

- *Contratação de obra pública sem concorrência.*
- *Lesividade presumida a ser apurada em liquidação por artigos.*
- *Voto vencido.*
- *Ainda se concretizada a lesividade à moralidade administrativa, não se presume a lesividade ao patrimônio público.*

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
EMBARGOS INFRINGENTES Nº 152.433

Embargante: Clara Levin Ant e outros

Embargados: Companhia do Metropolitano de São Paulo e outros.

Relator: Sr. Desembargador José Osório

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de EMBARGOS INFRINGENTES nº 152.433-1/8-02, da Comarca de SÃO PAULO, em que são embargantes CLARA LEVIN ANT e OUTROS, sendo embargados COMPANHIA DO METROPOLITANO DE SÃO PAULO — METRÔ, JOÃO OSVALDO LEIVA, CONSTRUTURA MENDES JÚNIOR S.A., ORESTES QUÉRCIA e OUTROS:

ACORDAM, em Sétima Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, preliminarmente, conhecer dos embargos, e, por maioria de votos, recebê-los em parte, de conformidade com o relatório e voto do Relator designado, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Participaram do julgamento os Desembargadores BENINI CABRAL (Presidente) e EVARISTO DOS SANTOS, com votos vencedores e SOUSA LIMA (Relator), com declaração de voto e REBOUÇAS DE CARVALHO, vencidos, em parte.

São Paulo, 21 de junho de 1995.

JOSÉ OSÓRIO

Revisor e Relator designado

Ação Popular. Memorial da América Latina. Contratação de obra pública sem concorrência.

Lesividade presumida. Embargos parcialmente recebidos.

Ação popular foi julgada parcialmente procedente em relação aos réus Orestes Quércia, Frederico Mathias Mazzuchelli, João Osvaldo Leiva, Antônio Sérgio Fernandes, Pedro Guyummjian, Ismar Lissner, Marcos Antônio Camim Marchese, Getúlio Hanashiro e Construtora Mendes Júnior S.A.; quanto aos réus Elizabete Mendes de Oliveira, Luiz Carlos Santos, Almino Afonso e Roberto Rollemberg, os autores foram considerados carecedores de ação; e deu-se o decreto de improcedência contra as rés Promon Engenharia S.A. e Ductor Implantação de Projetos S.A., tudo de conformidade com a r. sentença de fls. 2562/85, 10^o vol.

O v. acórdão de fls. 3270/8, cujo relatório é adotado, pelos votos majoritários dos Des. Rebouças de Carvalho e Evaristo dos Santos, afastou argüição de nulidade da sentença,

* Ver, sobre o caso, acórdão publicado nesta Revista, volume 195, p. 211 e seguintes.

vencido nessa parte o saudoso Des. Godofredo Mauro, e deu provimento aos recursos, para julgar improcedente a ação contra todos.

Ficou vencido em parte o Des. Godofredo Mauro, que anulava a sentença, facultando-se a produção de provas.

Também ficou vencido o Desembargador Evaristo dos Santos, que afastava as preliminares e dava provimento, em parte, aos apelos de João Osvaldo Leiva, Orestes Quércia, Frederico Mathias Mazzucchelli e Getúlio Hanashiro, para excluí-los do processo por ilegitimidade passiva, extinguindo-se este quanto a eles sem julgamento de mérito; dava provimento parcial ao apelo da Mendes Júnior e negava provimento aos demais recursos, inclusive ao oficial.

Com fundamento no voto minoritário do Des. Evaristo dos Santos, foram opostos os presentes embargos infringentes, visando à procedência da ação contra os diretores do Metrô e contra a Mendes Júnior, alegando os embargantes, em síntese, que não há dúvidas acerca da legitimidade passiva das empresas envolvidas do negócio, não se aceitando a exclusão dos diretores do Metrô do pólo passivo da ação; que não se pode afastar a incidência do art. 4º, III, 'a' da L. 4.717/65, não havendo como se afastar a necessidade de licitação; que a prova efetiva de lesão é desnecessária, pois tal lição é legalmente presumida, e o v. acórdão apoiou-se em relatórios facciosos oferecidos pelos réus; e que, assim, imperiosa a reforma do v. acórdão, prevalecendo o bem lançado voto vencido.

Impugnaram os embargos a Mendes Júnior, a Cia. do Metrô e seus Diretores, Antônio Sérgio Fernandes e outros.

A Mendes Júnior levanta preliminar de não conhecimento dos embargos, que teriam sido postos sem os requisitos formais mínimos e essenciais, pois não houve, no recurso, pedido de novo julgamento, limitando-se os embargantes a reproduzir as razões de embargos de declaração por eles anteriormente opostos. Com isso, pretende o não conhecimento dos embargos infringentes. No mérito, aduz, em síntese, que os pedidos formulados improcedem; que não foi transgredido o art. 97 da C.F., com uma suposta declaração de incons-

titucionalidade do art. 4º da Lei da Ação Popular, em face do art. 5º, LXXIII, da C.F.; que a exigência de efetiva e comprovada lesão para a procedência de ação popular decorre também de que a lei exige o enquadramento em algumas das hipóteses de seu art. 4º, e a Constituição exige lesão — a presunção de lesividade, que não está na lei mas em parte da Doutrina, fica afastada sem qualquer arranhão à lei e sem taxá-la de inconstitucional; que a Jurisprudência brasileira considera que o pronunciamento expresso da Turma Julgadora no sentido da inconstitucionalidade da lei constitui requisito indispensável para remessa do feito ao plenário: que, quanto à dispensa da licitação, a fundamentação do v. acórdão é suficiente, não colhendo qualquer argumentação de falta de fundamentos para a decisão, de acordo com a melhor Doutrina; que o acórdão é bem claro ao mostrar que o canteiro de obras da Mendes Júnior já estava instalado no local e os prejuízos decorrentes de seu afastamento de lá ou do uso do canteiro por outra empresa; que é absurdo o pedido de esclarecimentos por parte do eminente Terceiro Juiz, pois este não tem o dever sequer de declarar seu voto; que não se provou, efetivamente, qualquer lesão ao erário, pois não houve prejuízo algum, e isso é matéria prejudicial em relação a tudo quanto se queira discutir nos embargos; que os documentos juntados pela embargada foram apreciados pelos embargantes, que se manifestaram sobre eles, não cabendo, agora, qualquer alegação de que a juntada é irregular; que o ônus da prova, no tocante à alegação de lesão, era dos autores: que a juntada de relatórios pelos réus foi perfeitamente regular; que haveria enriquecimento ilícito na indenização que não correspondesse a qualquer dano efetivo; que a Constituição, em seu art. 5º, LXXIII, fala em ato lesivo, e não em lesividade; que, com a obra atacada, houve benefícios à comunidade: e que, assim, é de se acolher a preliminar, não se conhecendo dos embargos, ou então, dados os argumentos das razões de impugnação, rejeitá-los. Cita, ainda, os seguintes dispositivos legais: CPC, art. 531, parágrafo único; 295, parágrafo, inc. I; 480; 245; 333, I; 131; 461; C.C., art. 159.

A Companhia do Metrô e seus Diretores, Antônio Sérgio Fernandes e Outros, à sua vez, ratificam a preliminar suscitada pela Mendes Júnior, de não conhecimento dos embargos. No mérito, aduz-se, em resumo, que os embargantes, com o acolhimento dos embargos declaratórios apenas para fazer constar alguns nomes que faltaram no v. acórdão, pretendem causar celeuma despropositada, com argumentação infundada; que o acórdão foi claro ao externar as razões pelas quais entendeu ser dispensável a licitação, demonstrando claramente porque era mais racional a contratação da Mendes Júnior para as obras e que não houve prejuízos ao erário; que ficou caracterizada situação de emergência, e a dispensa de licitação encontra abrigo na alínea 'a' de inciso I, do § 2º do art. 4º do Regulamento de Contratações da Cia. do Metrô; que também é aplicável à espécie o inciso IV, do § 2º do art. 31, do mesmo diploma; que, mesmo em face do Dec.-Lei Federal 2.300/86 e da L. Estadual 89/72, a dispensa se justifica; que não houve lesão, e sem tal requisito ação popular alguma pode prosperar; que a sentença entrevira uma lesividade presumida, que sequer de longe se verificou; que só a concorrência pública e a concorrência administrativa podem ensejar presunção de lesividade, e tais deixaram de existir desde a edição do Dec.-Lei 200/67, que inaugurou nova sistemática na matéria; que às modalidades simplificadas do procedimento seletivo, como a prevista do Regulamento de Licitações da Cia. do Metrô, não se aplica a tal presunção; que, ainda que se pudesse admitir a presunção de lesividade, os danos não se podem presumir, não se podendo impor a responsabilidade pela sua reparação nestas condições; que, ainda, tal presunção seria *juris tantum*, admitindo prova em contrário, que foi feita no caso, demonstrando-se cabalmente a ausência de prejuízo; e que, assim, é de se acolher a preliminar ou, no mérito, rejeitar os embargos. Citam, ainda, os seguintes dispositivos legais: Dec.-Lei Federal 2300/86, art. 22, IV e V; art. 55 e § 1º; Lei 89/72, art. 24, III; Lei 4.717/65, art. 4º, III, 'a', e IV; C.C., art. 927.

A Doutra PGJ é pelo não conhecimento dos embargos ou, caso conhecidos, pelo não acolhimento.

É o relatório.

Observe-se desde logo que o campo do presente recurso está limitado ao voto vencido do Des. Evaristo dos Santos, restando, portanto, como réus apenas a Mendes Júnior, a Cia. do Metrô e seus Diretores.

1 — A preliminar de não conhecimento improcede.

A petição dos embargos apóia-se expressamente nos arts. 530 a 534 do CPC, e 841 a 849 do Regimento Interno do Tribunal (fls. 3.381), deixando claro que estavam sendo interpostos embargos infringentes. As razões ressaltam a divergência ocorrida no julgamento da apelação e prestigiam o voto vencido do Des. Evaristo dos Santos, transcrevendo diversos trechos desse voto.

Às fls. 3.397, dizem os embargantes:

Todavia, o acórdão dos embargos de declaração não sanou a dúvida, remetendo as partes para os embargos infringentes, instrumento de que lançam mão os embargantes neste momento. Portanto, renovam os embargantes o pedido de manifestação dessa Colenda Turma, a fim de que não mais sane a dúvida, mas que decida a divergência etc.

É o suficiente para permitir-se o conhecimento do recurso.

Os embargos, embora com apoio doutrinário, não têm razão quando procuram equiparar os requisitos técnicos das petições inicial e de apelação com a dos embargos infringentes. Nestes já houve duas decisões definitivas, as circunstâncias de fato e os fundamentos de direito são conhecidos, além de já existir o balizamento do voto vencido, tudo estando a permitir menor rigor formal na análise técnica da peça.

A ação popular tem origem constitucional, representa um direito do cidadão, o qual, mesmo sendo um político de expressão, não tem, em regra, condições de contratar profissional à altura da demanda, tudo estando a recomendar ao juiz uma postura menos formalista.

No caso dos autos, os embargos de declaração foram rejeitados por apresentarem natureza infringente. Deixar agora de conhecer

os embargos infringentes por apresentarem natureza declaratória seria verdadeira denegação de justiça.

Por esses motivos, conheça dos embargos.

2 — Conhecendo deles, receba-os, em grande parte.

A Companhia do Metrô estava obrigada a submeter a contratação da obra (Memorial da América Latina) ao processo de licitação.

É majoritária na Doutrina a corrente que entende estarem sujeitas ao princípio da licitação as sociedades de economia mista. O voto vencido cita as abalizadas opiniões de Celso Antonio Bandeira de Mello, Adilson Abreu Dallari, Regis Fernandes de Oliveira, Lúcia Valle Figueiredo e Sérgio Ferraz.

No caso dos autos, a questão se torna simples por que norma interna da Companhia impõe, exige, a licitação arts. 1º, 2º, 3º e 4º, “caput”, do Regulamento de Contratações (fls. 599 e segs.).

Os embargados afirmam que a licitação era dispensável, nos termos de dispositivos do próprio Regulamento, a saber:

Art. 4º, § 2º — nos casos de emergência, quando caracterizada a urgência e atendimento que possa:

I — ocasionar prejuízo à empresa;

.....
— Independentemente do valor estimado, poderá ser adotado pedido de cotação:

IV — Para extensão, complementação ou padronização de fornecimento anteriormente efetuado.

Entendem, portanto, as embargadas que havia urgência, com risco de prejuízo para a empresa, e que a obra era uma extensão, ou complementação, do Terminal Intermodal da Barra Funda, que já vinha sendo construído pela Mendes Júnior, regularmente contratada.

Essa defesa não se sustenta.

As obras foram concebidas em épocas diferentes, são autônomas, uma pode existir sem a outra, em locais diversos. Uma não é necessariamente complemento da outra. A segunda também é obra vultosa, indo muito além de uma simples reurbanização de área em torno de uma estação metroviária.

O Memorial da América Latina, por sua concepção e finalidade, é obra independente,

um bem principal, existe por si mesmo. Jamais poderá ser tido como complemento de outro, isto é, um bem acessório, aquele bem cuja existência supõe a do principal (art. 58 do CC). É obra que, em princípio, podia ser construída em inúmeros outros locais, sempre após a necessária licitação.

A decisão político-administrativa de construir o Memorial e a conveniência apresentada pelo local estão longe de caracterizar a urgência e o risco de prejuízo previstos pela norma regulamentar.

Admite-se a conveniência, do ponto de vista operacional da construção e quanto à utilização posterior por parte da população.

Mas não é porque o administrador escolhe um local conveniente e útil, que se cria um bem de valor absoluto, capaz de atropelar a ordem jurídica e as normas elementares da Administração Pública, sob a desculpa de terem surgido situações de “urgência” e de “risco de prejuízo”.

Em suma, foi o próprio administrador quem criou — espontânea e artificialmente — a alegada situação de urgência, não podendo depois aproveitar-se de regras sobre obra urgente comum, as quais supõem situações de fato e de direito inteiramente diversas.

No que diz respeito à conveniência da obra e do local, também não têm razão os embargados. É elementar que qualquer obra pública deve ser conveniente e que o local escolhido deve oferecer boas condições de operacionalidade para a execução da obra.

A aceitar os argumentos das embargadas, nunca haveria necessidade de licitação.

3 — Patente o requisito da ilegalidade, diante da inexistência de licitação, resta ver se está também presente o outro requisito para o sucesso da ação popular, ou seja, a lesividade.

Os autos mostram que a Mendes Júnior iniciou as obras do Memorial em 15.10.87, irregularmente, isto é, mediante autorização verbal. A autorização por escrito veio em 03.12.87, apoiando-se a Diretoria do Metrô no já citado inciso IV do § 2º do art. 4º do Regulamento de Contratações. Estimou-se o valor de Cz\$ 260.000.000,00, para out/87, cerca de cinco milhões de dólares. Fez-se logo um adiantamento de Cz\$ 90.000.000,00.

Depois vieram os Aditivos ao contrato. O de n. 1, de 17.5.88, elevou o valor do contrato. Cz\$ 2.604.765.820,26. E o segundo, de dezembro de 1988, para Cz\$ 3.941.327.962,10, valores esses também referentes a out/87, ou seja, cerca de 74 milhões de dólares. Por outras palavras, a obra ficou 15 vezes, em moeda forte, mais cara do que foi previsto inicialmente. E tudo sem licitação.

O MM. Juiz abordou esses fatos expressamente na r. sentença. Não determinou perícia nessa fase do processo, tendo em vista o disposto no art. 4º da Lei da Ação Popular (L. 4.717/65), que prevê hipóteses de lesividade presumida — Cf. Hely Lopes Meirelles, ‘Mandado de Segurança e Ação Popular’, 12ª ed., p. 89. E condenou os réus na reposição de valores ao Estado, tendo em vista os preços unitários que vigoraram no contrato do Terminal Intermodal, reajustados pelo IPC. As obras e serviços do Memorial que não pudessem ser comparadas às do Terminal teriam seus preços arbitrados por perícia, na fase de liquidação.

O v. acórdão, por sua douda maioria, afastou a hipótese de lesividade presumida, entendendo necessária a prova da lesividade efetiva, prova essa que não se fez. Por isso julgou improcedente a ação.

4 — Não se vê motivo para mudar-se em 180 graus — como fez o v. acórdão — o rumo da Doutrina e da Jurisprudência brasileira em matéria de lesividade presumida, pelo menos no caso do art. 4º, III, “a”, da Lei 4.717/65, ou seja, falta da necessária concorrência na contratação de obra pública. O v. voto vencido e esclarecedor a esse respeito, trazendo a abalizada opinião de José Afonso da Silva (“Ação Popular Constitucional”, 1968, p. 149) e do já citado Hely Lopes Meirelles, a saber:

“E essa lesão tanto pode ser *efetiva* quanto *legalmente presumida*, vista que a Lei regulamentar estabelece casos de presunção de lesividade (art. 4º), para os quais basta a prova da prática do ato naquelas circunstâncias, para considerar-se lesivo e nulo de pleno direito (STF, RTJ 103/683).”

A LAP estabeleceu a ilegalidade e a lesividade como requisito da ação (art. 1º) e presu-

miu a lesividade em certos casos (art. 4º) para efeito de ter como preenchido tal requisito. Demonstrada a ilegalidade, a ação já pode ser julgada procedente.

O autor popular só está obrigado, no processo de conhecimento, a provar a inexistência de licitação. A lesividade está presumida e o *quantum* é que deverá ser apurado, nada impedindo que o seja na fase de execução.

A presunção se não pode ser tida como absoluta para efeito de encontrar-se o valor concreto do dano. Se assim desejasse, o Legislador teria indicado precisamente em que consistiria o conteúdo do fato presumido, conteúdo esse que só pode ser o valor da lesão presumida, como ocorreria, por exemplo, se a lei previsse uma penalidade, multa, ou outra prefixação de danos.

5 — Por outras palavras: com a simples prova da falta de licitação, viabilizou-se a procedência da ação, gerou-se a presunção de lesividade.

Contudo, a lesividade, ou mesmo a lesão patrimonial, tem, nessa fase, existência genérica. A existência jurídico-concreta, específica, vai ocorrer quando se apurar em que ou em quanto consistiu o dano patrimonial.

Parece que, no fundo, foi esse temor de presumir concretamente um dano patrimonial que levou a douda maioria a julgar improcedente a ação.

Mas, *data venia*, a ação é de manifesta procedência.

Em primeiro lugar, em razão do fato inequivocamente comprovado de a obra, além de contratada irregularmente, ter custado 15 vezes mais do que o previsto de início. Não se sabe ainda de quanto foi o valor da lesão ao erário público. Mas o senso comum, a razão, a lógica do razoável, permitem a conclusão segura de que houve lesão, de que o dano existiu.

Em segundo lugar, em razão da presunção legal, de que há lesividade pela simples ausência de licitação.

6 — A r. sentença só merece reparo quando pareceu presumir um valor concreto para o dano.

Mas a ausência de prova pericial sobre o valor concreto do dano não impede que, em

liquidação de sentença, esse valor seja encontrado, ocasião em que os embargados terão oportunidade de demonstrar a ausência do dano concreto.

Ocorrera, então, nesta última hipótese, um simples caso de liquidação improcedente.

Diverge a Doutrina sobre os efeitos de coisa julgada da sentença de improcedência da liquidação. Mas, s.m.j., não há dúvida quanto à possibilidade de a liquidação ser julgada improcedente, sem qualquer prejuízo para a boa ordem jurídico-processual — cf. Antonio Carlos Matteis de Arruda, “Liquidação de Sentença”, ED. RT, 1981, p. 115 e s.).

Poder-se-á objetar que os réus sofrem desde logo o estigma de condenados em ação popular quando ainda terão oportunidade para comprovar a eventual inocuidade econômica da condenação.

Trata-se, todavia, de ônus menor, fruto do risco criado pelos próprios embargados ao afrontarem tão gravemente a ordem jurídica e realizarem obra tão vultosa sem qualquer concorrência.

Quanto ao grau de participação de cada um dos embargados no ato ilícito, é matéria que escapa ao âmbito da presente ação.

Como diretores da Companhia executadora da obra são todos solidariamente responsáveis pela reparação do dano. A solidariedade, como se sabe, acarreta relações externas e internas aos protagonistas. As relações internas serão tratadas pelos interessados oportunamente, pelas vias próprias, tendo em vista o referido grau de participação cada um deles no evento danoso.

7 — Observe-se, por fim, que, *data venia* da douta maioria, jamais se poderá, em nome da nova ordem constitucional, restringir-se o campo da ação popular e destruir a presunção de lesividade, que é legal.

A C.F./88 alargou esse campo ao admitir a ação até mesmo no caso de ato lesivo exclusivamente à moralidade administrativa — art. 5º, LXXIII, e art. 153, § 31, da C.F./69. A LAP não é um diploma autoritário. Foi promulgada em 1965, antes do Ato Institucional nº 2, e teve origem em anteprojeto da lavra do grande e insuspeito Miguel Seabra Fagundes.

8 — Por todo o exposto, recebo os embar-

gos, em parte, nos termos do v. voto vencido e da r. sentença, apenas com a restrição referida no item 6 retro, ou seja, para julgar procedente a ação, apurando-se o valor do dano em liquidação por artigos.

José Osório

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO
EM PARTE
EMBARGOS INFRINGENTES Nº
152.433-1/8-02 — SÃO PAULO

Muito embora as razões do recurso não constituam um modelo de perfeição e clareza, uma leitura atenta das mesmas leva à conclusão de que os embargantes pretendem o acolhimento do respeitável voto minoritário, pelo qual foi mantida a procedência parcialmente da ação em relação a alguns dos réus. É certo que os embargantes se espalharam sobre diversos assuntos de importância duvidosa e até mesmo redigiram os embargos infringentes, em parte, como se fossem de declaração, mas de tudo se conclui que eles querem a prevalência daquele voto com a conseqüente inversão do que fora julgado em grau de apelação. Examinando-se o mérito do recurso não se estará agindo com indulgência, mas em consonância com a instrumentalidade do processo, deixando de lado o simples amor a forma.

Assim, os embargos são conhecidos.

Mas a rejeição se impõe.

A esta altura, tornou-se fácil o desate da controvérsia, que agora tem como ponto nuclear a questão da lesividade presumida, ou mais precisamente se esta é ou não compatível com o nosso ordenamento jurídico.

Muito se discutiu nos autos sobre a constitucionalidade do art. 4º da Lei nº 4.717, de 29/6/65, ou seja, se este dispositivo foi ou não recepcionado pela Constituição de 1988, isso porque o inciso LXXIII do art. 5º desta última fala em “ato lesivo do patrimônio público”, o que não consta daquele ao tratar de outras hipóteses de cabimento da ação popular. A proposição, sem dúvida alguma é equivocada, pois o objetivo da ação popular sempre foi de recompor o patrimônio público lesado pelos

atos especificados pela legislação ordinária e também de anular os atos lesivos a moralidade administrativa. Daí por que o dispositivo constitucional fala em “anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, (ato lesivo) à moralidade administrativa, (ato lesivo) ao meio ambiente e (ato lesivo) ao patrimônio histórico e cultural”.

Assim, na parte em que interessa ao deslinde da questão, há que distinguir ato lesivo ao patrimônio público de ato lesivo à moralidade administrativa, incluindo-se nesta última categoria aqueles atos que a lei considera nulos mesmo sem acarretar prejuízo ao patrimônio público, ou então em que este prejuízo seja insuscetível de mensuração. Daí por que o saudoso Desembargador GODOFREDO MAURO disse não aceitar “como presumida a lesividade nas hipóteses de nulidade, que a lei disciplina” e que o “ato pode ser nulo, sem ser lesivo”.

Em magnífico acórdão proferido nesta Câmara, o eminente Desembargador CAMPOS MELLO assinalou que a Constituição da República taxativamente alçou ao nível de dogma normativo a possibilidade de anulação de atos administrativos lesivos a moralidade administrativa (artigo 5º, inciso LXXIII), ao cuidar da ação popular. Busca a Lei Maior a “defesa do comportamento eticamente desejável dentro de uma Administração submetida ao direito e dirigida ao bem comum” (in CELSO RIBEIRO BASTOS, “Comentários à Constituição do Brasil”, vol. 2/371, Editora Saraiva, ed. 1989). Esse dogma constitucional, embora não expresso na Lei Maior anterior, já estava implicitamente contemplado em todo o direito administrativo, por se constituir em princípio geral desse ramo do direito, consoante a totalidade da doutrina. RAFAEL BIELSA, em estudo específico sobre a ação popular, proclamou que ela deve proteger não só interesses patrimoniais, mas também os de ordem moral e cívica, concluindo que o remédio constitucional não visa apenas a restabelecer a legalidade, mas também a punir e reprimir a imoralidade administrativa (*apud* HELY LOPES MEIRELLES. “Mandado de Segurança, Ação Popular ...”, Editora Revis-

ta dos Tribunais, ed. 13ª, 1989, pag. 92) (RJTJ 135/30).

Verifica-se, assim, como bem anotou o Desembargador GODOFREDO MAURO, que a criação doutrinária da chamada “lesividade presumida” é mesmo canhestra, pois o ato ou é lesivo ao patrimônio público, ou é lesivo a moralidade administrativa, ou então ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. De qualquer modo, a lesividade constituirá sempre um requisito da ação popular e deverá ser provada por quem a alega. Não é porque a Lei nº 4.717/65 diz que “são nulos os atos lesivos...” e que “são também nulos os seguintes atos ou contratos...”, que o autor popular ficará desincumbido do dever processual de demonstrar e provar a lesividade, fundado numa suposta presunção não expressamente prevista na lei, ou então que é simplesmente “*juris tantum*”, admitindo prova em contrário. A propósito, já salientou o ilustre Desembargador LUIZ AZEVEDO, citado pela douda maioria, que “se fosse possível intentar ação popular bastando ao interessado mencionar eventuais repercussões indiretas dos atos administrativos, todo e qualquer ato ou contrato realizado pela Administração Pública seria objeto de crítica por tal expediente, não podendo nenhum governo dar curso à sua administração com segurança e tranqüilidade” (RT 627/102).

O que é pior é que, na presente ação, os autores populares embaralharam conceitos, pois fica-se sem saber se eles invocam lesividade ao patrimônio público ou lesividade à moralidade administrativa, ou então a ambos. Mas acontece que dois são os pedidos, um constitutivo negativo e, o outro, condenatório. Para o acolhimento do primeiro bastaria a comprovação da necessidade de licitação, mas para o deferimento do segundo seria necessária a prova da lesão ao patrimônio público, a ser produzida no processo de conhecimento, já que no processo de liquidação só é possível a prova do “*quantum debeatur*”, jamais a do “*an debeatur*”, como bem ressaltou o nobre prolator do respeitável voto vencido em parte.

Para que serviria a esta altura a anulação de atos e contratos por lesividade à moralidade

administrativa em razão da falta de licitação? Certamente para objetivos políticos incompatíveis com o exercício da ação popular, pois os tais atos e contratos já se exauriram com a conclusão da obra. O que seria do interesse público, no caso, é o ressarcimento dos prejuízos decorrentes da execução da obra sem licitação, se se provasse, por exemplo, que ela teria sido menos dispendiosa com processo seletivo prévio.

Mas como nada disso se provou, inventou-se a tal da “lesividade presumida”, com o arbitramento de uma indenização verdadeiramente cerebrina, tomando-se como parâmetro

o custo de obra completamente diferente, o que nem foi cogitado pelos autores populares na peça vestibular.

Assim, ainda que tivesse ficado caracterizada a lesividade à moralidade administrativa, o objetivo da ação ficaria esvaziado ante à falta de prova da lesividade ao patrimônio público, que não se presume. E não se pode impor o dever de indenizar sem a prova do dano e nem se fixa indenização sem a comprovação da extensão do dano.

Por estes fundamentos, conheço e rejeito os embargos.

Sousa Lima