multiplicariam ao infinito, reclamado sempre o contraditório regular da pessoa de direito público ou da sociedade de economia mista, com as quais se relacione o ato que se pretenda lesivo dos respectivos patrimônios.

Nem se argumente com a necessidade de ser também citado, para a ação, o beneficiário direto do ato lesivo, como se dá, por exemplo, na ação revocatória ou pauliana. Essa citação, será, por certo, necessária, mas o será para que a sentença o abranja nos seus efeitos, de sorte a obrigá-lo à renúncia ou à restituição de quaisquer vantagens, que illicitamente tenha auferido, ou ainda pretenda colhêr. A posição de tais beneficiários será, portanto, a de litisconsortes necessários pela comunhão de interesses no objeto do litígio e nunca a de parte primeira, ao ponto de relegar o verdadeiro réu para plano secundário, como se pretende com os questionados dispositivos.

Nem se pretenda, por outro lado, que a ação deva ser intentada — “contra a autoridade, funcionário, diretor, gerente ou membro de órgão colegiado que houver praticado, autorizado ou ratificado o ato lesivo, ou dado oportunidade à lesão por omissão sua”, como se quer no art. 4.º do substitutivo. Tôdas essas pessoas — autoridade, funcionário, diretor, gerente, ou membro de órgão colegiado — terão agido, necessariamente como *representantes* da União, Estados, Municípios, entidades autárquicas ou sociedades de economia mista, não se justificando, pois, chamá-las a juízo como sujeitos passivos da ação, mas apenas o serem citadas como responsáveis eventuais pelo dano sofrido pelas entidades ou instituições que representem, entidades ou instituições que conservariam, assim, direito regressivo contra elas. Situação que se enquadraria, assim, na figura geral do litisconsórcio necessário entre a Fazenda e seus servidores em quaisquer ações movidas contra esta, ações em que é ré a Fazenda, e nunca o agente imediato da ação ou omissão que haja motivado o processo.

Nem se argumente, por fim, que, em se propondo o autor popular a defender interesses da Fazenda, não possa agir *contra* a mesma Fazenda, cujos interesses intenta proteger. Essa mesma objeção, já a vimos formulada com grandes visos de procedência pelo advogado paulista Messias Junqueira, em ação movida contra o Estado pelo presidente do Centro Acadêmico Onze de Agosto, visando à anulação de ato da Assembléia Legislativa que irregularmente teria aumentado os subsídios de seus próprios componentes. Pretendia, então, aquêl illustre causídico, que o autor oculto, mas real, da ação popular constitucional seria precisamente a comunidade política prejudicada pelo ato que se dizia lesivo; e que, assim, não poderia essa mesma comunidade política — no caso o Estado de São Paulo — figurar como ré na referida ação. Seria isso — argumentava S. S. — atribuirem-se-lhe as posições opostas, de autor e réu ao mesmo tempo.

A objeção, já o dissemos, tem grandes visos de procedência. Só convencerá, entretanto, os que se deixem seduzir pelas aparências, que realmente mostram o autor popular como alguém que esteja a *representar* a pessoa jurídica de direito público ou a sociedade de economia mista, cujo patrimônio esteja a defender. Na realidade, porém, não se configura semelhante *representação*, mas procedimento do autor popular *em nome próprio*, uma vez que um seu interesse, coincidente embora com o da entidade ou comunidade posta em causa, é que o leva a ingressar em juízo, mediante a ação popular.

As ações populares, aliás, ou são *supletivas* ou *corretivas*. Nas primeiras, realmente age o autor popular como que em lugar do poder público, para lhe suprir a inércia, *representando-o*. Já nas segundas, porém, o objetivo a que ele se propõe é antes de *correção* de mal já consumado, razão pela qual não é possível pensar-se em representação do poder público pelo autor popular, mas em ação dêste *contra* o poder público. E, no caso que nos ocupa, da ação popular constitucional, ou da ação de que dispõe qualquer cidadão para obter a anulação ou a declaração de nulidade de ato lesivo do patrimônio público, não é possível duvidar-se do caráter corretivo da ação, nem, portanto, do interesse próprio do autor popular, capaz de autorizá-lo a trazer a juízo a pessoa de direito público prejudicada, ainda que esta se conforme com o suposto prejuízo, ou se recuse a reconhecer vicioso o ato impugnado.

Substituição processual, portanto — e não apenas representação — é o que se passa na ação popular do inciso 38 do artigo 141 da Constituição, eminentemente *corretiva*, e não apenas supletiva, como à primeira vista poderia parecer. E na ação popular *corretiva* — quem o diz é o insigne Chiovenda — “*Há um direito de que o autor é sujeito e do qual não tem apenas o exercício*”, como acontece na ação meramente *supletiva*, onde o que existe é representação e não substituição.<sup>17</sup>

Veja-se, aliás, o número 17 do nosso *Ensaio sobre as ações populares*, onde aludimos à necessidade de bem se definir a natureza do interesse do autor popular, admitindo que êsse mesmo interesse ora se mostre *dependente* do que se faz valer pela ação, oferecendo oportunidade, então, à *representação* da coletividade pelo autor popular, ora se mostre apenas *coincidente* com o interesse coletivo, dando ensejo, desta vez, a verdadeira *substituição* processual, com tôdas as consequências daí derivadas, entre outras a de agir o autor popular por direito próprio, como verdadeiro titular do direito de ação.

Entendemos, pois, e em resumo, que a ação popular constitucional há que ser intentada contra a União, Estado, Município, entidade autárquica ou sociedade de economia mista cujo patrimônio tiver sido prejudicado por ato ou omissão viciosa de qualquer dos seus representantes, e que êstes, os seus representantes, é que serão chamados a juízo como litisconsortes necessários, qualidade que terão, também, os beneficiários diretos do ato ou omissão lesiva, os primeiros para responderem pelo que irregularmente tiverem feito ou omitido, e os se-

---

<sup>17</sup> *Instituições de Direito Processual Civil*, trad. da 2.<sup>a</sup> ed. italiana, v. 3.<sup>o</sup> — § 35, n. 6 — p. 351.

gundos, para suportarem as conseqüências do julgado, se reconhecida a procedência da ação. Se estamos ou não com a boa doutrina, melhor dirão os elaboradores do projeto e do substitutivo, que conhecedores, como nós, das dificuldades do problema em equação, poderão chegar a conclusões definitivas, como poderão, também, relevar-nos a ousadia dêste dissídio, se o tiverem, como é possível, por infundado.

14. As demais disposições de ambos os projetos, umas pelo acêrto das soluções propostas, outras pela excelência da redação preferida, mereceriam, tôdas, estudo semelhante ao que acaba de ser empreendido em relação a algumas.

Mas a premência de tempo e sobretudo o receio de alongar em demasia êste trabalho nos obrigam a limitar ainda mais as nossas considerações, para dizermos, em síntese, o seguinte:

1.º que sobrelevam de interêsse as disposições dos ns. I e II do parágrafo único do artigo 4.º do substitutivo, que mandam intentar a ação, também, contra os autores de pareceres ou de votos que hajam contribuído para a realização do ato lesivo. E a razão é simples: assegurarão, desde logo, à pessoa jurídica de direito público ou à sociedade de economia mista prejudicadas nos seus patrimônios a possibilidade de logo se comporem de seus prejuízos, havendo-os dos referidos responsáveis;

2.º que acertadas nos parecem as regras de competência traçadas no artigo 9.º do substitutivo, bem como as dos artigos 11, 12 e 13: — a primeira, a permitir ao juiz a sustação da execução do ato quando haja prova bastante do vício e da lesividade argüidas e se verifique a possibilidade de, pela demora, se tornar inócua a sentença ou difícil a restauração do estado de coisas anterior; e as duas outras, a admitirem o autor popular a invocar, desde logo, proteção possessória ou de preceito, sempre que concorram os requisitos dos interditos possessórios, ou da ação chamada cominatória. É possível que essas disposições se afigurem, à primeira vista, perigosas, mas representarão indiscutível progresso no sentido de mais eficiente proteção ao patrimônio público, tendo, afinal, por si, a incontestável generalidade do preceito constitucional, que não se limitou a instituir uma ação, mas erigiu em garantia constitucional um grande princípio, do qual a legislação processual deverá tirar tôdas as conseqüências;

3.º que acertada nos parece, também, a obrigatória audiência do Ministério Público com a largueza de movimentos que lhe é propiciada pelo artigo 16, como acertada se nos afigura a proibição que se lhe impõe, de assumir a defesa do ato impugnado, ou de seu autor;

4.º que acertadas nos parecem, ainda, as regras dos artigos 20 e 21 quanto à eficácia da sentença proferida na ação popular e quanto à possibilidade de ser esta renovada com idêntico objetivo por outro qualquer cidadão, uma vez que se proponha a produzir outras e novas provas.;

5.º que é de se dizer o mesmo das disposições concernentes aos recursos, inclusive da que impõe ao juiz a obrigação de recorrer *ex-officio* sempre que conclua pela improcedência da ação.

Algumas palavras, em especial, sobre êste recurso. Não está por êle o eminente Juiz José Frederico Marques, que o quisera abolido do nosso Direito, louvando-se, para tanto, na autoridade do Professor Alfredo Buzaid, que lhe propôs a extirpação do Código de Processo Civil, “onde figura como remédio de terapêutica negativa, cuja manutenção nem a história, nem a ciência poderiam justificar”.<sup>18</sup>

Mas o Professor Alfredo Buzaid, a cuja inteligência e cultura sempre rendemos as nossas melhores homenagens, partiu do pressuposto de que a tutela da ordem pública está, entre nós, suficientemente assegurada pela ação do Ministério Público e dos representantes da Fazenda; argumento êsse que, se pudesse ser invocado em relação à ação popular, conduziria nem só à supressão do recurso *ex-officio*, mas à abolição do próprio remédio constitucional, que se inspira, exatamente, no pressuposto contrário, qual o da útil colaboração dos particulares na defesa judicial do bem público.

15. Duas palavras, afinal, de ligeira apreciação do substitutivo na sua necessária correspondência com o fim a que se propõe e que outro não pode ser senão estimular e facilitar o exercício da ação popular, em boa hora estabelecida pelo estatuto fundamental da República. Ação, aliás, que em poucos anos de incipiente aplicação, já vai ocupando lugar de relêvo nos nossos repertórios forenses.

Também sob êsse aspecto, julgamo-lo plenamente satisfatório. Acreditamos, mesmo, que muito se aproxime a disciplina por êle traçada daquilo que se deva reputar o ideal em tão delicado assunto, e que consiste, na exata lição de Umbero Borsi, em procurar o legislador os mais prováveis fatores de coincidência entre os interesses da coletividade e os do autor popular, para nêles assentar as regras processuais que se proponha a editar. E isso, claro está, fazendo-o com as cautelas necessárias a que não surjam facilidades que possam degenerar em abusos, nem repontem demasias de disciplina, que lhe venham a emperrar o mecanismo, tornando-o pouco utilizável (v. nosso *Ensaio*, n.º 21).

16. São essas, numa apreciação rápida e desprentensiosa, por isso mesmo imperfeita e incompleta, as nossas impressões do que possa e deva ser a disciplina da ação popular constitucional. Disciplina que, levada mais adiante, permitiria, também, marcar-se ao exercício da referida ação prazo prescricional próprio, como fôsse, por exemplo, o de dois anos, tôdas as vêzes que o ato lesivo tivesse sido cercado de publicidade suficiente a levá-lo ao conhecimento de todos. Verificada a hipótese contrária, de ato sem publicidade, ou clandestino, o prazo seria o de quatro anos, das letras *a* e *b* do n.º V do § 4.º do art. 178 do Código Civil, aplicável às ações anulatórias dos atos jurídicos em geral. Não o de cinco anos, do n.º VI do § 9.º aplicável às ações movidas *contra* a Fazenda Pública, Federal, Estadual ou Municipal, pois a ação popular constitucional não é ação *contra* a Fazenda, no sentido em que a expressão ali vem empregada. Seu objetivo, com efeito, não

---

18 *Da apelação ex-officio*, Saraiva, 1951, “conclusões”.

é o de obter da Fazenda Pública qualquer prestação, mas sim o de favorecer-lhe o patrimônio.

Razão principal dêsse mais curto prazo, aqui sugerido: o interesse do cidadão pela defesa da coisa pública deve surgir e manifestar-se tanto que tem conhecimento do ato lesivo, não se compreendendo, por outro lado, que os atos administrativos revestidos de publicidade permaneçam longo tempo sob a ameaça de invalidação por iniciativa de qualquer do povo. Há necessidade, parece-nos, de se conciliarem aqui os interesses do cidadão com os da própria administração pública.

17. Impossível, enfim, o encerramento dêste estudo sem que se peça a atenção de todos para a mais importante consequência de quanto se dispõe no § 38 do art. 141 da Constituição, e que não é — parece-nos — a de ter êle facultado a qualquer cidadão o exercício da ação popular, mas é, isto sim, a de ter profundamente inovado em matéria de contraste judicial dos atos administrativos.

Até aqui, com efeito, não era dado aos nossos juizes, no julgamento de qualquer ação, dizer do mérito dos atos administrativos, examinando-os sob os aspectos de conveniência ou moralidade. Agora, chamados a julgar se o ato impugnado é, ou não, lesivo do patrimônio público, não vemos como possam evitar aquêle mesmo pronunciamento, devendo apreciar, assim, a conveniência e a própria moralidade do ato.

Di-lo, aliás, o já citado Seabra Fagundes, no belo estudo a que fizemos referência, estudo que conclui qualificando de “auspiciosa” a possibilidade que assim se abre ao Poder Judiciário, de também intervir na boa gestão do patrimônio público, fiscalizando-a.<sup>19</sup> Intervenção essa que, ao nosso ver, se não fôr exercida com decisão e firmeza, tornará ocioso o próprio princípio constitucional, por melhor que seja a disciplina que se lhe trace.

---

19 *Revista de Direito Administrativo*, v. VI, p. 19.

## AS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

WALTER T. ÁLVARES

SUMÁRIO: *Noção jurídica e espécies. Criação espontânea e por via legal. Participação de Municípios. Iniciativa de constituição da empresa. Capitais e administração. Elementos característicos da companhia mista. Linha de evolução. A sociedade comercial pública.*

1. A sociedade de economia mista, em plena floração no Brasil, começa a declinar na Europa e nos Estados Unidos antes de ter alcançado no campo do direito a sua devida configuração ou conceituação jurídica.

Realmente, Fleiner não hesita em ensinar que a expressão sociedade de economia mista não designa noção jurídica alguma, porém, somente indica que o capital privado e os fundos públicos reuniram-se a fim de contribuir para a exploração de uma empresa econômica: — “cette expression (gemischt — wirtschaftliche Unternehmung) ne désigne pas une notion juridique” (Fleiner, *Droit Administratif Allemand*, pág. 82).

2. Ripert não se afasta substancialmente do ponto de vista de Fleiner, quando observa que se torna necessário recorrer à lei sempre que se deseja criar este tipo de sociedade. Distingue, então, duas grandes classes de leis com esse objetivo: — umas determinando que na sociedade a ser constituída o Estado será acionista ou administrador, ou os dois ao mesmo tempo; e outras criando sociedades de tipo especial, com tantas particularidades que cada sociedade torna-se única em seu gênero (Ripert, *Traité Élémentaire de Droit Commercial*, n.º 1.500, pág. 588).

O eminente mestre, em outro trabalho, adianta que as sociedades de economia mista foram criadas ao sabor das circunstâncias, representando no fundo, uma socialização disfarçada (Ripert, *Regime Democrático e o Direito Civil Moderno*, pág. 268), ao associar capitais públicos e privados em “um desejo tímido de socialização conciliadora” (Ripert, *Aspecto Jurídico do Capitalismo Moderno*, pág. 54), mas de

maneira a perturbar a vida das sociedades comerciais: — “l’État justifie son intervention en faisant apport à la société. Mais sa seule présence suffit à bouleverser les règles des sociétés”, (Ripert, *Le déclin du droit*, pág. 59).

3. Neste mesmo diapasão também Miranda Valverde aborda o problema, quando escreve que as pessoas jurídicas de direito público podem figurar como subscritoras e as companhias assim constituídas denominam-se sociedades de economia mista “e contêm, nos seus estatutos, comumente, disposições aberrantes das regras que governam as sociedades anônimas” (Miranda Valverde, *Sociedades por ações*, I, n.º 223).

E Valdemar chega a fazer ironia: — “Essa curiosa associação do Estado com os indivíduos, com o objetivo de industrialização dos serviços e explorações industriais daquele, efetiva-se sob a forma das sociedades mercantis, em regra sociedades por ações. Organizam-se como estas. Funcionam regularmente, com os órgãos estruturais da anônima. Diretoria. Assembléia geral. Conselho Fiscal. Essa regularidade, entretanto, é mais aparente que real. Acionista preponderante, o Estado nelas intervém tomando para si a parte do leão... O Estado nelas se movimenta por via de dispositivos legislativos especialíssimos” (Valdemar Ferreira, *Compêndio de Sociedades Mercantis*, III, § 172).

4. Estas sociedades poderão apresentar as variações seguintes: capital público majoritário ou minoritário ou igual à participação privada, acionistas só entidades públicas ou acionistas particulares e públicos. Arena e Rava denominam mesmo por “azionariato misto vero e próprio”, quando se reúnem capitais públicos a particulares, e “azionariato misto impróprio” quando a colaboração é feita somente entre o Estado e outras entidades públicas (Cfr. Arena, *Le società commerciale pubbliche*, pág. 20-21).

Raymond Racine ainda distingue entre as sociedades de economia mista de formação espontânea (participação pública majoritária, ou minoritária ou igual à participação privada) e as sociedades de economia mista instituídas por decreto, com participação pública majoritária ou minoritária (R. Racine, *Au service des nationalisations, l’entreprise privée*, pág. 13-19).

## II

5. A participação dos municípios, na constituição de sociedades de economia mista, não apresenta dificuldade, de vez que são pessoas jurídicas de direito público (C. C., art. 14, III) e nesta qualidade os seus capitais associam-se aos de particulares, satisfeitas as exigências peculiares para aplicação de fundos públicos.

No Brasil, neste âmbito, Arruda Viana refere-se expressamente a companhias mistas municipais, ao comentar a lei paulista de organização municipal (*O Município e sua lei orgânica*, pág. 260) e Cristiano Martins da Silva, comentando a lei mineira de organização municipal, não hesita em admitir que o município participe de sociedades de economia mista, e completa sua informação: — “Semelhante sistema,

quando utilizado, não tem produzido resultados satisfatórios, e a maioria das autoridades de direito administrativo tem procurado demonstrar os seus inconvenientes. As sociedades de economia mista constituem-se, via de regra, segundo o sistema das sociedades por ações. À entidade pública, na eventualidade de constituição de sociedade deste gênero, deve ser reservada a prerrogativa de aprovar ou vetar as suas decisões, ou pelo menos reter a maioria de votos em seu órgão deliberativo” (*Direito Público Municipal*, pág. 180).

6. Na Alemanha, a lei de organização municipal prevê mesmo a participação do município em emprêsas mistas, exigindo somente que fôsse limitada a responsabilidade da comuna, daí ser invariavelmente escolhida a forma da sociedade por ações ou da sociedade por responsabilidade limitada (Althaus, *Das Recht der Gemeinden und Gemeindeverbände*, pág. 115).

Aliás, a própria constituição alemã de 1919 previa, no art. 156, a participação dos municípios bem como dos Estados (Länder) e do Reich, como participantes da administração (*Mitgesellschafter als Aktionar*), segundo a lição de Stien-Somlo (*Handbuch der Kommunalen Verfassungsrechts, in Preussen*, pág. 35).

Na Itália, também a participação do Estado ou de outras entidades públicas (altri enti pubblici) em uma sociedade por ações constitui a sociedade mista (società mista), prevista pelo próprio Código Civil (art. 2.458 e seguintes), ensina Rugiero (*Istituzioni di Diritto Privato*, II, 330).

Na França, a comuna pode ser acionista, desde que tenha direito a ser representada no Conselho de administração da sociedade organizada (M. Felix, *L'activité économique de la commune*, II, 72).

Na Suíça, desde a primeira grande guerra, acentuou-se a tendência para a participação de pessoa jurídica de direito público, sob a forma de sociedades de economia mista, na exploração da indústria de energia elétrica, e são inumeráveis os exemplos oferecidos por comunas suíças ainda que os cantões fôsem de início os maiores interessados (Girtanner, *Verstaatlichung oder aktive Gemeinschaftlenkung der et passim*).

7. No México a situação difere um pouco, pois a lei sobre emprêsas de participação estatal, como a legislação mexicana denomina as sociedades de economia mista, prevê somente a participação do Governo federal, em quatro distintas hipóteses (Gabino Fraga, *Derecho Administrativo*, 404-405) e nos Estados Unidos a corrida tem sido para as sociedades comerciais públicas, as “government corporations”, mas, quando se caracteriza uma sociedade de economia mista, tem sido sempre mediante participação do Governo federal.

É o que se depreende dos ensinamentos de Hall, quando informa que a segunda guerra mundial testemunhou um outro extraordinário desenvolvimento, em número e em importância, das “federal government corporations” (Hall, *Government and Business*, pág. 526).

E no caso da participação do Governo federal ao lado do capital privado, dizia: — “at the cost of more than \$15.000.000.000,00 the United States Government through the RFC and other governmental

agencies built and owned at least in part more than 2.800 plants for the production of war materials, including airplanes, iron and steel products, machine tools, radios, aluminum, ships, ordinance equipment and many others products. *Although the government owned all or part of these plants, the greater number were privately operated*" (Idem, pág. 296).

8. Os Estados da União americana podem possuir e operar com emprêsas destinadas a serviços de utilidade pública, ou qualquer outra atividade comercial, segundo jurisprudência da Suprema Côrte, enquanto que os municípios ficam a depender das constituições ou leis estaduais, quer através de autorização expressa ou implícita que poderá lhes dar competência de criar e organizar emprêsas municipais como expõem Jones e Bigham (*Principles of Public Utilitites*, págs. 715-716, 719).

Em livro recente Ernest Steel é igualmente expresso: — "All states now allow municipal ownership and operation of most utilitites" (*Municipal affairs*, pág. 263).

Mas, tanto o Estado, como os municípios não escolhem a forma da economia mista, antes preferindo o contrôle total, como ensina o clássico John Bauer: — "Under presents conditions, a municipal plant is usually owned directly by the Municipality and is operated by a special department or comission. *Like organization mostly applies to states or other government units*". (*The Electric Power Industry*, pág. 332).

No mesmo sentido informa Steel, op. cit. 238.

### III

9. A participação de capitais públicos e privados, exclusivamente, não tem sido considerada bastante para caracterizar a sociedade de economia mista, e o elemento administração tem sido sempre discutido.

A famosa definição de Passow, no seu "*Die gemischt privaten und offentlichen Unternehmungen*", punha em destaque a participação de capital público e privado ao lado da participação particular e da entidade pública na administração, inclusive de parte de municipalidades: "Unter gemischt privaten und offentlichen Unternehmungen werden solche Unternehmungen verstanden, bei denen das verantwortliche, das eigene *Unternehmungskapital* teils von *Privaten*, teils von *offentlichen Korperschaften* (*Insbesondere Stadten und Kreisen*) aufgebracht ist, und bei denen auch *die oberste Leitung des Betriebes* auf Grund des gemeinschaftlichen Eigentums von *Privaten* und *offentlichen Korperschaften* gemeinsam augeubt wird".

Assim, Passow admite como tranquila, baseado na lei e na doutrina alemã, a participação municipal, mas entende que devem estar presentes as entidades públicas na parte do capital e na parte de administração, como a definição citada consigna.

Não se afasta, substancialmente, do conceito de Passow, o oferecido por Temístocles Cavalcânti, como se constatará da seguinte trans-

crição: “A sociedade de economia mista é aquela em que se verifica sob uma estrutura de direito privado a *participação financeira de uma pessoa pública e dos particulares, regendo-se* por normas especiais e organizada a sua administração de forma a conciliar os interesses econômicos dos sócios com o interesse público, representado este pela *participação da pessoa de direito público na constituição do capital da empresa e na sua administração*” (*Tratado de Direito Administrativo*, IV, 336).

10. A participação da pessoa jurídica de direito público na administração da sociedade tem sido pacificamente admitida por toda parte.

Assim expõem Ripert, como já se mostrou no início deste trabalho, Passow, Pirou, Roger Bonnard, Stier-Somlo, Maurice Felix, Temistocles Cavalcânti, Miranda Valverde e Ruggiero chega mesmo a falar da possibilidade de administradores até sem participação do capital: — “Quando in una società per azioni hanno partecipazione lo Stato o altri enti pubblici l’atto costitutivo può conferire ad essi la facoltà di nominare uno o piu amministratore o sindaci. *Ciò può avvenire anche in mancanza di partecipazione azionaria* (Ruggiero, *Istituzioni di Diritto Privato*, II, 330).

No mesmo sentido expõe Zanobini (*Corso di Diritto Amministrativo*, V, 231), e Fleiner também ensina que em virtude do Estado ou município participarem do capital, tornam-se membros da sociedade e exercem influência sobre a gestão da mesma (Fleiner, *Op. cit.*, 83).

Henri Zahlen, no seu famoso livro “*De l’État*”, igualmente insiste neste particular de “*Sociétés Commerciales avec Participation*”, de participação na administração: — “*Une entreprise de la direction de laquelle participent des personnes publiques, qui ont en vue l’interêt de la communauté et des personnes privées, qui ont en vue leur intérêt particulier*”.

11. No Brasil, não resta a menor dúvida, na doutrina, de que as sociedades de economia mista nascem da vontade do Estado e não da iniciativa particular, como observa Oscar Saraiva (art. in *Rev. Forense*, 100-234), e Arnold Wold registra que a administração das sociedades de economia mista é regulada pela lei que cria a empresa. (Art. in *Revista do Serviço Público*, Agosto, 1953, pág. 50).

Também o prof. Vicente Rao ensina que o Estado, ao participar das chamadas sociedades de economia mista, sempre o faz criando para si, por lei ou contrato, uma situação especial, impondo diretrizes ou participando, predominantemente, de sua direção, o que confere a estas sociedades, embora formalmente sujeitas às leis do direito privado, uma natureza peculiar, resultante da circunstância de executarem fins ou serviços administrativos, ou estatais” (Vicente Rao, *O Direito e a Vida dos Direitos*, I, 361).

E o eminente Miranda Valverde igualmente esclarece que no Brasil as sociedades de economia mista têm sido criadas por leis especiais, com derrogações do direito comum a fim de assegurar ao Estado o controle da administração (art. in *Rev. Forense*, 102-419).

Enquanto isso, o ilustrado consultor geral da República, Carlos Meireiros Silva, sustenta o cunho privado das sociedades de economia mista,

de tal maneira que, qualquer desvio das normas legais peculiares às sociedades de natureza mercantil deve resultar de texto expresso de lei (Parecer *in Rev. Forense*, 145-100), ainda que reconheça que as sociedades de economia mista, como as autarquias, nascem da vontade estatal (Parecer *in Revista do Serviço Público*, Outubro, 1953, pág. 114).

Ora, justamente estas leis de constituição de empresas mistas, têm sido quase regra geral na criação destas sociedades, importando que “não será admissível aplicar os textos da lei das sociedades por ações em pontos resolvidos pela lei de autorização” (Parecer de Seabra Fagundes *in Rev. Forense*, 146-87).

Tôda esta exposição doutrinária decorre da circunstância de não existir entre nós contribuição legislativa a respeito da forma e estrutura das sociedades de economia mista.

12. Há, todavia, no particular de legislação sôbre sociedades de economia mista, uma consideração especial no caso de participação da União na constituição dos órgãos da administração dessas sociedades, quando a lei chega mesmo a prever derrogação de artigos do diploma relativo às sociedades por ações, como se verifica do Decreto-lei n.º 2.923, de 1940, que exclui a aplicação obrigatória do art. 127, I e 130 do Decreto-lei n.º 2.627 também de 1940, cujos dispositivos serão regulados pelos próprios estatutos.

Assim, o exame dos livros, papéis da sociedade, estado da caixa, e as reservas legais deduzidas dos lucros líquidos, serão livremente fixados pelos estatutos, nas sociedades de economia mista nas quais a União interfira diretamente em sua administração.

#### IV

13. A sociedade de economia mista, portanto, deve contar com o capital de entidades públicas e a participação destas em sua administração, sendo, em geral, muito comum estar ligada a atividades próprias da pessoa jurídica de direito público que tomou a iniciativa de sua organização.

Em voto vencedor, na reclamação n.º 96, junto ao Supremo Tribunal Federal, o ministro Goulart de Oliveira afirmava: “No que concerne às sociedades de economia mista, justa a ponderação de que, regidas embora, em suas linhas mestras, pela legislação federal, pressupõem, para sua existência e funcionamento, a iniciativa estadual, desde que ligadas as suas atividades aos serviços do Estado” (*Rev. Forense*, 125-132).

O S. T. F., portanto, neste acórdão, inclina-se para a orientação doutrinária de que para a existência da sociedade de economia mista torna-se necessária a iniciativa da pessoa jurídica de direito público em campo de sua atividade. Sem esta iniciativa da entidade pública não se caracteriza a empresa de economia mista.

14. Nesta altura já se pode ir tirando as seguintes conclusões, para que se caracterize uma sociedade de economia mista:

- a) iniciativa de pessoa jurídica de direito público;
- b) participação da entidade pública na administração, mediante nomeação de representante ou através do contrôlê direto da maioria das ações, ou as duas hipóteses simultâneamente;
- c) ligação em geral a um serviço público;
- d) participação do capital público;
- e) participação do capital privado.

Êstes elementos aplicam-se tanto para a União, para os Estados, como para os municípios. De sorte que, se a iniciativa fôr do Estado, participando o mesmo da administração, e no caso de eventual participação de municipalidades com capital, sem participar da administração, resultará que, ao se afastar o Estado, desaparecerá a sociedade de economia mista, ainda que as municipalidades permaneçam com o seu capital.

Igualmente, em uma sociedade de economia mista de iniciativa municipal, com representantes do município na direção da empresa, e com quota de capital do Estado, desde que o município se retire da empresa, a sociedade deixará de ser de economia mista, ainda continuando a quota do Estado, porém afastado da administração, ou não possuindo seu contrôlê por meio de maioria de ações.

15. Uma sociedade de economia mista será federal, estadual ou municipal, de acôrdo com a preponderância de cada uma destas entidades na formação do capital e na participação da administração. Será municipal, mesmo havendo capital estadual ou federal, se o município tiver o contrôlê da administração e a maioria das ações, e o mesmo critério deverá ser aplicado quanto ao Estado e à União.

O afastamento da entidade pública responsável pela iniciativa de criação da empresa mista importará em que desapareça o seu capital e o seu contrôlê da administração, assim descaracterizando a sociedade de economia mista. Caso participem outras entidades públicas, desde que as mesmas não tenham representantes na administração e nem o contrôlê da maioria das ações, torna-se clara a inexistência da empresa mista.

Assim, caso o Estado se retire e os municípios não tenham participação na administração e nem o seu contrôlê, em uma sociedade de economia mista de iniciativa estadual, esta empresa terá perdido a característica de uma sociedade de economia mista.

No caso de participação minoritária da entidade pública na formação do capital, nada impede que a lei de autorização da empresa mista estabeleça a participação obrigatória de representantes das entidades públicas, ou ao menos daquela que teve a iniciativa da constituição da empresa, na sua administração. Ora, neste caso, a ausência da entidade pública na administração, também descaracteriza a companhia mista.

## V

16. A conclusão inevitável da análise realizada é de que, apesar de funcionar sob a égide do direito privado, e de expressamente desejar

ser uma entidade privada, a sociedade de economia mista lógica e inevitavelmente coloca-se em zona de tangenciamento dos domínios do direito público e privado.

E Raymond Racine ainda vai além, quando abertamente as coloca na órbita do direito público: — “Dans la mesure où, sur la base de ce qui précède, de telles sociétés remplissent les conditions que requiert un service public, à savoir: 1.<sup>o</sup> — organisation suppléant à l’insuffisance de l’initiative privée; 2.<sup>o</sup> emploi éventuel de prérogatives de l’autorité publique; 3.<sup>o</sup> satisfaction régulière et continue d’un besoin collectif, primant *ipso facto* les dispositions du droit privé dont relèvent les sociétés commerciales, la société d’économie mixte appartient bien au domaine du droit public”. (R. Racine, op. cit., 23).

17. Estas considerações de Raymond Racine são confirmadas por aresto do Tribunal Federal suíço quanto a uma sociedade de economia mista que explorava uma ferrovia: — “En sa qualité de société anonyme, la défenderesse, à savoir l’exploitation d’un chemin de fer, n’est pas une entreprise de droit privé ordinaire, elle a, au contraire, dans une très large mesure le caractère d’une entreprise publique” (*Apud* Racine, loc. cit.).

E Racine informa que êste acórdão fêz jurisprudência para tôdas as sociedades comerciais públicas ou semi-públicas que exploram serviços públicos como as emprêsas de energia elétrica, de distribuição de água, de gás, etc. (ob. cit., 24).

18. Neste particular de serviço explorado pela entidade que teve a iniciativa de criação da sociedade de economia mista, não se deve deixar de repetir, porque também colhendo na espécie, a nosso ver, a observação do Prof. Darcy Bessone sôbre as autarquias, de que a circunstância de ser direta ou indireta a administração não lhe subtrai o caráter de administração pública (Darcy Bessone, *Contribuição ao Serviço Jurídico do Estado*, pág. 139).

Parece-nos que uma sociedade de economia mista explorando um serviço de utilidade pública está, na realidade, no exercício indireto de uma função pública, o que, todavia, não lhe subtrai o caráter de administração pública.

Êsse exercício indireto de funções públicas está bem delineado por Zanobini (*Corso di Diritto Amministrativo*, III, 301) e Buttgenbach demonstra com clareza que são elementos fundamentais da definição do serviço público: 1 — a iniciativa de criação, 2 — a direção do poder público (art. in *Rev. Serviço Público*, Julho, 1953, pág. 71).

Ora, a sociedade de economia mista resulta de iniciativa do poder público, que, regra geral, sôbre a mesma mantém contrôle satisfatório ou direção imediata.

19. Também no Brasil já se fazem ouvir opiniões no sentido de ser classificada a sociedade de economia mista como paraestatal, ainda que, segundo Rui de Souza, “nesse plano, tendo como pressupostos a definição legal e os característicos próprios, intrínsecos, as entidades paraestatais seriam organismos quase públicos, mas sujeitos, na carência de expresso texto legal, às normas de direito privado”, sem que se

confundam com o Estado (*Serviços do Estado e seu Regime Jurídico, in Jurisprudência Mineira*, vol. II, n. 5 e 6, pág. 791).

E Aliomar Baleeiro observa que as sociedades de economia mista estão submetidas quase ao regime de direito administrativo especial, “porque o governo é o seu maior acionista e também porque escolhe os seus diretores e lhes dá certas imunidades e regalias, colocando-as na zona de osmose entre o direito público e o direito privado”. (*Apud José Duarte, A Constituição Brasileira de 46*, II-63).

20. De grande importância, nesta direção, o fato da Constituição federal, no art. 141, § 38, estabelecer o seguinte: “Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e sociedades de economia mista”.

Ora, o parágrafo citado, como ensina Temístocles Cavalcânti, institui a ação popular, preceito de aplicação auto-executória (*Const. Federal Comentada*, III, 265) e se constitui circunstância de excepcional importância, para a caracterização das sociedades de economia mista, estarem as mesmas consignadas na Carta Magna e sob o alcance da fiscalização de qualquer do povo.

Trata-se de regra, a instituída pelo § 38, que possui tôda generalidade, orienta Pontes de Miranda, e o direito existente como seu conteúdo não pode ser limitado pelas Constituições estaduais (*Comentários à Constituição de 46*, III, 381).

21. Ripert dizia com muita propriedade que as sociedades de economia mista representam uma socialização disfarçada e tudo indica que a sua linha de evolução é a de completa absorção pelo Estado.

E no presente estas sociedades cedem terreno às sociedades comerciais públicas, assim caracterizadas por Arena: “surgem da vontade da lei, declaradas de direito público, capital pertencente a entidades públicas com responsabilidade de participantes só no limite da quota subscrita, sujeitas a contrôle ministerial, com representante do governo em sua administração e tendo os seus estatutos aprovados pelo poder público” (Arena, op. cit., pág. 38-39).

Ou a formulação oferecida por Bilac Pinto que denuncia “o declínio das sociedades de economia mista e advento das modernas emprêsas públicas”, “forma de emprêsa comercial, de propriedade e direção exclusivamente governamentais e com personalidade jurídica de direito privado” (Art. in *Rev. Forense*, 147-17).

Em ambos os casos, a sociedade de economia mista, que parecia ao Prof. Coppert, em 1924, um organismo providencial, oriundo não do desejo das entidades públicas de livrarem-se de uma carga pública, mas resultando de duas forças provenientes de tendências que vão uma ao encontro da outra, sem conflito, para realizarem conjuntamente (Heinrich Coppert, *Staat und Wirtschaft*, 17), terá chegado ao apogeu, e, na linha de sua última consequência, abre caminho a novas formas de intervenção do Estado no domínio econômico, como, aliás, revelam as centenas de “government corporations”, de capital estatal, que proliferam nos Estados Unidos.

## O PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO

RUI BARBOSA NOGUEIRA

Prof. na Faculdade de Direito da  
Universidade Católica de São Paulo

SUMÁRIO: *Obrigações legais. O lançamento. Reclamação. Auto de infração. Representação e Denúncia. Defesa. Recurso voluntário. Pedido de reconsideração. Recurso hierárquico. A consulta fiscal. Instâncias administrativas. Fisco federal. Conselhos de Contribuintes e de Tarifas. Junta de ajuste de lucros. Junta Consultiva do Imposto de Consumo. Fisco estadual. Fisco Municipal. Conclusão.*

\* As obrigações tributárias, quer principais, quer acessórias, estão sempre previstas na lei, devendo em princípio ser normalmente exigidas ou cumpridas tanto pelo fisco como pelo contribuinte ou por aquelas pessoas a que a lei transfere ou incumbe essas obrigações. Assim, o fisco deve proceder aos lançamentos, à fiscalização e à arrecadação, como o contribuinte fazer as declarações, proceder aos auto-lançamentos e pagar todos os tributos devidos na forma e prazos legais.

Entretanto, por vários motivos, entre os quais a incerteza, a insolvabilidade, a impontualidade, enfim, mesmo por atos culposos ou dolosos, às vêzes deixa de ser cumprida a obrigação ou é cumprida de forma contrária à lei, ou incompletamente.

As diferentes hipóteses precisam então ser examinadas face à lei; para êsse fim existe o processo. O processo é a forma de exame das possíveis obrigações e, como elas, igualmente regulado por lei, e por isso mesmo a própria forma de proceder também constitui um direito assegurado às partes. Para que a solução não venha a ser errada ou resulte injustiça, a lei prevê um método, uma *certa ordem*. O processo fiscal é, pois, um ordenamento do modo de proceder, para que tanto a imposição, como a arrecadação e fiscalização sejam feitas na medida e na forma previstas na lei. Para que seja atingido o fim, é preciso empregar-se o meio. Para cumprir-se a lei substantiva, criadora da obrigação tributária, é necessária a lei adjetiva, criadora da forma de proceder.

---

\* Aula prelecionada na Faculdade de Direito da Universidade Católica de São Paulo.

Qual é a natureza jurídica das chamadas medidas de ordem, ou melhor, do processo tributário, se, afinal, o procedimento é uma questão de forma?

A solução está exatamente no problema da legitimidade do ato jurídico. Quando a forma fôr prescrita na lei, a não observância acarretará em princípio a nulidade do ato formal praticado (Código Civil, arts. 82, 129, 130 e 145, III). Devem, assim, as partes, fisco e contribuinte, obedecer à forma legal processual, e isto porque as partes têm um *direito público subjetivo* à legitimidade do ato jurídico.

Para certos atos processuais não essenciais, e para os quais a lei não prescreva forma especial, a lei prevê outras sanções, como por exemplo, a perda de faculdades (preclusão) ou então, mesmo, o remédio, como a possibilidade de serem sanados ou supridos.

O processo tributário, assim compreendida tôda forma de discussão, seja da obrigação principal, seja da obrigação acessória, pode-se desenvolver em duas ou uma só esfera: na administrativa e em seguida na judiciária ou apenas na judiciária.

O processo tributário, como vamos verificar, é, fundamentalmente, um processo de discussão de lançamento; por meio dêle se vai fazer o "acerto" ou o contrôle de legalidade da obrigação tributária, seja principal, seja acessória, ou ambas. Vejamos o procedimento na tela administrativa.

Quando estudamos o lançamento, tendo em vista o próprio grau de colaboração entre fisco e contribuinte, resumimos os lançamentos em três grupos: o primeiro do *lançamento direto ou de ofício* em que o fisco age por iniciativa própria; o segundo denominado *lançamento por declaração* em que o fisco recebe informações do contribuinte para efeito de operar o lançamento, e, finalmente, o chamado *auto-lançamento* em que o próprio contribuinte opera o lançamento e liquida o débito, sob o contrôle genérico de fiscalização. Pois bem: nos dois primeiros casos o fisco, após fazer o lançamento, expede ao contribuinte uma notificação ou aviso de lançamento. Se o contribuinte estiver de acôrdo com o lançamento e pagar no prazo assinado, estará extinta a obrigação. Se, porém, êle não concordar, poderá apresentar uma *reclamação*.

A reclamação é uma petição dirigida à autoridade administrativa lançadora, discordando do lançamento. Em matéria de impôsto lançado, a reclamação, na esfera federal, suspende o pagamento até ser resolvida a questão em primeira instância (Impôsto de Renda — parágrafo único do art. 155). Já para os tributos estaduais e municipais lançados, não tem efeito suspensivo da cobrança, vigora o chamado princípio do *solve et repete* — pague e depois reclame. Como exemplo, vejam-se no Estado de São Paulo, o Código de Impostos e Taxas, impôsto territorial rural, livro III, art. 31; Taxa do Serviço de Água e Esgôto, livro VII, art. 52. No Município de São Paulo, Decreto n.º 1.436, de 27-9-51 — Consolidação; impôsto territorial urbano, art. 32; impôsto de licença para funcionamento, art. 239; impôsto predial, art. 94; impôsto de indústrias e profissões, art. 161; impôsto de licença para publicidade, art. 387.

No caso dos impostos não lançados, ou melhor, de *auto-lançamento*, por meio de fiscalização, o fisco, constatando omissão ou mesmo infração formal, lavra um *auto de infração*, do qual deixa uma cópia ou uma intimação ao contribuinte e que corresponde ao aviso de lançamento. Ainda mesmo nos outros casos de lançamentos podem ainda ser constatadas ‘infrações fiscais’ e igualmente lavrado o auto de infração. O auto de infração nada mais é que um relatório da ocorrência que o agente presume constituir infração e materializa em um ato descritivo para levar ao conhecimento da autoridade julgadora e assim instaurar a instância.

Ao invés do auto de infração que é a forma mais geral, certas leis prevêm também a *representação*, que é uma outra forma de comunicação que o agente fiscal pode fazer. Ainda certas leis prevêm a possibilidade de particulares apresentarem *denúncia* de infrações fiscais.

No caso do auto de infração, lavrado por falta ou insuficiência do *auto-lançamento*, há como que uma transformação do *auto-lançamento* em *lançamento de ofício*. Nesse caso a iniciativa do lançamento passa para o fisco que inicia o processo para a discussão. O auto de infração instaura a instância e mesmo que o contribuinte concorde ou não se defenda, deve obrigatoriamente haver julgamento. Se o contribuinte não se defende, haverá, assim mesmo, julgamento à sua revelia, mas haverá julgamento, podendo até ser favorável ao contribuinte ou reconhecida nulidade de ofício. No município de São Paulo o Decreto n.º 1.436/51, diferentemente, ao invés de “auto de infração” institui “auto de multa” e se o contribuinte não se defende, só pela revelia é confirmada a multa e inscrita a dívida (art. 696). A nosso ver é uma forma drástica e de excessivo privilégio ao fisco e que subverte a função do agente fiscal, pois o auto deve ser apenas relatório suscetível sempre de julgamento a serviço da justiça e jamais transformado mecânicamente, só pela perda de um prazo, em dívida ou título executivo.

De posse da intimação, ou do auto de infração ou de multa, em que é descrito o fato imputável, capitulada a infração e assinado prazo, o contribuinte poderá apresentar sua defesa.

A defesa nada mais é que uma petição de réplica à acusação fiscal, isto é, contra a arguição do auto, dirigida à autoridade fiscal de primeira instância. Com a petição o contribuinte poderá juntar provas documentais. Para certos tributos que dependam de classificação de mercadorias como o aduaneiro e o imposto de consumo, poderá requerer análise do produto; poderá ainda requerer diligências, etc.

Como vimos, no caso das reclamações em geral já existe o lançamento e a cobrança não se suspende pela reclamação, com exceção do caso particular do imposto de renda. Diferentemente, nos casos de auto de infração ou de multa, a defesa em primeira instância suspende a executoriedade do ato, mesmo porque o auto é apenas uma presunção e não corporifica ainda um lançamento, êle constitui a fase inicial para a apreciação e julgamento do processo, do qual decorrerá ou não um lançamento.

Se a reclamação ou a defesa é julgada procedente, no todo ou em parte, as leis estabelecem em geral que sendo a redução ou cancela-

mento acima de uma certa quantia, exemplo Cr\$ 5.000,00, a autoridade de primeira instância recorrerá de ofício ao tribunal ou autoridade de segunda instância.

Poderá assim o órgão superior confirmar ou reformar a decisão de primeira instância. Se confirmar a solução favorável ao contribuinte, estará findo o processo administrativo. Se reformar, caberá um pedido do contribuinte, de que adiante falaremos.

Se a reclamação ou a defesa não é atendida no todo ou em parte pelo julgador de primeira instância, poderá o contribuinte apresentar *recurso voluntário*.

Este recurso consiste em uma petição de contestação à decisão recorrida, dirigida ao órgão fiscal de segunda instância, geralmente um tribunal ou conselho composto de membros representantes do fisco e do contribuinte, cujas organizações veremos mais adiante.

O recurso deve ser apresentado dentro de um prazo previsto em cada regulamento (geralmente de 20 a 30 dias os federais, 30 os estaduais e de 60 os municipais), e naqueles casos em que estêve suspensa a cobrança até primeira solução, o contribuinte terá agora, para recorrer, de *garantir a instância*, o que também é feito de acôrdo com o respectivo regulamento, mediante depósito da importância em litígio, prestação de fiança por terceiro, ou caução de títulos da dívida pública. Como dissemos, a garantia de instância é somente para os casos de tributos não lançados cuja primeira discussão tem efeito suspensivo, o único impôsto lançado que faz exceção é o impôsto de renda em que a lei estabelece a suspensão da cobrança até solução de reclamação ou defesa. Para o recurso, entretanto, a legislação do impôsto de renda exige que seja paga a quantia do lançamento não objeto de litígio, permitindo o depósito, fiança ou caução em relação à parte litigiosa (art. 158, § 1.º). Também para os processos de multas ocorre a necessidades de garantia da instância.

Com o recurso o contribuinte apresentará as provas documentais que possuir, podendo ainda comparecer à sessão de julgamento e produzir a sustentação oral de suas razões. Nesses órgãos mantém o fisco um representante ou advogado da Fazenda que também poderá defender oralmente a pretensão fiscal.

A decisão do órgão de segunda instância, se favorável ao contribuinte e unânime, termina a questão. Quando não unânime, poderá em geral o advogado representante da Fazenda, se entender a solução contra a prova dos autos ou contra a lei, recorrer, se federal, ao Ministro da Fazenda, se estadual, ao Secretário da Fazenda, se municipal há recurso de ofício ao Secretário das Finanças. Nestes casos pode o contribuinte contra-arrazoar.

Se a decisão fôr contrária ao contribuinte, há duas orientações. O Fisco estadual paulista, neste caso, dá por finda a instância administrativa, salvo se não fôr unânime ou ocorrer conflito de jurisprudência. Em caso de conflito de jurisprudência admite recurso de revisão. As demais legislações admitem, em qualquer caso, que o contribuinte apresente *pedido de reconsideração*.

Como o nome indica trata-se de um novo recurso ao mesmo órgão, pedindo para que reconsidere a decisão proferida. Em geral deve esse pedido apresentar argumento novo. Nesse sentido tem sido a jurisprudência. Não existe entretanto texto de lei que, para admitir o pedido de reconsideração, exija como pressuposto o argumento novo, como, por exemplo, dispõe expressamente a lei do Estatuto dos Funcionários Públicos Federais (*novos argumentos*, inciso II do art. 221 do Decreto-lei n.º 1.713, de 28-10-39).

No caso do *pedido de reconsideração* estar sendo apresentado contra acórdão resultante de recurso "*ex-officio*", é requisito, então, a garantia de instância, a qual não fôra feita porque o contribuinte é que havia ganho (Decreto-lei federal n.º 607, art. 15).

A decisão do pedido de reconsideração coloca ponto final no processo administrativo fiscal, salvo se houver recurso do representante da Fazenda, caso em que terminará administrativamente com a decisão do Ministro da Fazenda, Secretário da Fazenda ou Secretário das Finanças. Fala-se de um chamado *recurso hierárquico*, que poderá ser ainda apresentado ao Ministro da Fazenda, Secretário da Fazenda ou Secretário das Finanças ou mesmo ao Presidente da República, ao Governador do Estado ou ao Prefeito, conforme se trate respectivamente do fisco federal, estadual ou municipal. Mas o chamado *recurso hierárquico*, no caso, não é recurso normal ou de trâmite previsto, de sorte que não suspende a executoriedade do ato e apresentado no mesmo processo não é encaminhado; ele não pode mudar o trâmite legal do processo, o qual seguirá para o executivo. O chamado recurso hierárquico é apenas um *recurso de graça*, e, na prática, quando o contribuinte não tem outro meio, dirige-se então diretamente à autoridade hierárquica superior a qual poderá, facultativamente, avocar o processo, porém não constitui uma instância de trâmite normal, não obriga o órgão a que é dirigido, o qual poderá ou não admiti-lo baseado em seu poder hierárquico e faculdade de apreciação por equidade.

Sendo a tutela do direito uma das obrigações elementares do Estado, deve o indivíduo ter garantia à certeza do direito. A certeza, em última instância, a certeza conclusiva, só é dada pelo Poder Judiciário de que falaremos no ponto seguinte. Entretanto, encontrando-se o contribuinte face ao quadro legal de obrigações que lhe impõe a legislação tributária e cujo cumprimento lhe é exigido pelo fisco desde a via administrativa, deve, nessa mesma via, o fisco, que é, afinal, órgão do Estado, garantir-lhe, também, uma certeza administrativa de como deva agir nos casos em que tenha dúvida. Se por este lado, tem o contribuinte um verdadeiro direito subjetivo público à certeza, de outro lado o próprio fisco tem um verdadeiro interesse de política tributária nessa instrução, porque a falta de certeza do direito, como acentua Calamandrei, constitui potencial inobservância do mesmo, enquanto o restabelecimento da certeza do direito é, em si mesmo, uma garantia de sua observância.

Daí a legislação fiscal criar o *instituto da consulta*, cercá-lo de certas garantias e disciplinar o seu processo.

A *consulta* é uma petição que o contribuinte espontaneamente, dirige à autoridade fiscal competente, visando a estabelecer dúvida em face das possíveis obrigações fiscais. Com essa petição poderá juntar não só documentos, como amostras, pedir análises, diligências etc., enfim, tudo que entender necessário para esclarecimento do fato submetido a apreciação.

É em geral nos casos dos impostos de auto-lançamento e lançamento por declaração que ocorre maior número de dúvidas para o contribuinte, exatamente porque nesses a sua parte de iniciativa ou colaboração, enfim, de incumbências, é maior.

A consulta fiscal, como vimos, é, em geral, um direito de qualquer contribuinte; todavia muitos regulamentos a mencionam expressamente: regulamento do impôsto de consumo, § 1.º do art. 156; regulamento do impôsto do sêlo federal, art. 100; regulamento do impôsto de renda, art. 179.

O processo de consulta perante o fisco federal (exceto do impôsto de renda, que veremos adiante) se desenvolve, mais ou menos, como o do contencioso. A *petição* é apresentada à autoridade de primeira instância, a solução dessa, se favorável ao contribuinte, dispensando-o da obrigação fiscal, exige recurso *ex-officio* da autoridade prolatora à instância superior. Se contrária ao contribuinte, êste poderá apresentar *recurso voluntário* e não depende de garantia de instância. Esse recurso tem efeito suspensivo e devolutivo. Isto é, mesmo que a repartição tenha decidido pela obrigação, a apresentação do recurso suspende a obrigação. É verdade que existem uma ou duas decisões administrativas em contrário, mas não têm apoio em lei, nenhuma disposição legal existe restringindo os efeitos dêsse recurso; ao contrário, as próprias leis administrativas criaram o recurso sem exigência sequer de garantia de instância. A jurisprudência é torrencial no sentido de que, pendente de solução a consulta, não pode o contribuinte ser autuado e isso é evidente, pois o Estado não cumprira ainda o seu dever elementar de fornecer-lhe o julgado final administrativo para lhe dar a certeza a que tem direito público subjetivo (vêde art. 195 do regulamento do impôsto de consumo).

O outro efeito, o *devolutivo*, significa que é devolvido à instância superior o conhecimento pleno da matéria que tenha sido *objeto de recurso*. A segunda instância fará um reexame completo, quer da matéria de fato como da de direito de que tenha recorrido a parte vencida.

Com exceção do impôsto de consumo, em que o recurso de consulta foi desviado do órgão de julgamento contencioso para a Diretoria das Rendas Internas, como adiante veremos, nos demais casos de tributos federais, da decisão contrária ao contribuinte caberá *pedido de reconsideração*.

Já perante o fisco estadual paulista o processo de consulta é diferente: mantém êle um órgão especial denominado Serviço de Consultas (R-6) com sede em São Paulo, que emite parecer sôbre qualquer dúvida fiscal suscitada pelo contribuinte, tendo o caráter de opinião ou solução de dúvida em tese. Não existe, como na legislação federal, enquadramento expresso do instituto da consulta na categoria de instância

processual, o que, evidentemente, lhe daria mais segurança e atenderia melhor a função de garantia de certeza, pois poderia da solução haver recurso para o Tribunal de Impostos e Taxas, dando uniformidade às soluções na tela administrativa.

Com referência aos tributos municipais, sendo êles de lançamento direto e de lançamento por declaração, ocorrem menos dúvidas por parte do contribuinte, pois o lançamento desses tributos é de maior iniciativa da repartição e como é óbvio as dúvidas do contribuinte surgem muito mais com os tributos de auto-lançamento, todavia, dentro do direito de petição, poderá sempre o contribuinte formular consulta à autoridade fiscal, e, nesse caso, a consulta será dirigida sempre ao Prefeito Municipal, como autoridade administrativa fiscal que é.

Vejamos quais são os órgãos administrativos encarregados do julgamento dos processos tributários. Como não seria possível, nem de interesse prático, examinarmos todos os órgãos dos demais Municípios e Estados do Brasil, veremos os do fisco federal, os do fisco do Estado de São Paulo e os dos fiscos dos Municípios do Estado de São Paulo.

**FISCO FEDERAL** — De acôrdo com sua administração fiscal, a União possui, nas Capitais dos Estados, Delegacia Fiscal do Tesouro; nos portos, Alfândega e, nas demais cidades, Coletoria Federal ou Mesa de Renda. Em certas cidades, como Rio de Janeiro ou São Paulo, transformou suas coletorias em Recebedoria Federal.

Para todos os tributos federais, exceto o de renda, são essas autoridades as julgadoras de primeira instância, obedecida a seguinte ordem: as Coletorias e Mesas de Renda somente julgam notificações do impôsto de consumo. As Recebedorias julgam tôda a matéria contenciosa ou consultiva da sua jurisdição. As Alfândegas idem, exceto impôsto de Sêlo. As Delegacias do Tesouro, com jurisdição em cada Estado, excluídas as jurisdições das Recebedorias e Alfândegas, decidem, também, tôda a matéria contenciosa ou consultiva de primeira instância, excetuadas as notificações em primeira instância que são julgadas pelas Coletorias e Mesas de Rendas (Decreto n.º 26.149, de 1949, art. 156; decreto n.º 32.392, de 1953, art. 89).

Quanto ao impôsto de renda, possui o fisco federal a *Divisão do Impôsto de Renda*, no Rio de Janeiro, que decide em primeira instância, para todo o Brasil, as consultas e os pedidos de isenção (art. 176 do Decreto n.º 24.239, de 1947), e como órgãos delegados, aquela Divisão tem nos Estados e Territórios as Delegacias Regionais que, privativamente, julgam como órgãos de primeira instância, as reclamações de lançamentos (art. 156 do Decreto n.º 24.230) cabendo-lhe ainda a imposição das multas por infrações formais até Cr\$ 20.000,00, e, finalmente, as Delegacias Regionais que não julgam as reclamações, mas dentro de sua jurisdição julgam as questões relativas a infrações formais de multa até Cr\$ 5.000,00, pedidos de retificação de declarações, etc. (as funções destes órgãos estão previstas no Regimento aprovado pelo Decreto n.º 9.423, de 20-5-1942).

Assim, exemplificando, para a cidade de São Paulo, quanto a tôdas as questões tributárias federais, exceto impôsto de renda, a autoridade

competente é o Diretor da Recebedoria Federal em São Paulo e quanto ao impôsto de renda, contencioso, é o Delegado Regional do Impôsto de Renda em São Paulo e consultiva ou para decidir sôbre isenção, o Diretor da Divisão do Impôsto de Renda, no Rio de Janeiro.

Para julgamento de recursos e pedidos de reconsideração, o fisco federal já não possui tão grande quantidade de órgãos como para primeira instância. Como primeira instância, segundo vimos, possui grande quantidade de repartições arrecadadoras distribuídas pelo território brasileiro ao passo que para apreciação de recursos tem, apenas, divididos por competência *ratione materiae*, três conselhos e duas juntas, todos com sede na Capital Federal, e que são:

1. *Primeiro Conselho de Contribuintes* — Julga os recursos sôbre impôsto de renda, sêlo, taxa de educação e saúde, impôsto de vendas e consignações dos Territórios Federais, impôsto sôbre prêmios e sorteios, impôsto sôbre remessas de fundos para o exterior e questões relativas à fiscalização bancária.

Compõe-se de 6 membros, sendo três funcionários do Ministério da Fazenda e três representantes dos contribuintes, todos nomeados pelo Presidente da República com mandato de 3 anos. Dentre êsses é eleito o presidente, por seus pares, tendo o presidente o voto de desempate, além do voto ordinário. Junto a cada Conselho funciona um representante da Fazenda Pública de que já falamos.

2. *Segundo Conselho de Contribuintes* — Com a mesma organização do primeiro, julga todos os demais impostos, taxas e contribuições internas, dos quais se destaca, pelo vulto, o impôsto de consumo.

3. *Conselho Superior de Tarifas* — Compõe-se de 8 membros nomeados pelo Presidente da República com mandato por 2 anos, sendo 4 funcionários da Fazenda e 4 representantes dos contribuintes. Êste Conselho é dividido em 2 Câmaras.

A Primeira Câmara compete julgar os recursos sôbre classificação de mercadorias e revisão de despachos alfandegários relativos à mesma classificação.

A Segunda Câmara compete o julgamento dos recursos sôbre isenção e redução de direitos aduaneiros, armazenagem, contrabando e apreensão de mercadorias, falta de volumes manifestados, avaria, rótulos estrangeiros (excluídos os casos de rótulos estrangeiros relativos a mercadorias sujeitas ao impôsto de consumo, caso em que a competência é do Segundo Conselho por constituir infração do regulamento daquele impôsto — art. 89 e 90 do Decreto n.º 26.149, de 1949), revisão de despachos sôbre êsses assuntos e quaisquer outras infrações aduaneiras.

Todos êsses três Conselhos foram criados pelo Decreto n.º 24.036, de 26-3-34, arts. 150 a 187, regulamentado pelo Decreto n.º 4.763, de 14-7-34 e alterado pelo decreto-lei n.º 607, de 10-8-38, ainda em vigor.

Escapam à competência dêsses Conselhos as questões relativas a restituições de impostos, taxas, quaisquer outras contribuições fiscais e multas de mora (art. 16 do Decreto-lei n.º 607). O recurso destas questões cabe ao Diretor Geral da Fazenda Nacional (Decreto n.º 24.036 e circular do Ministro da Fazenda n.º 54, de 14-10-38, *D. O.*, de 18).

4. *Junta de Ajuste de Lucros* — Com sede no Rio de Janeiro, resolve, como única instância, as questões quer contenciosas, quer consultivas sôbre o impôsto de lucros extraordinários. Como êsse tributo já foi extinto, ela funciona, apenas, até resolver os casos pendentes. Foi instituída pelo Decreto-lei n.º 6.224, de 24-1-44 e seu regimento atual foi aprovado pelo Decreto-lei n.º 22.037, de 8-11-46.

5. *Diretor das Rendas Internas* — (*Junta Consultiva do Impôsto de Consumo*) — Em matéria consultiva sôbre impôsto de consumo o Decreto-lei n.º 7.404, hoje substituído pelo Decreto n.º 26.149, de 1949, instituiu, como órgão competente para o recurso, a Diretoria das Rendas Internas, situada na Capital Federal, retirando essa competência consultiva do 2.º Conselho (§ 1.º do art. 156 e art. 204 do Decreto n.º 26.149). Ao mesmo tempo criou uma *Junta Consultiva do Impôsto de Consumo*, composta de 6 membros, 3 funcionários e 3 representantes dos contribuintes, êstes indicados pela Federação das Associações Comerciais do Brasil e pela Confederação Nacional da Indústria e isto porque os contribuintes *de jure* do impôsto de consumo, como já vimos, são os comerciantes importadores e os industriais.

Essa junta funciona como órgão opinativo, seu presidente é o próprio Diretor das Rendas Internas, de forma que o parecer pode ser ou não homologado pelo Diretor, o qual, divergindo, pode decidir em contrário. A retirada das decisões consultivas do 2.º Conselho, nos parece uma medida errada, acarretando conflitos de soluções entre os dois órgãos. A Junta Consultiva está regida pelo Decreto-lei n.º 19.221, de 19-7-45.

FISCO ESTADUAL — No Estado de São Paulo, tanto as reclamações como os autos de infração, ou ainda os pedidos de restituição, são apreciados na Capital pelas *Turmas Julgadoras* do Departamento da Receita e no interior pelas *Comissões Julgadoras* do Departamento dos Serviços do Interior. Essas turmas ou comissões são compostas de 2 funcionários, funcionando um como relator e outro como revisor. Em caso de divergência, o desempate competirá ao Chefe ou Encarregado do serviço. A competência de julgamento poderá, todavia, ser cometida a um só julgador pelo Diretor ou ainda poderá o chefe avocar a decisão do processo.

Existe, ainda, perante a primeira instância, uma possibilidade de revisão quando a decisão seja contra a Fazenda e promovida perante o chefe da repartição. Esta matéria está resumida no livro XV do vigente Código de Impostos e Taxas.

No Estado de São Paulo temos como órgão de recursos o *Tribunal de Impostos e Taxas*, conforme dispõem os arts. 10 a 13 do livro XV do Código de Impostos e Taxas. A organização do tribunal foi recentemente alterada pela Lei n.º 2.031, de 24-12-52, estando a regulamentação consolidada no Decreto n.º 22.021, de 31-1-53. Sediado nesta Capital, tem jurisdição em todo o território paulista, sendo o intérprete das leis tributárias do Estado, na esfera administrativa. É composto de 23 juizes contribuintes e 15 juizes funcionários, efetivos e suplentes.

Compreende 4 Câmaras efetivas, constituída cada uma por 5 juizes, sendo 3 contribuintes e 2 funcionários da Fazenda.

A Primeira e a Terceira Câmaras julgam questões referentes a multa, impostos e taxas sôbre a riqueza imobiliária (impôsto de transmissão *intervivos* e *causa mortis*, territorial rural, taxa de serviço de águas e esgotos, etc).

A Segunda e a Quarta, as questões referentes a multas, impostos e taxas sôbre a riqueza mobiliária (impôsto de vendas e consignações, transações, sêlo, taxas rodoviárias, etc).

De acôrdo com a necessidade do serviço poderão ser instaladas câmaras suplementares, com a mesma composição e, ainda excepcionalmente, Câmaras especiais com duração limitada e composta de 3 juizes, 2 contribuintes e 1 funcionário.

Os juizes são nomeados por mandato de 3 anos pelo Governador do Estado. O Presidente terá, sempre, além do voto normal, o de minerva, também chamado de qualidade ou de desempate. A fim de evitar conflitos de orientação, é instituído o recurso de revisão, julgado pelas Câmaras Reunidas, que consiste no agrupamento das Câmaras efetivas de igual competência. Também para dirimir dúvidas de interpretação regimental e outros fins, há o Tribunal Pleno, pela reunião de tôdas as Câmaras efetivas.

Junto a cada Câmara funciona um advogado da Fazenda, que deve officiar em todos os processos, promover diligências instrutórias, interpor recursos, prestar informações e dar pareceres solicitados inclusive pelos juizes. O advogado da Fazenda junto ao nosso Tribunal tem atribuições, a nosso ver, muito mais de função de Ministério Público do que a dos representantes nos Conselhos federais.

**FISCO MUNICIPAL** — De acôrdo com a lei orgânica dos Municípios do Estado de São Paulo (Lei de 18-9-47, art. 73, § 2.º) após a comunicação ou publicação do lançamento, tem o contribuinte o prazo de 15 dias para apresentar sua reclamação. Essa reclamação é dirigida ao Prefeito. Em São Paulo, embora dirigida ao Prefeito são os diretores das repartições fiscais que as decidem, por delegação.

A mesma lei orgânica, no art. 34, inciso VI, declara caber privativamente à Câmara Municipal, resolver em grau de recurso, as reclamações contra atos do prefeito, exclusivamente em matéria de impostos.

Entretanto, no Município de São Paulo, temos o Conselho Municipal de Impostos e Taxas, caído pelo Decreto-lei municipal n.º 377, de 13-2-46, regulamentado pelo Decreto n.º 873, de 24-6-46, como órgão julgador de segunda instância, para todos os tributos municipais e autos de multas fiscais. Esse Conselho é composto de 7 membros, sendo 4 funcionários e 3 representantes dos contribuintes. Sempre que o recurso tenha sido decidido favoravelmente ao contribuinte por quatro ou menos votos (menos de 4 pode ocorrer por falta ou impedimento) haverá recurso *ex-officio* do próprio Conselho para o Secretário das Finanças.

Assim, pois, no município da Capital tanto os recursos como os pedidos de reconsideração são apresentados ao Conselho Municipal de

Impostos e Taxas (Decretos n.º 873, de 1946 e n.º 1.436, de 1951) e nos demais Municípios do Estado de São Paulo são apresentados à respectiva Câmara Municipal (Lei estadual orgânica dos Municípios, n.º 1, de 1947, art. 34, inciso XI).

Tendo a lei orgânica dos Municípios previsto recurso da decisão do Prefeito para a Câmara Municipal, quer nos parecer que mesmo quando, em São Paulo, o Conselho Municipal ou o Secretário das Finanças tenha decidido, êles decidem como delegados do Prefeito e portanto, se não atendido, poderá ainda o contribuinte apresentar recurso à Câmara Municipal com apoio no citado art. 34, inciso XI da Lei estadual n.º 1, de 18-9-47.

# A AÇÃO POPULAR E O PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO

RAFAEL BIELSA

SUMÁRIO: I. *Noção geral da ação popular e a defesa do interesse geral.* II. *As "actiones populares" em Roma.* III. *O "recurso de excesso de poder" e a "ação popular" contra os atos administrativos. Exame comparativo.* IV. *A ação popular no sistema constitucional. A separação entre o poder judiciário e o poder administrativo.* V. *O poder discricionário não está isento do exame de legalidade.* VI. *O poder discricionário da administração pública e os meios de limitá-lo.* VII. *A possível propensão para o exercício irrefletido ou irresponsável da ação popular.* VIII. *Caráter jurídico e moral que a ação popular atribui ao seu autor.*

## I

\* A ação popular é um meio jurisdicional idôneo para defender, unido ao *interesse pessoal*, o *interesse da coletividade* referida a uma entidade pública: Nação, Estado ou Município. A concorrência de ambos os interesses não é acidental, senão necessariamente jurídica, ou seja, trata-se de uma "solidariedade de interesses", os quais podem ser de ordem econômica — ou mais precisamente "patrimonial" —,<sup>1</sup> de ordem moral e cívica, mas, acima de tudo, se trata sempre de interesses de ordem jurídico-política. Com a ação se pretende restabelecer o império da legalidade, quer extinguindo os atos irregulares que violam o direito, quer aplicando sanções repressivas aos autores das trans-

---

\* NOTA DA RED.: Publicado em "La Ley", março de 1954 e traduzido por Guilherme A. dos Anjos.

1 O conceito de patrimônio do Estado deve ser tomado, nesse caso da ação popular, não apenas como sendo aquilo que propriamente pertence à entidade pública, Nação, província ou comuna, na qualidade de pessoa jurídica privada, mas, também, e com maior razão, no que se refere ao erário ou fisco que se forma com as contribuições fiscais; e dizemos com maior razão, porque essas contribuições se formam com tributos derivados do patrimônio de cada um dos contribuintes e, em tal caso, a *ação popular* se justifica ainda mais do que no caso do patrimônio da pessoa jurídica.

gressões, sejam funcionários públicos ou não. Há casos em que se move a ação principalmente contra o ato e casos em que se processa o funcionário autor do ato e outro qualquer beneficiário da irregularidade administrativa ou financeira.

A origem dessa espécie de ação é remota, pois já existia em Roma (na época da República) e aí tinha um campo de ação considerável, pois podia ser movida, não só contra os que exerciam funções públicas, senão também *cargos públicos*; além disso, com essa modalidade de ação se defendia o patrimônio da entidade pública ou erário, e também o de pessoas privadas como o pupilo prejudicado por atos de seu tutor, em cujo caso se pode dizer que êsse patrimônio estava em primeiro lugar, mas, ao defendê-lo, se restabelecia a ordem jurídica alterada pelo ato irregular.

O móvel, pois, da ação popular não era apenas restabelecer a *legalidade*, mas também punir ou reprimir a *imoralidade*. E nesse duplo fim vemos a virtude dêste singular meio jurisdicional, de evidente valor educativo e cívico.

Atualmente, em certos sistemas como o francês, se defende o direito *objetivo* quanto à *legalidade da atividade administrativa* e, ainda, à sua *moralidade*, por meio de recursos contenciosos chamados de *anulação*, bem conhecidos, tais como o de *excesso de poder* e o de *desvio de poder*, que, na realidade, é uma forma derivada do anterior, muito embora possa ter maior âmbito de aplicação. Isso explica que a atual ação popular proceda nos casos em que procede o recurso de desvio de poder. Assim se considera no projeto apresentado pelo deputado Professor Bilac Pinto, no Congresso Nacional do Brasil. Nesse notável projeto se institui um regime orgânico e completo, bem inspirado e que se fôr convertido em lei, como é lógico esperar, elevará bastante o espírito cívico da parte consciente e responsável do povo, e contribuirá para o saneamento moral da administração pública nas três ordens: a da União, a dos Estados, e a dos Municípios.<sup>2</sup>

A ação popular é educativa, como temos dito sempre,<sup>3</sup> e o seu exercício faz do cidadão um colaborador da moralidade e da legalidade, onde mais falta faz o seu contrôle.

Em geral — e isso se explica — a ação popular funciona nos *sistemas judiciários*, ou seja onde não existe a jurisdição contencioso-

---

2 O projeto consta de trinta e um artigos e se divide nas seções seguintes: Sujeitos, ativo e passivo, da ação popular; Do objeto da ação popular; Da competência; Do processo; Da sentença; Dos recursos; Disposições gerais. Oportunamente consideraremos, analiticamente, êste regime legal.

3 Em nosso "*Derecho administrativo*" (4.<sup>a</sup> ed., t. IV, p. 308, nota 8 e 3.<sup>a</sup> ed., 623, nota 4), ao tratar dos meios jurisdicionais idôneos para impugnar os atos administrativos irregulares e defender com isso o interesse público, fazemos notar êste mérito da ação popular.

No breve artigo "*Moralidad y racionalización*", em "Tribunal de Comercio", Rosario, julio 29 de 1953.

Ao tratar dos meios jurisdicionais idôneos para impugnar os atos administrativos irregulares e defender com isso o interesse público fazemos notar que a ação popular é uma forma de educar juridicamente o povo. Ver "*Derecho Administrativo*", 4.<sup>a</sup> ed., t. IV, p. 308, nota 8 e 3.<sup>a</sup> ed., t. I, p. 623, nota 4.

administrativa. Dizemos funciona, e deveríamos dizer *deve funcionar*, porque são muito poucas as legislações que instituíram a ação popular, e, ainda assim, de maneira excepcional ou parcial.

Há certa analogia substancial entre o “recurso contencioso-administrativo de anulação” do sistema francês, e a “ação popular judiciária” dos outros sistemas em que não existe a jurisdição contencioso-administrativa. Ambos os meios jurisdicionais tendem, como dissemos, a defender a legalidade em *interêsse geral*, e podem ser exercitados pelos que se interessem pela extinção dos atos administrativos irregulares.

Esse grau de *interêsse*, porém, é diferente. No recurso de anulação é necessário um *interêsse legítimo*; na ação popular basta um *interêsse simples*.

As sentenças proferidas em virtude desses dois meios jurisdicionais têm autoridade de coisa julgada “*erga omnes*” ou “para com todos”, no caso de declararem a nulidade ou ilegalidade dos atos impugnados. No caso, porém, de inadmissibilidade ou rejeição do recurso contencioso ou da ação popular, pode ser novamente intentada a impugnação, baseando-se o recorrente, ou o autor, em novos motivos ou em novas provas.

Conforme dissemos, a ação popular é de aplicação mais ampla e compreensiva do que o recurso contencioso de anulação. Com efeito, embora a ação se fundamente numa violação de lei — expressão genérica que abrange tôda norma de direito que o Poder administrativo deve observar ou cumprir, e inclusive, todo princípio de direito fundamental — basta que o patrimônio (ou o *erário*, segundo se deve entender) sofra um prejuízo ou os funcionários ou terceiros se enriqueçam ilícitamente, para que ela seja viável.

Mesmo quando, com o lucro ilícito dos funcionários ou de particulares, não se cause prejuízo ao patrimônio do Estado ou ao erário, viola-se, porém, a *moralidade administrativa* e corrompem-se as instituições, por exemplo, nos casos de licenças de importação ou exportação, ou cotas, etc., que, embora devam ser concedidas aos importadores, industriais, etc., sem pagamento algum, são, pelo contrário, dadas a intermediários que vendem tais licenças a quem deveriam ser concedidas inteiramente grátis, pela razão de serem os seus destinatários legais.

Advertimos que, em muitos casos em que se diz que um ato é *ilegal*, se deveria dizer, também, que é *imoral*, como tivemos ensejo de explicar em outro breve estudo.<sup>3</sup> Em um regime de legalidade puramente *formal* pode cometer-se uma imoralidade grave, como no caso de concorrências públicas cujas bases determinem como único material aceitável aquêle que somente possa ser fornecido por determinado produtor

---

4 Nas primeiras decisões, o Conselho de Estado não admitiu o terceiro opositor. Em 1882, admitiu-o (*Ville de Cannes*, abril 28). Dezessete anos depois, voltou à primitiva doutrina (dezembro. 8 de 1899). mas em 1912, no conhecido caso *Boussuge*, decidiu admitir o terceiro opositor, que não havia sido ouvido. Houve quem considerasse isto o reconhecimento *predominante* do direito subjetivo. Veja-se Kritter, “*La tierce opposition en droit administratif*” (Paris, 1935) ps. 43 e segts.

ou comerciante que, clandestinamente, esteja em combinação com os funcionários administrativos entre os quais é repartido o lucro ilícito.

Um ato de favoritismo partidário ou faccioso, embora não implique suborno é também atacável pela ação popular, por causa de sua ilegalidade, no sentido de que viola a igualdade perante a lei. Naturalmente êsse ato é, por si só, imoral.

Os recursos contencioso-administrativos de anulação se movem contra atos que possam não ser imorais, porém que evidentemente são ilegais, por exemplo, por vício de *incompetência, violação de formas, e violação de lei no fundo* (embora neste caso o órgão seja competente e tenham sido observadas ou cumpridas as formas). Nessas hipóteses, o recurso se baseia numa exigência jurídica de interesse geral, que é a de fazer imperar a *legalidade*; êsse recurso contencioso-administrativo não é, porém, exercido por qualquer pessoa (*cuique populo*), senão por aquêles que prova a *lesão de um interesse legítimo* como consequência do ato legal que impugna, isto é, que deve invocar um interesse *diferencial*, que não logrou alcançar a categoria de direito subjetivo, pois, então, poderia defendê-lo o recurso contencioso de plena jurisdição, que lhe permite a reparação integral dêsse direito. E aqui devemos fazer uma reflexão que o próprio sistema dêesses recursos nos sugere e que é a seguinte: a decisão proferida no recurso contencioso de anulação tem — como se viu — efeitos *erga omnes*, se o ato fôr anulado. Apesar disso, a pessoa cujo direito subjetivo é prejudicado pela anulação, e que não foi ouvida no julgamento contencioso, pode como “terceiro opositor”, debilitar a “coisa julgada”, no que lhe diz respeito. Isto equivale a reconhecer o direito subjetivo em primeiro plano, e por isso o consideramos plausível e educativo. O Conselho de Estado francês assim o decidiu, embora depois de vacilações e decisões contraditórias, que motivaram notáveis debates na doutrina mais autorizada. <sup>4</sup> Viu-se nessa jurisprudência definitiva o triunfo do direito subjetivo sobre o interesse geral e até se predisse a ruína do recurso de anulação, profecia essa que redundou em equívoco. <sup>5</sup>

O que há de exato em tudo isto — segundo nos parece — é a índole individualista de ambos os recursos contenciosos. O interesse legítimo é algo assim como um direito subjetivo, *in fieri*, ou em estado potencial; êsse interesse deve ser pessoal e diferencial; daí resulta que nem todos aquêles que têm interesse em impugnar a ilegalidade do ato podem promover o recurso, a não ser, apenas, aquêles que têm um *interesse legítimo*. Nesse sentido, o recurso não é expressão de solidariedade. O interesse ou móvel do recorrente é mais jurídico do que cívico ou popular.

Na ação popular, pelo contrário, o grau de interesse não se qualifica, nem se mede. É um cidadão (exceto casos especiais em que não se deve exigir essa qualidade) quem impugna um ato lesivo para o interesse geral, porque êsse ato viola a lei, ou prejudica o patrimônio

---

<sup>5</sup> Hauriou, em nota sobre este acórdão, predisse a ruína do recurso de excesso de poder. Vejam-se “Notes d'Arrêts sur les décisions du Conseil d'État et du Tribunal des Conflits” (Paris, 1929), t. II, ps. 413 e segts.

da entidade pública, ou implica uma imoralidade, ou restringe arbitrariamente a liberdade. O autor, então, ataca o ato para extingui-lo e tornar efetiva a responsabilidade dos transgressores e beneficiários espúrios do mesmo, sejam funcionários públicos, ou não.

O autor da ação popular é uma espécie de “cavaleiro cruzado” da legalidade e da moralidade pública. Nêle se vê uma *expressão de solidariedade* para com todos os cidadãos honestos ou animados de espírito cívico. O interesse jurídico está *em segundo plano para êle*; mas *em primeiro plano para a lei*. É a lei que exige a extinção do ato e o castigo dos culpados e, para isso, investe de um título legal todo aquêle que tenha interesse em defender a ordem jurídica tutelar da *moralidade administrativa, do patrimônio do Estado, do erário, da legalidade*, em suma.

O autor da ação popular não necessita invocar a lesão de um direito subjetivo, nem de um interesse legítimo, embora para êle essa lesão exista. Basta-lhe invocar sua *qualidade de cidadão*, sem interdições, para assumir a defesa da legalidade. Essa decisão é que lhe atribui um *direito subjetivo* para exercer a ação. Não é um direito subjetivo preexistente.<sup>6</sup> É um direito que nasce com a decisão de exercer a ação popular.

Para a lei, aí onde nasce a iniciativa e o impulso em defesa concreta da legalidade surge uma *situação jurídica de continuidade* até lograr o fim proposto, pois a ação pode ser prosseguida por outro cidadão, se fôr abandonada pelo primeiro,<sup>7</sup> como se se tratasse de uma posição de luta, de um *fortim de legalidade* contra a ilegalidade.

No regime representativo, o cidadão elege seus representantes, que se chamam também mandatários (embora mandato não seja a mesma coisa que representação). Quando o cidadão deposita seu voto, ou vota oralmente, nesse único instante é *soberano*; seu mandato não tem regime, isto é, o mandatário ou representante pode não cumprir o que prometeu em sua plataformas ou programas e o eleitor não pode anular-lhe o mandato. Isto quer dizer que para a anulação, terá que esperar por outra eleição, se não houver recurso de destituição (*recall*, entre os norte-americanos), o qual deve ser exercido coletivamente. Como invalidar os atos de seu representante, no caso de serem irregulares, desleais, ruinosos para o erário? Se não pode invocar a lesão de um direito subjetivo ou interesse legítimo, sòmente poderá fazê-lo mediante *ação popular*. Se não tem direito subjetivo *protegido* por ação, surge para êle um *direito subjetivo de exercer a ação*. Com a decisão formal de exercer a ação, nasce o seu direito. Certamente existem recursos jurisdicionais subjetivos, como o recurso de *inconstitucionalidade*, seja como ação, seja como exceção; o de amparo, o de *habeas-corpus*, etc., com função semelhante. A ação popular, porém, não requer a lesão de um direito subjetivo.

---

6 Cf. Fernández de Velazco, “*La acción popular en el derecho administrativo*”, Madrid, 1920, p. 60.

7 Art. 18 do citado projeto de Bilac Pinto.

Na ordem eleitoral, a ação popular pode ter, também, influência moralizadora. A Lei n.º 8.871, de 13 de fevereiro de 1912, chamada “Lei Sáenz Peña” (por ter sido êste grande estadista e patriota quem a projetou e aplicou, pela primeira vez, com exemplar honradez), dispõe (art. 90) que “tôdas as faltas e delitos eleitorais poderão ser denunciados por qualquer eleitor, contanto que pertença ao mesmo distrito eleitoral, sem que o demandante fique obrigado a dar fiança nem caução alguma, sem prejuízo das ações e direitos do acusado se existir má fé na acusação”.

Esta ação foi exercida em alguns casos que tiveram efeitos moralizadores; entretanto, mais por desconhecimento do que por outras causas, ela não teve a influência que se observa em épocas de corrupção por subôrno.

A propósito disso também a lei era moralizadora, porque incriminava a compra e venda de votos e o subôrno (art. 77, inc. 5.º e art. 81, inc. 7.º, respectivamente). Na lei vigente, sancionada em 1951, faltam essas disposições. Neste breve estudo empregamos com frequência a palavra *solidariedade*, aliás, consciente e deliberadamente. Entendemos que no regime liberal de nossa Constituição de 1853, nada há que seja incompatível com qualquer expressão jurídica positiva de *solidariedade na defesa do direito, da liberdade, da Nação e da economia pública e particular*.

Tal solidariedade nada tem a ver com o socialismo — doutrina política e econômica respeitável e compatível também com a constituição nos limites que ela impõe — nem com qualquer outra forma diferente do liberalismo.

A Constituição nacional é individualista — disse a Suprema Côrte — no sentido de que reconhece ao homem direitos anteriores ao Estado, e dos quais êle não pode ser privado; isto, porém, não significa que a vontade individual e o livre contrato não possam ser submetidos às exigências das leis regulamentares (*Acórdãos*, t. 179, pág. 113).

Os excessos do liberalismo têm sido a causa das críticas ao sistema; mas os excessos não criam princípios, antes os deformam, e também nós já criticamos acerbamente êsses excessos.<sup>8</sup> A verdade é que não se concebe a liberdade a não ser em um *regime liberal* moderado pela ação razoável do Estado, para suprir a debilidade ou a insuficiência do individuo, se essa liberdade fôr motivada por causas anômalas, ou que não lhe possam ser atribuídas.

A tese da solidariedade jurídica, na defesa do direito e da liberdade, tem, precisamente, seu domínio natural no liberalismo, pois tudo aquilo que um homem faz por sua liberdade pessoal beneficia, por ação reflexa aos demais que querem essa liberdade.<sup>9</sup>

---

8 “*Reflexiones sobre sistemas politicos*” (Buenos Aires, 1944), pág. 3 e segts.

9 O economista francês Bastiat, sem dúvida o maior representante da escola liberal, cuja obra é de notável conteúdo moral e sentido jurídico, dá um tom elevado à sua doutrina, com a tese da *solidariedade*. Ele não concebe uma solidariedade segundo a qual uns vivem à custa dos outros, tornando-se o Estado um distribuidor de favores,

II

Dos povos da antigüidade — e acrescentaríamos “mais conhecida” — nenhum teve um sentido mais claro e intuitivo e uma organização jurídico-política mais completa e eficaz do que o povo romano. Povo individualista, instituiu meios jurisdicionais defensivos dos direitos individuais, não somente a respeito das instituições civis, mas também das administrativas, referidas à *ordem pública*, ao *uso público*, às *liberdades públicas* e à *moralidade das autoridades*, bem como a respeito dos que desempenhavam *funções e cargos públicos*. Esses meios jurisdicionais eram as *actiones populares*, que podiam ser intentadas por qualquer cidadão, embora não tivessem no assunto um interesse pessoal direto. Dizemos isto, porque, em princípio, tudo aquilo que interessa à coletividade interessa, também, aos elementos que a compõem, porém, a uns em maior grau do que a outros. Esse interesse varia, porém, e não pode ser assimilado, isto é, considerado equivalente ao interesse que, no direito administrativo, chamamos “legítimo”, que autoriza, a quem o tem, a promover recursos contenciosos de anulação, contra os atos administrativos eivados de irregularidade grave. A *actio popularis* em Roma se dava a quem possuía aquilo que hoje denominaríamos interesse pela causa pública, que em Roma era, a princípio, considerada como vinculada à *gens*.<sup>10</sup>

---

a torto e a direito, sistema acariciado pelos demagogos que nunca trabalharam e dão a uns (sem esquecer a sua parte) aquilo que tiram de outros.

Bastiat concebe uma *solidariedade de interesses*, fecunda em conseqüências morais, econômicas e políticas. Não é solidariedade sentimental de mera fraseologia, senão solidariedade refletida em defesa do direito. Veja-se o seu notável livro “*Armonias econômicas*”, trad. espanhola da 7.<sup>a</sup> ed. francesa, caps. XXI e XXV.

10 Veja-se: Mainz C., “*Curso de derecho romano*”, t. I, n.º 98, p. 204; § 53, IV; Willems, P., “*Le droit public romain*”, Louvain, 1872, ps. 306 e segts.; Bonfante, P., “*Istituzioni di diritto romano*”, Milano 1907, ps. 206, 116.

Ihering encontra na ação popular do direito romano uma expressão da influência que a *gens* exerceu no direito do Estado como célula constitutiva e dinâmica do mesmo. Da *gens* surge a defesa do direito que interessa ao todo. E quando isso desapareceu, ficaram as ações populares que são — diz êle — um fenômeno notável, não somente do ponto de vista de nosso direito público atual, no sentido de que por meio delas qualquer particular pode exercer uma vigilância regida por princípios especiais determinados, senão, também, sob o ponto de vista do direito romano, segundo o qual um particular mantém, em muitos casos, com o mais extremo rigor, o princípio da *legitimatío ad causam* do demandante, concedendo-lhe ações que, aparentemente, lhe não oferecem o menor interesse.

As ações populares estão destinadas a proteger essa relação particular da comunidade indivisível do direito:

a) “*Espiritu del derecho romano*”, trad. de Principe y Santorres (Madrid, s./d.), t. I, § XVII.

Ihering se refere à ação popular em diversas partes desta obra notável, mas o nosso propósito não é o de examinar a sua doutrina (método que não aceitamos) senão a nossa. É lógico, todavia, que assinalemos a concordância de opinião do grande jurista com a tese que sustentamos agora, em outro plano, outra época e outras circunstâncias. As observações do célebre romanista têm muita significação atual. Em seguida explica Ihering como, não obstante o princípio *nemo alieno nomine lege agere potest* (como se o demandante representasse os direitos e os interesses do Estado — em cujo caso não

Mediante essas ações os cidadãos romanos exerciam uma espécie de poder de polícia em forma jurisdicional, isto é, não como expressão de autoridade alguma (que também podia ocorrer para certas diligências no processo da ação popular, ou seja, depois do vínculo do litígio), senão porque punham em movimento a justiça para indagar, processar e condenar os transgressores do direito objetivo que interessava aos cidadãos no que se referisse à *segurança pública, à moralidade administrativa, ao patrimônio do Estado*, e, ainda, ao patrimônio daqueles que podiam ser prejudicados pelos que o administrassem em virtude de uma função pública, como, por exemplo, os tutores, pois por meio da *accusatio suspecti tutoris* era possível promover a remoção do tutor suspeito,<sup>11</sup> em defesa do menor e da ordem pública.

Precisamente, já no período das *legis actiones*, a representação se concedeu nos casos de defesa do interesse público *actio pro populo*, quer em forma de acusação pública, quer mediante as ações populares, para defender a liberdade (*pro libertate*), assim como para defender os interesses do pupilo (*pro tutela*), e até os próprios bens do ausente, vítima de furto (*ex lege Hostilia*).<sup>12</sup>

O exercício destas ações se justificava pelo interesse geral de cumprir a lei. Assim, por exemplo, o cidadão não tinha (nem tem hoje), direito subjetivo sobre as coisas públicas (*res publicae*); mas se alguém impedisse fazer uso das mesmas — o uso que a República permite a todos — o pretor, em virtude de seu império, determinava que cessasse o fato perturbador desse uso do domínio público.<sup>13</sup> O pretor não podia dar ação àquele que não tivesse direito, mas, como podia exercer seu império em face de semelhante ação que funcionava como denúncia e acusação ao mesmo tempo, assim o dispunha e em seu caso condenava.

Em nossa opinião, tem-se o direito de exercer a defesa do interesse geral, porquanto a mesma afeta qualquer elemento da comunidade. Esta defesa do interesse geral ou pessoal, embora não sendo de um direito subjetivo em sentido estrito, levava em germe não só os inter-

---

poderia conceber-se o Estado como uma pessoa, em nossa opinião — os juriconsultos não desconheciam o aspecto real da relação).

Neste ponto, convém considerar atentamente essa distinção entre a *gens* (de que falamos) como pessoa moral e os *gentiles* do mesmo modo que as *res publica* não são propriedade do Estado. senão de todos os súditos do Estado: ;

b) Esta concepção do domínio público é precisamente a nossa, que sustentamos em nosso "*Derecho administrativo*", 4.<sup>a</sup> ed., t. II, ps. 421 e segts., e nas edições anteriores, desde 1921. O Estado somente possui um poder de legislação e de administração nos bens do domínio público, porém administração que se limita a assegurar o uso geral.

11 Bonfante, loc. cit. Estas ações tinham um fim preventivo, e por isso não são penais, ao contrário da *actio rationibus distrahendí*, que é acusação dirigida contra os desvios (como quem diz *malversações*) do tutor, quando podiam ser consideradas como furtos.

12 *A Lex plaetoria* permitia ação popular contra aquêlo que houvesse enganado ou ludibriado um menor de vinte-e-cinco, abusando de sua inexperiência, para fazer com que esse último contraísse matrimônio. Bonfante, op. cit., p. 54.

13 Maynz, loc. cit. e p. 124.

ditos, mas também as ações *in factum*, como se explica em qualquer obra que examine o processo pretoriano.

O desenvolvimento progressivo dessa defesa pretoriana do interesse geral não só a respeito dos bens, senão, também, no tocante à liberdade pessoal, se caracteriza por duas idéias principais: 1.º) a *observância da lei*, que não pode ser violada, embora não afete um direito subjetivo; 2.º) a *afirmação da personalidade do cidadão na esfera da liberdade e do direito*. Vemos assim esta instituição com o critério jurídico atual. Se a obra *positiva* coube ao pretor, a obra *criadora* coube aos jurisconsultos clássicos, pois na época desses últimos é que se desenvolveu tal proteção jurídica.

O império do pretor se manifesta no *inderdicto* (que, em princípio, é proibição de agir enquanto se decide sobre o fundo da questão; daí seu próprio nome de *inter* (entre ou enquanto) *dictum* (sempre que se decide ou se declara o direito). Os interditos relativos às *res divini juris*, e às *res publicae*, são seguidos do interdito de *libero homine exhibendo* (Frag. 10, *De locis publicis*, 43, 7 e D., 43 e 49).<sup>14</sup>

A prudência do pretor e a valorização das qualidades pessoais dão, também, um caráter particular a essas ações populares em Roma, havendo preferência por quem revela um *maior interesse pessoal* (que, como dissemos, não chega a constituir um direito) e por quem pressupõe uma *idoneidade maior para prosseguir a instância*. Esta seleção se impunha quando se apresentavam, ao mesmo tempo, vários cidadãos com a mesma ação popular. Em nossa opinião, a regra de admissão deve ser essa, embora não se apresentem vários cidadãos. É verdade que, presentemente, o autor não recebe a importância proveniente da pena pecuniária, como regra geral, mas sempre é necessário considerar sua autoridade moral.

Atualmente nas denúncias fiscais (que são como ações populares na defesa do erário) é costume atribuir-se ao denunciante, em virtude de certas leis, uma *parte do produto das multas*, aplicadas em caso de transgressão fiscal. Isto tem caráter de prêmio para estimular aos particulares na defesa do fisco.

As *quaestiones perpetuae* têm competência, como tribunais especiais, em matérias determinadas. A *Lex Calpurnia* previa a *quaestio perpetua* (149 A.C.) para julgar os *judicia repetundarum*. São também *judicia publica* os *judicia perduellonis, majestatis, ambitus, de peculatu, de sicarii, venefici, de vi*, etc.<sup>15</sup>

14 Maynz, op. cit., t. I, § 53, e t. II, §§ 284 e 285, nota 30, p. 581.

15 A repressão de atos ilícitos foi, em Roma, objeto de uma legislação progressiva. Os delitos que justificam a *vindicta publica* eram julgados em demanda na qual se reclamava pena pecuniária, que devia ser exigida mediante ação civil (a questão patrimonial aparece, pois, como principal). Na época anterior a este regime, os *delicta privata* eram de duas espécies: o *furtum* e as *injuriae*. Na época da República se duplicou o número de ações: uma para certa classe de furtos (*bona vi rapta*) e outra para certas injúrias (*damnum injuria datum* ou *actio legis Aquiliae*) a) segundo a lei que as havia criado. b) Além disso, concederam-se ações civis para reclamar penas pecuniárias por causa de certos atos que, embora não fossem qualificados de delitos eram, todavia, julgados de maneira análoga, e quem os cometesse era declarado *quase ex delicto* (c) — Maynz, op. cit., t. I, §§ 269 e 272; (b) *Ibid.*; (c) Maynz, op. cit., t. I, § 278.

### III

1) *Suas diferenças.* Há meios jurisdicionais contra as decisões do Poder administrativo, que tendem para um mesmo fim, mas cujo regime legal é diferente, por serem diferentes os seus caracteres jurídicos. Isso explica a distinção entre o *recurso de excesso de poder e a ação popular*. Antes de tudo, a própria denominação de um e outro denota uma diferença que estabelecemos para evitar certa promiscuidade de emprêgo de têrmos jurídicos.

Já dissemos <sup>16</sup> que o recurso é um meio de impugnar uma decisão da autoridade, e quem o exerce é aquêle que tem um direito subjetivo ou um interêsse legítimo lesado por essa decisão. Essa qualidade *subjetiva* é da maior importância em nosso conceito.

A ação protege um direito e em certos casos um mero interêsse — como a ação popular — quando êle é lesado não só pela autoridade, como por qualquer particular; mas quando o autor do fato ou do ato é a autoridade, o domínio de aplicação da ação popular é amplíssimo, e tem um caráter de índole política (no sentido de defesa do interêsse geral) ou, pelo menos, cívico. Daí resulta que a ação popular é exercida pelo cidadão eleitor, e não por qualquer indivíduo, quando se trata de atos ou fatos que sômente a *autoridade* pode realizar. Tal é a ação popular criada pela Constituição do Brasil. <sup>17</sup> O âmbito desta ação é, porém, muito limitado. De fato, a Constituição brasileira de 1946 dispõe, no art. 141, § 38, que “Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista”.

Trata-se, pois, de uma ação popular relativa aos bens patrimoniais do Estado em sentido lato. Os têrmos do preceito restringem bastante a ação popular instituída na Constituição, embora dando, como se deve dar, o conceito de fisco ao de “patrimônio”, caso se pretenda defender o que provém das contribuições fiscais, as quais, logo após a sua arrecadação, passam a constituir o *tesouro nacional*, como algumas constituições o chamam, também, impròpriamente, porque o tesouro é riqueza de que se dispõe em casos *excepcionais*, *v. g.*, em épocas de guerras ou grandes calamidades públicas. Pelo contrário, são os atos ordinários e correntes, próprios da atividade funcional do Estado — como atos de administração e de poder que, diàriamente, se realizam, e do mesmo modo as aplicações de capital — que originam malversações, desperdícios, negócios ilícitos, etc.

As operações pròpriamente de índole patrimonial são poucas em proporção às financeiras. Os atos irregulares, imorais, de subôrno, etc.,

---

16 Veja-se: “Conceptos jurídicos y terminología”. “Recurso” y “Jurisdicción plena”, en Rev. La Ley, t. 56, p. 787.

17 Art. 141, § 38. Recentemente, em virtude dêste preceito, elaborou-se projeto de lei orgânica regulamentando esta ação popular.

Veja-se: Seabra Fagundes, “Da ação popular”, em “Revista Forense”, t. CXII (junho de 1947), ps. 5 e segs.

que não lesam o patrimônio público, não estão compreendidos no preceito constitucional, o que é deplorável.

Quando se trata de fatos que afetam um interesse geral, e que podem provir tanto da autoridade como de *qualquer habitante*, a ação popular, também, pode ser exercida por qualquer pessoa. Tal é o caso de um fato que impede o uso do domínio público; a ação popular pode, então, ser exercida por qualquer usuário desse domínio. Poder-se-á, quando muito, exigir desse habitante a prova de que pertence à jurisdição territorial da entidade que exerce autoridade sobre esse domínio público (ser vizinho ou domiciliado, ou ter concessão ou licença especial de uso, em cujo caso se o autor do fato perturbador é a autoridade, o habitante tem recurso e, inclusive, ação contratual derivada da relação jurídica da concessão).

No recurso por excesso de poder é preciso invocar um *interesse legítimo* “diferencial”, vinculado ao ato que se impugna; não basta um interesse simples. Na ação popular basta um interesse pessoal, qualquer que seja, e o interesse geral em cumprir a lei. Claro está que não é necessário ter um direito subjetivo — ou seja invocar a lesão de um direito subjetivo — fundado em uma situação jurídica anterior. O que exerce ação popular só tem *direito subjetivo à ação*; seu direito subjetivo consiste no exercício da ação, e nasce com ela, isto é, com a decisão formal de promovê-la.<sup>18</sup>

Embora haja diferenças entre esta *ação* e aquêla *recurso*, há também *certas analogias* entre eles, não somente de fins, como já dissemos, senão de efeitos jurídicos. Quando se admite a ação popular, ela tem efeitos *erga omnes* a respeito da anulação do ato impugnado; e isso se explica, pois seu objeto é *restabelecer a legalidade alterada pelo ato irregular*. Isto, além das responsabilidades dos autores do ato.

Esta responsabilidade, dado seu caráter repressivo e disciplinar, alcança não somente aos que tomaram a decisão, como também: a) aos que a autorizaram ou aprovaram, no exercício de sua competência legal; b) aos que opinaram ou deram parecer favorável à emanação ou aprovação do ato antes de realizado; c) aos que devendo decidir contrariamente ao mesmo não o fizeram de maneira expressa.

A eficácia da ação popular depende do *domínio de sua aplicação*. Em princípio, ela somente procede em face dos casos de *violação de lei*; mas numa regulamentação legislativa *imprevidente, incompleta ou defeituosa* que não preveja os atos que se devem considerar contrários ao interesse geral, a ação popular terá uma virtualidade limitada, por seu caráter indefinido ou imprevisão. Por isso, no conceito de *violação de lei* deve incluir-se não só toda transgressão de regra material; constituição, lei, regulamento, resolução, estatuto, etc., como tam-

18 Veja-se: Fernández de Velasco, op. cit., p. 60, que concorda com esta tese.

19 O projeto de lei, apresentado no Congresso brasileiro pelo deputado Bilac Pinto, compreende a violação de princípios gerais do direito derivados da declaração de direitos e do costume (art. 24, c), o que, em nossa opinião, é plausível sempre que esse costume seja compatível com os bons princípios para evitar um círculo vicioso em que se cairia, se os costumes irregulares de uma esfera bastassem para legitimar-se pelo simples fato de que igualmente se legitima esse costume em outra parte.

bém a violação de *todo princípio de direito público contido no sistema da Constituição*, ou a lei, tanto no que respeita à separação dos poderes, e de sua respectiva competência, quanto no que se refere às *garantias individuais*.<sup>19</sup> Se assim não fôsse, bastaria deixar de estabelecer regras positivas ou ir derogando ou ab-rogando as que mais limitem ou regulem o exercício regular e moral da autoridade, sobretudo no que se refere “à disposição dos bens que compõem o patrimônio das entidades públicas e o erário ou fisco nacional, as províncias ou os municípios”.

Uma lei pode ser violada em seu *texto* (violação grosseira e visível), em seu *espírito* (violação tortuosa e sutil), na verdade de seus *designios* sociais, econômicos, administrativos, etc. (falsa motivação).

Deve compreender-se, além disso, como violação de lei, tãda *interpretação arbitrária* das normas aplicadas em detrimento do interêsse geral ou do patrimônio ou erário do Estado, bem como a *errônea* ou *falsa motivação*, seja nos *designios de fato*, seja na *determinação dos motivos*; isto é, tanto na apreciação dos motivos anteriores ao ato (caso de inexistência dêsses motivos ou de não justificação para agir), quanto nos *motivos determinantes* que se dão na decisão. Se assim não fôsse, repetimos, bastaria apoiar-se em pressuposições de fato e em citações legais para legitimar os atos. E dada a tendência dos governos arbitrários a um excessivo *legalismo falso*, *puramente literal e palavroso*, é necessário e lógico estender o campo ou domínio da ação popular a êste conceito de violação de lei.

#### IV

Ao admitir-se que os particulares, ou os cidadãos, possam atacar os atos que violam a lei em prejuízo do interêsse geral, objeta-se que isso não deve alterar o princípio de separação de poderes, atribuindo ao judiciário jurisdição ou competência para conhecer e decidir nessa ação, porque ao julgar os atos impugnados, o juiz se erige em árbitro da administração pública, e que, embora em alguns sistemas se possam julgar os atos discricionários sempre que êles se *afastam do fim da lei*, como na França, mediante o recurso de “desvio de poder” (*détournement de pouvoir*) — que é uma forma especial do recurso “de excesso de poder”, ou seja *objetivo* — isso não apresenta reparo quando são os tribunais do próprio poder administrativo (o Conselho de Estado) que julgam o ato irregular. Isto é certo, e sabemos a razão histórica e a razão de princípio dêsse sistema, que veda em absoluto ao Poder Judiciário imiscuir-se nos atos administrativos, embora a proibição não seja tão absoluta que impeça o exame da legitimidade dêsses últimos por *via de exceção*, e se, nesse caso, o juiz não pode anulá-los, tampouco pode reconhecer-lhes validade, como já explicamos.<sup>20</sup> O mecanismo

---

20 Embora não seja assim denominada, por uma inexplicável lacuna da doutrina e da legislação processual, muito propensa a construir *sobre as concepções processualistas européias* (onde, porém, elas nada dizem, porque naqueles países não existe a instituição; aqui tampouco discorrem orgânicamente sobre o assunto...).

Veja-se: Bonfante, “*Istituzioni di diritto romano*” (Milano, s./d.), p. 54; Ihering, “*Espiritu del derecho romano*”, ed. cit., t. I, § LXII, p. 130.

desta “exceção de ilegalidade” é análogo ao da exceção de “inconstitucionalidade” em nosso regime.

Dizemos isto, porque, embora não exista nas leis, instituída como exceção, em sentido técnico, a defesa contra a lei anticonstitucional (em realidade como exceção se faz valer, em face da *pretensão* jurídica da parte em juízo, e mediante recurso especialmente o extraordinário) contra toda *decisão* definitiva e irrevisível fundada em lei anticonstitucional. Voltemo-nos, porém, para a ação popular.

A objeção que, nesta ordem de idéias, se faz contra a ação popular é inconsistente, em face da necessidade de remediar os males atuais. Somos os primeiros a sustentar que o poder judiciário não pode paralisar as decisões administrativas destinadas a satisfazer o interesse geral; por isso, fazemos reservas aos recursos de *injonction* e *mandamus*, que inspiraram o de defesa. Isto, porém, não significa admitirmos que um poder administrativo possa agir *de legibus solutus*. Pelo contrário, toda a nossa obra de longos anos tem essa direção e esse propósito: *instituir recursos para defender não somente os direitos subjetivos, mas também o direito objetivo, a legalidade, que limita a arbitrariedade*. E por isso defendemos a ação popular.

À objeção em aprêço se pode responder, dizendo: “a ação popular deve ser instituída de acôrdo com o sistema constitucional, e dentro dêle, duas grandes regras devem ser estabelecidas: 1) sôbre o fundamento do “petitório”, ou seja que *causas ou motivos o tornam procedente ou admissível*; 2) sôbre a *extensão da competência do tribunal judiciário*, ou seja *que espécie de caso deve ser julgado pelo juiz e que efeitos tem sua decisão*. O mecanismo processual é secundário, em face dessas normas que são de fundo constitucional; por isso, a ação popular segue, em geral, os trâmites do processo civil ou criminal, que parece mais consentâneo ao objetivo da ação, já que se trata de estabelecer a *verdade real* e não a *formal*; defender a *ordem pública*, o *patrimônio do Estado*, e não o patrimônio dos particulares, embora êste se beneficie, indiretamente, pois toda defesa do erário, do fisco ou do patrimônio do Estado, resulta em benefício da sociedade e dos cidadãos e contribuintes honestos, ou seja não complicados nas irregularidades administrativas do fisco. Toda lesão ilegal a êsse patrimônio, erário ou fisco, implica uma lesão, por pequena que seja, dos patrimônios individuais, porque, a título de contribuintes, terão de repor o que os beneficiários ilícitos aproveitaram, ou o que os administradores desleais fizeram perder ao Estado (em sentido lato: Nação, Estado ou Município).

Além disso, poder-se-á dizer que há menoscabo do poder administrativo quando a legalidade de seus atos é examinada pelo tribunal judiciário, em virtude de impugnação fundada, e quando êsse tribunal não faz senão verificar o ato e sua conformidade com a lei?

Algumas ações que hoje são privadas, em sua origem foram populares, porque a lesão do direito objetivo, da legalidade, da segurança jurídica, ameaça a todos, embora prejudique mais a uns do que a outros de maneira imediata. Em certos casos se vê uma dupla evolução, como no da *lei Ploetoria* (192-191 A. C.), que, segundo alguns autores, esta-

beleceu originariamente uma *actio popularis* para defender o menor de idade, enganado por sua inexperiência, em detrimento de seu patrimônio,<sup>21</sup> e, segundo outros, essa ação era extensiva a qualquer pessoa que quisesse promover o *judicium legis Ploetoriae*.

Onde também se vê esta concorrência de fins defensivos do interesse geral e do particular lesado é nas ações populares de polícia, por causas similares às previstas ou compreendidas na *lex Aquilia*.

Restabelecer a legalidade administrativa espontaneamente ou por iniciativa dos representados quando os representantes violam a lei, e com isso o mandato de cumpri-la, que em um regime *republicano e representativo* receberam do povo, não pode ser considerado menos-cabo de *um Poder que precisamente está colocado debaixo da lei*, e não acima da lei, ao contrário do poder legislativo, que só está colocado sob a Constituição, porém acima da lei. Que virtude teria a lei se, apenas, pudesse ser defendida quando fôsse violado um direito subjetivo determinado, ou um interesse legítimo (diferencial)!? Sua órbita de aplicação, seu império, sua missão mantenedora da *ordem pública*, do *interesse público*, dependeria da “boa vontade” dos funcionários administrativos.

2) A liberdade política é indispensável para defender a liberdade civil, declarou com razão a Côrte Suprema (*Acórdãos*, t. 191, pág. 388). Eis, aí, um princípio da maior importância, que sempre temos defendido. Apenas, onde a Côrte diz “liberdade política”, nós dizemos “liberdade cívica”, que, aliás, é *liberdade pública* usufruída não só pelos cidadãos, mas, também, pelos estrangeiros. Não se deve confundir a liberdade cívica com a liberdade política. A cívica é o gênero, pois é pública, e a política é a espécie, pois concerne aos *cidadãos*.

A liberdade de reunião, a de associação, a de imprensa, tôdas essas formas, entram na órbita da liberdade cívica, e com ela se defende a *liberdade civil*, a que se refere a Côrte. O estrangeiro não contribui com sua vontade para a formação dos poderes e menos ainda pode fazer parte dêles, no plano de *expressão direta do poder* (pois pode ser funcionário, mas, neste caso, está em segundo plano, embora tenha poder de decisão).

A liberdade civil é a de contratar, legar, adquirir bens e aliená-los, trabalhar, comerciar; tudo isto está na esfera do *direito privado*, seja civil, comercial, industrial, etc.

A liberdade cívica é a que se exerce na esfera pública, referida a uma entidade pública a título de *administrado, contribuinte, vizinho*, etc., e, nesse sentido, também podem ser exercidas funções públicas, tais como as de vereador municipal, membro de júri, seja criminal, fiscal ou de imprensa.

---

21 Um regulamento militar ou de regime carcerário cujo objetivo é assegurar a disciplina a todo custo, e onde tudo se reduz a obedecer o bom e o mau, não pode ser aplicado aos administrados, que são homens livres, responsáveis e com direito a discutir os atos administrativos, nem sequer aos próprios funcionários ou empregados autárquicos devem ser aplicados regulamentos dêste tipo.

O fato de leis mais recentes exigirem o título de cidadão para êsses cargos, não afeta o princípio. Devemos lembrar que, quando bastava ser contribuinte para desempenhar o cargo de vereador municipal, ou para eleger vereadores, houve estrangeiros que defenderam com energia e honra o interêsse público, ao contrário de vereadores-cidadãos que deram concessões escandalosas a emprêsas estrangeiras, ou deixaram explorar as riquezas nacionais sem outra razão a não ser o seu fracasso governativo.

Para ser membro de conselho escolar basta a qualidade de pai de aluno; não é questão política.

O direito político compreende o de fazer parte do govêrno ou elegê-lo, como cidadão, em cujo caso se tem um verdadeiro direito subjetivo —o de eleitor.

A *ação popular*, em princípio, pode e deve ser cívica.

É certo que o erário, o fisco, o Estado em suma, têm seus defensores em juízo, mas se êstes últimos fazem parte fatalmente dêsse mesmo poder administrativo que viola a lei, seja por subordinação hierárquica, seja por *esprit de corps*, ou por cumplicidade, pode suceder que êsses funcionários não a defendam, que não vejam, ou não queiram ver, ou que sejam, êles próprios, beneficiários da ilegalidade. Nesse caso, os cidadãos, os habitantes terão de assistir ao predomínio da ilegalidade, em homenagem ao princípio de separação dos poderes, cujo objetivo não é mutilar a integridade da lei, nem seu vigor total, senão, pelo contrário, distribuir, no processo de sua formação da lei, a sanção, a aplicação e a execução?

Existem *tribunais de contas* que julgam os atos dos funcionários e exigem a devolução daquilo que foi ilegalmente apropriado; existe o *ministério fiscal*, que acusa e persegue os que lesam o fisco; existe o *ministério público*, que acusa os delinquentes. Tais atividades formais são, porém, suficientes para a manutenção integral da *legalidade* e a *incolumidade do patrimônio do Estado*, como a lei o quer? (dizemos Estado em sentido amplo, incluindo o erário e o fisco). A resposta negativa é dada pela realidade.

## V

Em suas linhas gerais, no fundamento de suas decisões, o poder discricionário deve ser legal. Por princípio, as decisões dessa índole devem ser *motivadas*, porque, precisamente quando se exerce uma atribuição em que há liberdade de agir, é mais necessário, ainda, explicar os motivos, do que quando se exerce uma faculdade regulamentada, porque nesta última tudo se reduz a andar nos trilhos da lei, isto é, nos rumos traçados por um poder superior ao autor da decisão. No exame dêsses motivos se pode comprovar a observância da lei, em seus fins e em sua direção. Os motivos podem ser errôneos e a lei mal interpretada ou tortuosamente aplicada e essa aplicação é que entra no exame de legalidade.

O poder discricionário da administração pública se exerce não só nas decisões individuais, isto é, nas particulares que têm por objeto

uma questão concreta, como seria, por exemplo, o fechamento de um estabelecimento; a extinção de uma pessoa jurídica, baseando-se a decisão na ordem pública ou em uma medida de polícia; a avaliação da utilidade na aquisição de um bem; a nomeação de um funcionário anteriormente a concurso, cujas bases se fixam *ad hoc*...; mas, também, a faculdade discricionária se aplica, com mais graves conseqüências ainda, no exercício do *poder regulamentar*. Dizemos “mais graves conseqüências”, porque nos “regulamentos de execução”, por exemplo, são, às vèzes, introduzidas normas que não se limitam a “aplicar a lei”, senão a *ampliar a lei* à qual êsses regulamentos devem subordinar-se. Essa propensão para os regulamentos *praeter legem* — ou que passam por cima da lei ou vão muito além da mesma — é índice de falta de poder constitucional e expressão de autoritarismo.

Os regulamentos autônomos — como o seu nome o indica — são baixados sem referência a lei alguma (embora, a nosso ver, com subordinação a tôdas); o âmbito da faculdade discricionária é maior ainda nos regulamentos de execução, uma vez que são impostos *por falta de lei* (por exemplo, os de reunião, associação, função pública, ensino, etc.).

Nos regulamentos delegados, a lei limita o poder regulamentar à esfera determinada pela *delegação*, que, na realidade, é um *encargo de regulamentar* êsse ou aquêlo ponto de legislação. Por isso a delegação é de interpretação estrita, e não se pode delegar coisa alguma que implique estabelecer *impostos, penas* ou outras limitações à liberdade, ao patrimônio e a todo direito natural. No caso de se delegar o encargo de fixar penas, deve-se estabelecer o respectivo limite; o mesmo, quando se tratar de taxas fiscais. Há sempre, no govêrno ou na administração, pessoas que, por sua mentalidade profissional estreita ou destituída de sentido jurídico, confundem *mando* ou mera *execução* com govêrno e administração.<sup>22</sup> Nessas pessoas, o exercício da faculdade regulamentária perturba a ordem constitucional relativa às liberdades públicas.

Um regulamento que estabelece disposições ilógicas, arbitrárias, autoritárias, e é fielmente obedecido pela autoridade que o baixou “para agir dentro da lei” constitui, para a ordem jurídica, maior perigo do que a falta de qualquer regulamento. Por isso, a sua *fiel observância* o torna mais condenável, ainda, perante a ação popular, no caso de afetar a lei, ou na falta desta, a própria Constituição. Expressão típica desta classe de disposições é a do decreto de 6 de janeiro de 1950 que dispôs que a polícia federal devia exigir das pessoas que se ausentassem para o exterior um certificado expedido pelo Ministério da Fazenda — Diretoria Geral de Rendas — no qual constasse que as mesmas não eram devedoras de impostos cuja arrecadação fôsse da alçada daquele órgão.

Claro está que criticamos essa disposição extravagante e anti-jurídica,<sup>23</sup> porque o devedor responde com seus bens, e não com sua

22 Veja “Compêndio de direito público”, t. III, p. 76, nota 71.

23 Nesses regimes se criam mitos e frases que confundem o juízo crítico do povo:

pessoa; êsse regulamento viria converter o território nacional numa espécie de cárcere de contribuintes, contra todo princípio de direito vigente em países civilizados e como fizemos notar, a prisão por dívidas foi abolida há quase um século (lei n.º 514, de 22 de junho de 1862). Não podia haver transgressão mais clara do direito proclamado na Constituição — de entrar e sair do território. “Os direitos se exercem de acôrdo com as leis que os regulamentam”, mas regulamentá-los é *afirmá-los* e protegê-los, sem outras limitações senão as impostas pela própria natureza do direito.

Há um errôneo conceito do poder regulamentar na ordem técnico-administrativa, poder que se considera exclusivo e próprio da administração pública e isento de revisão pelos tribunais de justiça. O erro provém de confundir a natureza e extensão desse poder.

É evidente que um tribunal de justiça não tem competência para rever planos de estudo dos colégios ou universidades, nem de construções e inspeções de obras públicas, nem de procedimentos de polícia sanitária, nem de exame de competência para exercer cargos de contador fiscal, nem de procedimentos de arrecadação fiscal, etc., porque a técnica de cada disciplina e a eficácia dos preceitos gerais (*ciência da administração*) é matéria de política administrativa, e o tribunal de justiça não é *super-administrador*. Mas tudo isso — que concerne ao mérito do ato ou decisão da administração pública — não deve ser confundido com a *legalidade*, ou seja com tudo aquilo que envolva um princípio de direito, uma garantia constitucional, porque perante os princípios em que se baseia todo o sistema fundamental, a eficiência, o mérito e a técnica estão em segundo plano e subordinados aos mesmos princípios, porquanto, sem liberdades razoáveis que permitam o desenvolvimento das aptidões intelectuais e físicas das pessoas, não haveria progresso, eficiência, cultura e ordem, senão constrangimento, submissão, claudicação e despotismo. Nenhum povo pode progredir com um sistema dessa natureza. Por isso, todo povo que conquista a liberdade e a independência, a primeira coisa que faz é estabelecer firmemente uma carta constitucional que é instrumento de govêrno e, ao mesmo tempo, baluarte de garantias individuais e coletivas. Nessa carta se conciliam os *interesses públicos* (que são os da Nação) com os *interesses individuais* e os direitos pessoais.

Dessa *solidariedade de interesses*, o público e o individual, surge o espírito de defesa do direito constituído, e a *ação popular* não é outra coisa senão um meio de defender essa ordem jurídica, dentro desse equilíbrio harmônico do interesse público (do qual são beneficiários todos os indivíduos) quando os poderes públicos o alteram, aberta ou dissimuladamente, em seu benefício pessoal ou segundo seus próprios

---

apesar disso, embora êle não tenha uma ilustração suficiente para avaliar os princípios constitucionais, tem, em geral, uma certa intuição para ver se seus direitos são respeitados ou não. Pode ser enganado, transitòriamente, pelo palavreado: não tarda, porém, em descobrir tudo isso enquanto é pôsto à prova, e, logo após, reage com o seu espírito de vindita.

desígnios, estejam ou não em cumplicidade com alguns membros do corpo social.

*A hierarquia de normas é uma questão formal, cuja observância é benéfica se a norma superior está animada de sentido constitucional.* Se a lei não tem substrato constitucional e o regulamento se adapta à lei, e o decreto ou o estatuto se adaptam ao regulamento, o exame de legitimidade do decreto, do estatuto, do regulamento, relativamente a essa lei, não passaria de um exercício de lógica formal, que não teria nenhuma virtude para o direito. A única dependência ou conformidade normativa é um fetiche formalista de regime totalitário, de despotismo disfarçado em legalismo. O que importa é que a própria lei se adapte à Constituição e que esta seja interpretada com sentido jurídico de liberdade e de autoridade razoável, e não de autoritarismo.<sup>24</sup>

Em momentos de relaxamento do civismo, pelo suborno e pela intimidação, o cidadão que promove a ação popular contra um ato arbitrário lesivo do *patrimônio do Estado, das liberdades públicas, da moralidade administrativa* deve ser rodeado das garantias análogas às que possuíam os tribunos romanos, não, porém, com espírito de classe, senão como defensor da ordem constituída.

O que exerce a ação popular não é um fiscal do govêrno, nem um acusador público, mas um defensor da ordem jurídica, inclusive da patrimonial. Nesse momento, aparece como mandante virtual da sociedade que discute a lealdade do mandato concedido na representação política; é êle que pede o restabelecimento da legalidade que se considera alterada.

---

24 Embora a nossa opinião esteja sempre expurgada da influência doutrinária de qualquer sistema. E porque devemos considerar os problemas jurídicos com critério autônomo, êsse critério que se forma pelo sentido constitucional e pela experiência própria, aprez-nos citar a opinião de um autor de notável imparcialidade, o professor Ferraris, que em seu estudo sobre o poder discricionário da administração pública e da autoridade judiciária (*"Il potere discrezionale della Pubblica Amministrazione e l'autorità giudiziaria"*, em *"Rivista di Diritto Pubblico e della Pubblica Amministrazione"*, 1924, 1.<sup>a</sup> parte, p. 226), diz: "A autoridade judiciária comum deve sempre poder examinar se a administração exerceu seu poder discricionário como estava obrigada a fazê-lo, isto é, se agiu de modo a alcançar o fim para o qual êsse poder lhe havia sido concedido, se escolheu meios idôneos para consegui-lo, ou se, pelo contrário, causou danos a terceiros, por ignorância ou por errônea apreciação das condições técnicas ou administrativas normais, ou se por ter procedido de modo inadequado, deliberando ou resolvendo, ou por ter ocasionado prejuizos ou lesões de interêsses em maior escala do que aquela que podia ser predeterminada, mediante cuidadosa previsão, ou por deixar-se levar por motivos errôneos e não pertinentes ao caso, ou por haver feito uma errônea apreciação das circunstâncias de fato, ou por haver decidido sem suficiente notícia das mesmas, e assim por diante.

Tôdas estas condições entram no exame da pura legitimidade da ação administrativa; em nenhuma delas, a apreciação se refere ao mérito, ou seja não implicam um juízo de conveniência ou de oportunidade. Se tal competência fôr negada à autoridade judiciária e se continuar sendo proclamada a não revisão do exercício do poder discricionário da administração pública, acabar-se-á por deixar caminho livre às providências que assumem o deplorável caráter de despotismo administrativo, e podem comprometer o prestígio — que há de ser mantido, pelo contrário, zelosamente intacto — daquele organismo estatal como atento promotor dos interêsses da coletividade, não os separando dos que concernem a cada indivíduo".

Esta atitude, de pedir o restabelecimento do direito constituído, induziu a alguns autores a basear a ação popular no *direito de petição*, e isto tem algo de verdade; mas, em nossa opinião, somente o fundamento é admissível, porque em sua qualidade de autor, quem exerce a ação popular não apenas pede, mas também exige concretamente uma decisão. Não solicita um favor, mas reclama uma legalidade, e o seu título de autor é dado pela lei, do mesmo modo que êsse título é dado ao ministério público para acusar e prosseguir as acusações contra os transgressores de leis de ordem pública. Isso explica a ação conjunta que o autor da ação popular e o ministério público realizam em defesa do interesse geral.

Nunca se pôs em dúvida o direito de um terceiro de promover o recurso de *habeas-corporis*, embora êsse terceiro não haja sofrido dano nem lesão de um direito; nem o direito de denunciar uma infração fiscal que implica defraudação para a renda pública que o mesmo denunciante contribui para formar. No caso do *habeas corpus*, embora se admitindo transgressão por parte do prêso, há um interesse geral em defender a liberdade.

A ação popular se apresenta perante um poder que é, ou deve ser, independente da força política, e os membros dêste poder sabem que, como juizes, têm por sua vez outros juizes — segundo a expressão de Avellaneda — que é a parte do povo que se chama *neutra*, e é a maior nos momentos de decisão livre.

A ação popular permite o que não é possível fazer na imprensa, embora haja certa liberdade, porque denunciar não é o mesmo que *pôr em movimento um poder* como o judiciário, obrigado a decidir, investigar, anular, condenar ou absolver. Mas a própria absolvição não põe um fim à irregularidade, se ela existe, porque *com novos motivos e provas* pode outro autor, mediante ação popular, voltar ao assunto. E é justo que assim seja, porque não deve ter autoridade de coisa julgada uma ação popular mal promovida ou deliberadamente mal apresentada e sustentada por um falso autor movido pelo autor da irregularidade ou por seus cúmplices; êsse fracasso aparente não pode inibir o cidadão autêntico, que possa exercer a ação eficazmente. Não devemos esquecer que, nestes casos, se trata de estabelecer a *verdade real*; não está em jôgo o direito subjetivo de uma pessoa, direito que, se é patrimonial, é renunciável (salvo fraude contra terceiros), mas o *direito objetivo*, que a todos interessa — o patrimônio público.

*O poder judiciário pode julgar a legalidade dos atos discricionários, bem como os de discricionarismo técnico.* Já fizemos a distinção entre o que é *técnico*, ou de *mérito*, ou de eficácia, e o que é *legal*, ou jurídico. *O rótulo não altera a substância do conteúdo.* Vejamos alguns exemplos. Um estatuto ou regulamento de funcionários e empregados exige a idoneidade como requisito para ser nomeado; isso é constitucional. A idoneidade é *profissional e moral*. A profissional consiste na aptidão para o exercício do cargo, o qual, segundo sua índole, pode requerer o conhecimento razoável da Constituição e da legislação geral. Se, todavia, exige o conhecimento de doutrinas (assim chamadas, às vezes) de partidos ou de pessoas, tal regulamento é inconstitucional,

por vulnerar a liberdade política. Se exige religião determinada, não sendo requisito constitucional, viola a liberdade de consciência e de culto, conforme seja a forma estabelecida para expressar essa adesão à religião determinada. Se exige juramento de fidelidade a um partido, ou filiação partidária, sob pretexto de lealdade, é inconstitucional, porque afeta a liberdade política e viola o princípio da *idoneidade*, que é objetiva e impessoal. A lealdade se deve à lei e não a partidos a que não se pertence, e menos ainda às pessoas, embora elas ocupem ou detenham cargos públicos. Uma regulamentação ou edital de condições de obras públicas ou fornecimentos, que exigem o emprêgo de materiais de determinados produtores ou vendedores, embora não se enunciem expressamente nesses editais ou bases (mas isso resulta do fato), são imorais e violatórios da igualdade perante a lei, no tocante à liberdade de indústria e comércio.

Todos êstes casos e outros semelhantes que entram na esfera dos vícios que invalidam os atos impugnáveis em certos sistemas pelo recurso de *desvio de poder*, podem e devem ser atacáveis pela ação popular, porque são violatórios não sòmente de normas expressas da Constituição, mas, também, de princípios essenciais de ordem moral que precisam estar escritos para que dominem em tôda a legislação administrativa ou constituam o substrato ético da mesma.

Em nosso sistema constitucional, o poder judiciário não possui, sòmente, a missão limitada que tem nos sistemas europeus, onde a onipotência legislativa só reconhece os limites que ela mesma se impõe, pois não existe o contrôle de *constitucionalidade* das leis por meio de recursos jurisdicionais, senão a concepção francesa da separação dos poderes, que inibe o juiz judicial de imiscuir-se nos atos administrativos. Em nosso sistema — da mesma forma que no sistema que os constituintes tiveram em vista — o poder judiciário é o baluarte defensivo dos direitos individuais privados e públicos, sempre que os mesmos são lesados. Êste princípio atribui aos juízes o exame da legalidade dos atos da administração pública, se êstes últimos ferem direitos e garantias jurídicas de qualquer espécie.<sup>25</sup>

Pode suceder que o poder judiciário leve até ao extremo o seu conceito de separação dos poderes, inibindo-se de examinar a legalidade de certos atos do poder executivo, por considerá-los políticos, mas isso é circunstancial e depende do grau de independência que o mesmo poder judiciário atribua a si próprio.

Não é êsse o sistema da Constituição, que fêz do poder judiciário um poder jurídico, moral e econômicamente independente, e cuja força

---

25 Não é necessário que se configure uma malversação para que a disposição seja causa de impugnação pela ação popular, se o ato é ilegal, embora não esteja sancionado criminalmente. Uma licença de importação que sòmente deve ser concedida a importadores, e que, entretanto, é dada a um intermediário para que êste a negocie, é um ato de corrupção ou subôrno, e, com mais forte razão, se tem por objeto um fim de política subalterna; é, porém, sempre, um ato imoral, embora se caracterize por mero favoritismo. Tôdas essas sujeições e forças caudinas que se estabelecem como requisitos pseudo-legais, servem para corromper os cidadãos e, inclusive, as instituições.

reside, acima de tudo, na integridade de seus membros. A opinião pública considera também essas coisas.

## VI

Alguém já disse que a eficácia da ação administrativa depende, em larga escala, da faculdade discricionária, pois os *entraves* impostos pelas normas legais entorpecem ou retardam essa ação e não permitem que o administrador inteligente e ativo realize sua ação em proveito do interesse público. Salientou-se, outrossim, que o êxito das empresas particulares — algumas das quais têm mais importância que certas administrações públicas municipais e também estaduais — é devido ao exercício dessa faculdade discricionária, a essa aptidão para decidir segundo as circunstâncias de tempo, lugar, oportunidade, que os seus diretores, ou gerentes manifestam. Isto é verdade; mas na administração pública êsses argumentos perderam muito valor nos governos de origem democrática, onde o caudilhismo, a demagogia e a falta de consciência cívica do povo torna possível o advento de governantes cujo intuito é o de manter-se no poder, que não exercem como a Constituição o determina.

Ora, como o grau de enervação e de corrupção nunca chega a tôdas as classes em sua totalidade, e sempre há cidadãos conscientes de sua missão cívica, que têm um claro sentido da legalidade, que sempre defenderam o interesse geral, em tôdas as atividades e esferas de sua vida, ou têm vocação por êsse interesse, torna-se evidente que dotar tais cidadãos de um meio “legal” capaz de conter ou de reduzir êsse discricionarismo é algo inerente à própria forma de governo democrático e exemplar maneira de preservar as instituições e tornar impossível ou difícil que sejam entronizados a arbitrariedade, o desperdício do erário, a destruição do patrimônio do Estado.

Não é no exercício das faculdades reguladas, senão das discricionárias onde mais se fere o interesse público, a saúde moral do povo e se ofende a propriedade dos habitantes; se, porém, tais faculdades se consideram como não suscetíveis de revisão, o mal se agrava ante a importância do povo para combatê-lo. A ação popular é o meio mais idôneo e lógico em sistemas como o nosso. Ante o interesse geral, efetivo, defendido com argumentos irretorquíveis, pela ação popular — que sempre deve ser fundamentada, pública, discutida — o argumento da faculdade discricionária, que, na prática, se resume em agir *de legibus solutus*, tem de ceder como um embuste formal.

A faculdade discricionária, se não é objeto de controle jurídico, e especialmente jurisdicional, permite o governo pessoal. Tão inconveniente é o governo discricionário unipessoal (caciquismo) como o volegiado (camarilha). Por isso, a ação popular se exerce, também, contra as entidades autárquicas, ou contra seus órgãos colegiados, nos quais, apenas, salvam a sua responsabilidade os membros que não consentem, expressamente, os atos irregulares suscetíveis de serem atacados pela ação popular.

Ora, no domínio dos princípios, observamos que a crítica que se faz ao sistema de ação popular no sentido de que ela ameaça o exercício da faculdade discricionária e debilita a ação administrativa, é inconsistente, pois a ação não se exerce quando o ato está em gestação, a menos que a medida preparatória do ato seja em si mesma de tal modo irregular que constitua, por si só, uma decisão impugnável. A ação popular, nesse caso, pode ser admitida, em virtude da mesma razão que serviu de base ou motivo jurídico à Côte Suprema nacional para admitir o recurso extraordinário contra decisões não definitivas (isto é, suscetíveis de revisão mediante ações ou recursos, na jurisdição local), se a execução delas causa um dano que pode ser irreparável e quando das mesmas surge uma inconstitucionalidade manifesta.

Casos existem nos quais se a decisão inconstitucional não pudesse ser embargada logo depois de terminada a ação ordinária de pedido de pagamento, ou reivindicatória, etc., as decisões executivas fiscais poderiam arruinar uma indústria, um comércio, uma empresa útil, etc.

A Côte Suprema foi lógica e justa ao admitir o recurso extraordinário contra as decisões ditadas em caráter compulsório, e em geral contra os atos executados como *vias de fato* contra a propriedade, por funcionários provinciais ou federais (aqui a distinção não tem razão de ser) que agem seja de *motu proprio*, seja por ordens de seus "superiores". Se fôsse esperar sempre por essas decisões definitivas, embora triunfando o ofendido, o seu triunfo poderia ser uma vitória de Pirro! Por isso, consideramos acertada a jurisprudência da Côte Suprema que abre o recurso extraordinário contra as decisões executórias, embora, isso, apenas, aconteça imediatamente depois de executadas (*Acórdãos*, t. 98, pág. 309; t. 113, pág. 165; t. 158, pág. 78 e outros posteriores).

O mesmo princípio vale para contrarrestar pela ação popular um ato preparatório de certa gravidade e de natureza autônoma, no processo administrativo; quando, por si só, esse ato constitui uma flagrante violação da lei e um prejuízo dificilmente reparável na ordem natural das coisas. Não devem os cidadãos assistir *perinde ac cadaver*, enquanto está em formação uma irregularidade máxima e completa; quando já estão sendo cometidas violações parciais da lei — embora preparatórias — para ver o que, no fim, irá acontecer. . .

Por meio da ação popular podem ser impedidos atos de disposição *irregular dos bens do Estado*,<sup>26</sup> privilégios facciosos ou partidários, atos imorais da polícia em cumplicidade com os grupos facciosos.<sup>27</sup>

Mediante a ação popular se pode impedir a nomeação ou a promoção ilegal de um funcionário não idôneo, moral e profissionalmente, ou, melhor, a preterição injusta de um funcionário exemplar. Há um inte-

---

26 Em seu livro "*Vida del pueblo norteamericano*", seus autores Faulkner, H. U.; Kepner, T.; Barlett, H., ed do "*Fondo de Cultura Económica*", México, 1941, p. 253, se referem às façanhas de Tweed, e Tamany. Hall-Stead, W. T., em seu livro "*El gobierno de New York*", relata pormenores do impressionante informe da Comissão senatorial presidida por Lexon, em 1894, e que investigou esses fatos e a cumplicidade da polícia daquela cidade.

rêsse geral em que se observe o princípio constitucional da idoneidade, pois os beneficiários de uma administração pública são todos administrados, com exceção dos transgressores, que querem assegurar a impunidade de seus atos irregulares na administração pública.

Se a ação popular se admite contra os atos irregulares (ilegais) de disposição ou administração do patrimônio do Estado ou do erário, como não deverá ser admitida em casos dessas nomeações ou promoções que, por si sós, além serem ilegais, implicam uma ameaça presumível de ilegalidades futuras? Em tais casos, alia-se à ilegalidade do ato da nomeação uma nova transgressão, quando se trata de funcionários ou de pessoas já condenadas pela própria administração, se esta agiu com justiça, pois prescindimos da inabilitação penal, que, por si só, constitui impedimento para exercer funções ou empregos, enquanto durar a mesma.

## VII

Uma das objeções que se costuma fazer à ação popular é a possibilidade de que se multipliquem, temerariamente, essas espécies de acusações, porque, em sua essência, elas consistem precisamente nisto. Dizem alguns que o exercício da ação popular pode ser convertido em meio de desprestígio da administração, bastando, apenas, propô-las ou promovê-las se forem em grande número. Este argumento, porém, que não é de princípio, como se fêz notar com razão,<sup>27</sup> perde consistência se advertirmos que do resultado dessas ações depende, também, o crédito ou, pelo contrário, o desprestígio de quem as promove, podendo ocorrer que a administração saia airosa e sem mácula; e, neste caso, isto a coloca em melhor situação do que se não tivessem sido investigados, ou deixados que se propalasse rumores ou campanhas de maledicência. Isto mesmo nos faz lembrar que é possível mover-se uma ação popular com o propósito deliberado de que a mesma venha a fracassar, para desvanecer rumores ou desviar a atenção das verdadeiras e graves irregularidades que não se impugnam mediante ações. Isto acontece como em certos processos movidos por “testas de ferro” dos querelados...

Por outro lado, a lei pode regular os requisitos subjetivos, isto é, a qualidade de autor, seu nome, sua solvência seu grau de responsabilidade.

Também se propôs — para limitar as ações —<sup>28</sup> a fiança do autor, mas, ao nosso ver, isto é uma exigência injusta e, além disso, na prática, as fianças não são requisitos eficazes, e, se são pessoais, haverá nas mesmas muita generosidade. Além disso, com que critério seria calculado o seu montante?<sup>29</sup>

---

27 Veja-se: Fernández de Velasco, “*La acción popular en el derecho administrativo*”, loc. cit.

28 Admite a *cautio judicatum solvi*, entre outros, Fernández de Velasco, loc. cit.

29 Embora se limite às custas do processo, pode gerar responsabilidade de outra ordem.

O grau de interêsse do autor deve ser considerado em relação à sua atuação pública, às suas qualidades morais, ao seu conceito cívico e ao móvel que, às vêzes — embora seja sempre subjetivo — é, também, indisfarçável. Claro está que, os inabilitados legalmente para o exercício de direitos políticos, os que serviram em administrações corruptas, os modernos *sicofantas*,<sup>30</sup> podem ser denunciante, nunca, porém, autores. O exercício da ação popular requer uma qualidade: *ser um cidadão digno*.

A mesma objeção que se faz contra a ação popular, tem sido feita contra o exercício do *dereito de réplica* na imprensa, que sempre temos defendido e continuamos a defender.<sup>31</sup>

## VIII

Em uma instituição tão singular como esta, nada tem de raro que se venha discutir a natureza jurídica da ação e o caráter de quem a exerce; por exemplo, se é ou não uma função pública. Para responder a isto é necessário distinguir a noção geral e comum de *função pública* dentro de um poder do Estado, do que é função pública fora desse poder, porém necessária para a constituição mesma dos poderes, como a de eleger no regime representativo, ou, ainda, aprovar decisões (*referendum*) ou a continuidade do desempenho do cargo no tocante a certos funcionários (recurso de destituição), ou a legitimidade ou validade de certos atos, mediante a “ação popular”. Na ordem política, é possível realizar funções públicas sem ser funcionário no sentido de órgão do Estado; tal é a função do sufrágio. Com efeito, o cidadão eleitor contribui com o seu voto, ou seja com a sua *vontade*, para a formação efetiva dos poderes, ao designar as pessoas que devem exercê-los. É evidente que se trata de um poder político, que como tal se atribui, e se exerce de acôrdo com um regime legal. É uma função necessária, porque se não fôsse exercida, os poderes ficariam, praticamente, acéfalos, ou sem os órgãos vivos que devem exprimir a vontade do Estado. Dado, pois, êsse caráter de *necessidade, regularidade, legalidade* da atividade do eleitor, para assegurar a *continuidade do Estado*, é impossível deixar de considerar o sufrágio como função pública, embora o eleitor não seja funcionário no sentido da atividade pessoal posta ao serviço do Estado, em forma permanente.

No que respeita à ação popular, consideramos que seu exercício é função pública, embora o autor não seja funcionário (conceito que já apresentamos). É função pública por *seu objeto*, por *seu fim*, por

---

30 Consideramos êsse aspecto em nosso livro “*El estadista e su pueblo*”.

31 Veja-se: “*Estudios de derecho público*”, 2.<sup>a</sup> ed., t. III, ps. 751 e segs. “*La Prensa — Su influencia y el derecho de replica*”.

Periódicos da maior autoridade moral e de tradição patriótica, que sempre defenderam o interêsse da Nação e a Constituição, como a serviço da verdade, não aceitaram como recurso eficaz o direito de réplica, sem dúvida por causa do hipotético inconveniente da multiplicação de retificações às vêzes infundadas ou capciosas. Isso, porém, se evita com uma eficiente regulamentação.

seu *modo de exercício* e por *seus efeitos*. Seu objeto é a *impugnação* de um ato do Estado, ou seja de seus poderes ou órgãos; seu fim é a *anulação ou extinção do ato*; seu modo de exercício é de *direito público*; seus efeitos jurídicos modificam a ordem positiva ou os atos da autoridade pública. Não é, como alguns pensam, mera *aticidade pública*. Atividade pública não é sinônimo de função pública, nem sequer de emprêgo público. A atividade pode ser uma contribuição física ou intelectual mais ou menos útil, uma colaboração ao interesse geral ou público, mas não é função sob o ponto de vista institucional, único que deve ser considerado. Uma gestão de negócios, e da mesma forma um emprêgo útil, em favor da administração pública não implicam funções públicas, embora seu fim seja de interesse público. Não é a brevidade, nem o fato de que seja uma só operação o que define a atividade como distinta da função, pois a presidência de uma mesa eleitoral, o desempenho como jurado (com poder de decisão), a prisão de um transgressor em flagrante, etc., são funções públicas, porque se trata de exercer, nesses casos, nem que seja por um momento, uma autoridade atribuída pela lei (vejam-se os arts. 77 e 240 do Código Penal argentino).

A ação popular difere da denúncia, porque esta, embora seja voluntária, pode ser imposta, obrigatoriamente, pela lei. A ação popular é voluntária e pode ser abandonada (claro está que se foi leviana ou temerária, o ator contrai, pelo menos, responsabilidade pelas custas).

Sendo a ação popular uma forma de *contrôle de legalidade* não se lhe pode negar o caráter de função. Não é necessário que o seu autor represente os cidadãos, e menos, ainda, a administração pública, perante a qual cabalmente se coloca, para obrigá-la à legalidade. Para que haja função basta que a pessoa expresse a vontade da lei, não somente ao agir em defesa de seu império, mas também ao erigir-se em autor, por incitação da própria lei que lhe atribui, em forma potencial, êsse caráter. Ao assumir o papel de autor, a proposição legal se torna *atual* e efetiva.

Também, aí, o problema não é meramente jurídico, senão de sociologia política, de educação cívica, de *sentido constitucional*. O sentido constitucional é como um juízo de valor consciente e refletido sobre o *exercício e a defesa da liberdade cívica e das instituições jurídicas tradicionais* reconhecidas e protegidas na Constituição, seja esta uma carta, ou várias, ou declarações e afirmações de direitos. Êsse sentido se adquire por educação cívica e constante respeito da liberdade e do direito. Tiveram-no os povos antigos como o romano na época republicana, o de certas regiões da Espanha como Aragão, onde já no século XII existia o “fôro de manifestação” (fôro de Sobrarte) para defender a liberdade, ainda com maior eficácia do que o *habeas-corpus*; a Justiça de Aragão, como uma côrte judicial sobre o próprio rei. Possui, também, êsse sentido o povo inglês, sem necessidade de fabricar constituições. Fato paradoxal e curioso é o seguinte: onde menos sentido constitucional existe, mais frequentes e gerais são as reformas da Constituição. Em um breve curso de direito constitucional ameri-

cano comparado o professor Gordon Ireland o demonstra, sem, contudo, pronunciar-se a respeito.<sup>32</sup>

O sentido constitucional deve estar acompanhado de um estado de espírito alerta, que não ceda um instante à ilegalidade, à negociata e à intimidação. É, pois, educação e mentalidade de um povo. Os fatores que se opõem ao desenvolvimento dêsse sentido são, principalmente, de duas espécies: a covardia, ignorância e ceticismo do povo, por um lado; o egoísmo e utilitarismo amoral das classes dirigentes por outro.

As violações da Constituição sòmente o preocupam quando se trata da propriedade, de seus interesses. Nesse caso, a ação popular tem um papel importante, a tal ponto que pode ser providencial.

---

32 “Publicaciones de la Universidad de Santo Domingo”, v. XIV (1914).