

A UNIÃO NA AÇÃO POPULAR: FACULTATIVIDADE DA INTERVENÇÃO E ESCOLHA DO PÓLO DE ATUAÇÃO

Homero Andretta Junior
Advogado da União
na Procuradoria-Regional da União da 3ª Região - SP
Bacharel pela Universidade de São Paulo

SUMÁRIO: 1 Introdução: Objeto da ação popular; 2 Natureza Jurídica e sentença na ação popular; 3 A atuação do Ministério Público e os entes públicos; 4 A intervenção da União: facultatividade e escolha do pólo processual; 5 O silêncio da União após a citação não implica a revelia; 6 Ingresso da União no pólo ativo da ação popular: Algumas Hipóteses; 7 Execução da sentença de procedência da ação popular pelo ente público lesado; 8 Conclusão; 9 Referências.

RESUMO: O artigo analisa as peculiaridades da atuação dos entes públicos no bojo da ação popular, tanto na fase de conhecimento como na fase executiva. São destacadas as características do rito da ação popular, que em alguns aspectos escapa aos cânones do direito processual civil. Demonstra-se a liberdade de atuação processual dos entes públicos na ação popular, assim considerados as pessoas jurídicas da Administração Direta e Indireta das quais emanam os atos administrativos questionados pelos autores populares. Verifica-se, com base na doutrina e na jurisprudência, que os representantes legais dos entes públicos cujos atos são questionados na via da ação popular podem escolher o pólo processual de atuação, em mais de um momento processual e que eles detêm três opções de atuação: contestar o feito, silenciar ou aderir ao autor popular. No caso de silêncio, demonstra-se que não se opera revelia. Estuda-se a possibilidade de atuação simultânea nos pólos ativo e passivo, nas hipóteses que é possível a cisão do objeto da ação. Analisa-se a atuação conjunta e em oposição ao Ministério Público e também a natureza jurídica e efeitos do pedido e da sentença da ação popular. Estudam-se algumas hipóteses de atuação da Advocacia-Geral da União, com base na Lei Complementar nº 73/93. Defende-se que a sentença de procedência da ação popular, transitada em julgado, dá azo ao cumprimento da sentença, por dever de ofício, aos representantes legais das pessoas jurídicas cujos atos administrativos foram questionados na ação popular, sem prejuízo da promoção da execução também pelo Ministério Público e/ou pelo autor popular. Hipótese de legitimidade ativa disjuntiva e concorrente.

PALAVRAS-CHAVE. Ação Popular. Rito. Peculiaridades. Entes Públicos. Alteração do pólo processual.

1 INTRODUÇÃO: OBJETO DA AÇÃO POPULAR

A ação popular é instrumento de democracia direta, garantia constitucional prevista no art. 5º, LXXIII, da Constituição da República, pois permite a qualquer do povo obter a anulação de ato administrativo lesivo ao patrimônio público.

No entanto, no cotidiano forense, verifica-se certa confusão no manejo desta ação, pois não é raro encontrar ações populares nas quais se pretende obter indenizações, apurar responsabilidades ou obrigar a atuação das pessoas políticas (União, Estados e Municípios) em um dos pólos da ação (geralmente como réis), como se fosse possível imprimir à ação popular o rito ordinário do Código de Processo Civil.

Por vezes confunde-se o tratamento jurídico da ação popular com o da ação civil pública, ou mesmo das ações de responsabilidade por improbidade administrativa. Demonstrar-se-á o equívoco dessa postura de alguns operadores do Direito, atentando-se para as peculiaridades da ação popular, notadamente com relação ao seu objeto, ao seu rito, e à atuação dos entes públicos, em especial da União.

Assim, é preciso analisar, preliminarmente, os conceitos básicos adotados pela Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/65), à luz da Constituição de 1988 e da jurisprudência mais recente a seu respeito.

A ação popular presta-se apenas e tão-somente a anular ato administrativo pretensamente lesivo ao Erário e, eventualmente, condenar os responsáveis, nos termos do art. 11 da Lei nº 4.717/65.

A natureza da sentença de procedência da ação popular é, antes de mais nada, desconstitutiva, pois implica na anulação de ato administrativo, na dicção expressa do art. 1º, da Lei de Ação Popular (LAP, Lei nº 4.717/65), *verbis*:

Art. 1º Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação

ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.

A todas as entidades enumeradas nos artigos 1º da LAP, denominaremos entes públicos, abandonando o rigor técnico das denominações apenas para facilitar a explanação do tema e evitar desnecessária repetição de termos.

Em tese, do resultado da ação popular não decorrem efeitos patrimoniais prejudiciais aos entes públicos envolvidos, pois sua finalidade é justamente a de proteção do patrimônio público. É dizer que, na ação popular, mais relevante do que a procedência ou improcedência, importa a proteção do patrimônio público e a observância da legalidade, bem como a responsabilização de pessoas físicas ou jurídicas que concorreram para a prática do ato, se for verificada ilegalidade ou lesividade.

Se o ato que se pretende anular, ao cabo da ação, demonstra-se mais consentâneo com a preservação do patrimônio público do que sua anulação, então a ação popular deverá ser julgada improcedente. Nada mais natural. A ação popular não existe para ser julgada sempre procedente. Enquanto garantia constitucional, ela pode ser, respeitados os prazos decadenciais e prescricionais, sempre manejada por qualquer cidadão, mas nem sempre será procedente.

2 NATUREZA JURÍDICA E SENTENÇA NA AÇÃO POPULAR

A sentença na ação popular, em caso de procedência, conterá um primeiro comando desconstitutivo, consistente na anulação ou não do ato administrativo nela questionado, e um segundo comando condenatório, na hipótese de condenação dos responsáveis ao pagamento de perdas e danos ou à restituição de bens ou valores, nos termos dos artigos 11 e 14, § 4º, da Lei nº 4.717/65. Vale transcrevê-los:

Art. 11. A sentença que, julgando procedente a ação popular, decretar a invalidade do ato impugnado, condenará ao pagamento de perdas e danos os responsáveis pela sua prática e os beneficiários

dele, ressalvada a ação regressiva contra os funcionários causadores de dano, quando incorrerem em culpa.

[...]

Art. 14. Se o valor da lesão ficar provado no curso da causa, será indicado na sentença; se depender de avaliação ou perícia, será apurado na execução.

§ 1º Quando a lesão resultar da falta ou isenção de qualquer pagamento, a condenação imporá o pagamento devido, com acréscimo de juros de mora e multa legal ou contratual, se houver.

§ 2º Quando a lesão resultar da execução fraudulenta, simulada ou irreal de contratos, a condenação versará sobre a reposição do débito, com juros de mora.

§ 3º Quando o réu condenado perceber dos cofres públicos, a execução far-se-á por desconto em folha até o integral ressarcimento do dano causado, se assim mais convier ao interesse público.

§ 4º A parte condenada a restituir bens ou valores ficará sujeita a seqüestro e penhora, desde a prolação da sentença condenatória.

Como existe essa possibilidade de preceito condenatório na sentença, Maria Sylvia Zanella Di Pietro admite a natureza simultaneamente constitutiva e condenatória da ação popular, aduzindo, entretanto, que “a pessoa jurídica não responde pela condenação, ainda que conteste a ação, uma vez que o valor fixado na sentença se destina precisamente a recompor seu patrimônio”¹.

A ação popular, portanto, destina-se à anulação ou declaração de nulidade de atos administrativos prejudiciais ao Erário, por conseguinte não é meio idôneo, por força expressa de lei, a eventual responsabilização da União e dos entes públicos mencionados no art. 1º da LAP. O rito

1 **Direito Administrativo**, 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 686. A autora propõe ainda um preceito condenatório diferente nos casos de lesão ao patrimônio histórico ou cultural e ao meio ambiente, albergados na Constituição de 1988, porém desprovidos de amparo na redação da Lei nº 4.717/65, asseverando que “a solução deverá ser a mesma prevista para a ação civil pública: o valor da indenização poderá ser destinado ao Fundo para Reconstituição de Bens Lesados, instituído pelo Decreto nº 92.302, de 16-1-86, com base no artigo 13 da Lei nº 7.347, de 24-7-85, que disciplina aquela ação.” (p. 686).

da ação popular não se presta a essas perquirições. Esse é um traço bastante distintivo da ação popular em relação à ação civil pública: enquanto nesta pode haver condenação de entes públicos em obrigações de dar, fazer e não-fazer, naquela o preceito condenatório jamais incide em desfavor dos entes públicos, mas apenas em desfavor dos agentes que lesaram, em virtude do ato anulado, o patrimônio público.

Feitas essas considerações, passa-se a analisar as curiosas possibilidades de atuação da União na ação popular quando o ato questionado provém da Administração Federal Direta e Indireta.

3 ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E OS ENTES PÚBLICOS

O Ministério Público também tem uma atuação sui generis na ação popular. A princípio atua como custos legis, mas detém legitimidade ativa subsidiária na hipótese de desistência ou desídia do autor popular (à semelhança do que ocorre nas ações civis públicas intentadas por associações), pode produzir prova e executar o julgado.

No entanto, seja como for, eventual responsabilização de pessoas físicas deverá ser obtida mediante os meios processuais adequados, mormente através da atuação do Ministério Público, nos termos do art. 6º, § 4º, da própria LAP, *verbis*:

§ 4º O Ministério Público acompanhará a ação, cabendo-lhe apressar a produção da prova e promover a responsabilidade, civil ou criminal, dos que nela incidirem, sendo-lhe vedado, em qualquer hipótese, assumir a defesa do ato impugnado ou dos seus autores.

Dessa disposição, verifica-se que, uma vez apurado algum ilícito, cabe ao Ministério Público promover a responsabilidade civil ou criminal dos que nela incidirem. O verbo promover está empregado em sentido técnico na lei: deve ser perquerida, então, pelo Ministério Público, a condenação dos responsáveis pelo ato lesivo ao Erário na própria ação popular, ou proposta outra ação, no Juízo Cível ou Criminal. É claro que a responsabilidade criminal dos agentes públicos não pode ser apurada na ação popular, que a tanto não se presta, por diversidade de rito e de competência funcional dos Juízos Cível e Criminal.

Assim, a atuação do Ministério Público é limitada e vinculada, na ação popular. O Ministério Público apenas toma ciência da ação

popular, para fins de promoção de responsabilidades uma vez apurada a ocorrência de ilícitos civis, penais e - acrescente-se - administrativos.

Nada impede, por outro lado, que o Ministério Público ou a pessoa jurídica de direito público lesada mova também ação por improbidade administrativa, nos termos da Lei nº 8.429/1992, contra os agentes responsáveis pelo ato ilegal ou lesivo ao Erário (ou melhor dizendo, pelo ato de improbidade administrativa).

Consigne-se que a parte final do § 4º do art. 6º supra transcrito é severamente criticada por TEORI ALBINO ZAVASCKI, por cercear a livre atuação do Ministério Público na qualidade de custos legis. Com o advento da Constituição de 1988, o Ministério Público, por força dos artigos 127 e § 1º, e 129, IX, da Constituição, pode defender o ato quando vislumbre sua licitude, e o art. 6º, § 4º, da LAP, deve ser lido, atualmente, apenas como uma proibição do MP atuar como representante judicial da pessoa jurídica da qual emanou o ato administrativo atacado².

A crítica é de todo pertinente, e faz lembrar que a atuação do Ministério Público nem sempre é contrária à atuação dos entes públicos, e em especial da União, notadamente em casos de ações populares temerárias ou, no mínimo, desprovidas de qualquer fundamento jurídico, ou ainda de nítido caráter político-partidário.

4 A INTERVENÇÃO DA UNIÃO: FACULTATIVIDADE E ESCOLHA DO PÓLO PROCESSUAL

Por vezes há ações populares contra atos da Administração Direta, ou da Indireta (autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista) nas quais o Ministério Público ou o Juízo pretendem obrigar a União a participar do feito, e ainda escolhem, de antemão, uma posição processual para o ente público, ora impondo sua atuação como autora, ora como ré.

Ocorre que a própria LAP confere à UNIÃO a faculdade de contestar a ação, ou de assumir quaisquer dos pólos da ação, não sendo lícito ao Magistrado determinar peremptoriamente sua posição processual. Eis o teor do art. 6º, § 3º, da LAP:

² PROCESSO COLETIVO DE TUTELA DE DIREITOS COLETIVOS E TUTELA COLETIVA DE DIREITOS. Revista dos Tribunais, 2006. p. 89-90.

§ 3º A pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente. (grifo nosso).

Na ação popular, a União e as demais pessoas jurídicas de direito público são, *ex vi legis*, senhoras da sua própria atuação em juízo, fato esse que causa certo espanto a alguns operadores, que insistem no maniqueísmo de que o Estado é sempre réu em ações populares e ações civis públicas.

A União pode perfeitamente recusar-se a contestar a Ação Popular, pode contestá-la e pode até mesmo assumir o pólo ativo ao lado do autor popular. E assim é por diversos motivos: a União pode não ter qualquer interesse no resultado de demanda, por se tratar de ato da Administração Indireta, por exemplo; o ato praticado pode ser evidentemente ilegal, fato que imporá sua atuação como litisconsorte do autor popular; o ato praticado, embora acoimado de danoso ao patrimônio público, pode se revelar, ao contrário, fecundo ao Erário, conforme prova a ser judicialmente produzida.

Em tese, é possível afirmar somente que a União tem interesse na probidade administrativa e no cumprimento da lei. Se houver dano ao patrimônio público federal, a União terá interesse na procedência da ação. Se não houver dano, na improcedência. Assevera JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO³:

A peculiaridade no rito da ação popular, quanto à legitimação passiva, reside na possibilidade de a pessoa jurídica ré deixar de contestar a ação e atuar ao lado do autor, quando tal posição atender ao interesse público.

[...]

Podemos averbar, por isso, que o objeto da ação é de caráter desconstitutivo, porque visa a desconstituir o ato lesivo a um dos bens sob tutela.

3 **Manual de Direito Administrativo**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007. p. 890- 891.

JOSÉ AFONSO DA SILVA⁴ ensina que a pessoa jurídica de direito público é citada como ré, mas que pode, todavia, escusar-se desta posição, “alheando-se do feito ou adotando a de assistente do autor popular”. O professor denomina de tríplice possibilidade de atuação, já que o ente público pode ser parte passiva, se optar por contestar o pedido, pode omitir-se de contestar no prazo legal, e pode assumir o pólo ativo. Neste último caso, a opção deve ser clara e manifesta, “sem o quê a pessoa jurídica não passará de ré ou desinteressado.”

Nas palavras de MANCUSO⁵, “assim, e, segundo parece, de forma singular no processo civil brasileiro, por aí se configura um litisconsórcio passivo necessário, mas ‘secundum eventum litis’, visto que sua efetiva concretização fica na dependência” da opção assumida pela Administração Pública.

Sobre o artigo 6º, § 3º, da LAP, a jurisprudência do C. STJ é bastante clara:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS. MICROSSISTEMA DE DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE DA UNIÃO PARA FIGURAR NOS PÓLOS PASSIVO E ATIVO DA AÇÃO. POSSIBILIDADE. DEVER DE FISCALIZAR A ATUAÇÃO DOS DELEGATÁRIOS DO SUS. DIREITO À RECOMPOSIÇÃO DO PATRIMÔNIO DA UNIÃO DECORRENTE DO REPASSE DE VERBA.

1. As ações de defesa dos interesses transindividuais e que encerram proteção ao patrimônio público, notadamente por força do objeto mediato do pedido, apresentam regras diversas acerca da legitimação para causa, que as distingue da polarização das ações *uti singuli*, onde é possível evitar a ‘confusão jurídica’ identificando-se autor e réu e dando-lhes a alteração das posições na relação processual, por força do artigo 264 do CPC.

2. A ação civil pública e a ação popular compõem um microsistema de defesa do patrimônio público na acepção mais ampla do termo, por

4 **Ação Popular Constitucional**. 2. ed. rev. amp. e aum. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 187.

5 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Popular**. 5. ed. rev. amp. e aum.. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 173.

isso que regulam a legitimatio ad causam de forma especialíssima.

3. Nesse seguimento, ao Poder Público, muito embora legitimado passivo para a ação civil pública, nos termos do § 2º, do art. 5º, da lei 7347/85, fica facultado habilitar-se como litisconsorte de qualquer das partes.

4. O art. 6º da lei da Ação Popular, por seu turno, dispõe que, muito embora a ação possa ser proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, bem como as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissão, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo, ressalva no parágrafo 3º do mesmo dispositivo que, verbis: § 3º - A pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente.

5. Essas singularidades no âmbito da legitimação para agir, além de conjurar as soluções ortodoxas, implicam a decomposição dos pedidos formulados, por isso que o poder público pode assumir as posturas acima indicadas em relação a um dos pedidos cumulados e manter-se no pólo passivo em relação aos demais.

6. In casu, a União é demandada para cumprir obrigação de fazer consistente na exação do dever de fiscalizar a atuação dos delegatários do SUS e, ao mesmo tempo, beneficiária do pedido formulado de recomposição de seu patrimônio por força de repasse de verbas.

7. Revelam-se notórios, o interesse e a legitimidade da União, quanto a esse outro pedido de reparação pecuniária, mercê de no mérito aferir-se se realmente a entidade federativa maior deve ser compelida à fazer o que consta do pedido do parquet.

8. Recurso especial desprovido para manter a União em ambos os pólos em relação aos pedidos distintos em face da mesma formulados." (REsp 791042 / PR RECURSO ESPECIAL, relator Ministro LUIZ FUX (1122) T1 - PRIMEIRA TURMA, Data do Julgamento 19/10/2006, publicado no DJ de 09.11.2006, p. 261)

Curiosíssimo o Acórdão acima. Note-se que o STJ rechaçou expressamente as soluções ortodoxas do direito processual civil, e admitiu a atuação da União, ao mesmo tempo, no pólo passivo e no pólo ativo, conforme seu interesse na procedência de um dos pedidos (ressarcimento do Erário) e na improcedência de outro (dever de fiscalizar os delegatários do SUS).

Além de a União poder escolher se contesta ou não a ação popular, e em qual dos pólos da ação popular ela atuará, concede-se à União a possibilidade de atuar em litisconsórcio ativo e passivo simultaneamente, de acordo com seu interesse na procedência ou improcedência dos pedidos formulados na ação popular. A hipótese é rara, para não dizer única, no direito processual brasileiro – não se tem notícia de outro caso em que uma parte possa exercer simultaneamente essa dupla atuação, como autora e como réu⁶. Sem dúvida, a doutrina processual mais ortodoxa, ou mais apegada à pureza dos conceitos processuais, criticará o Acórdão do STJ, mas do ponto de vista das especificidades da ação popular, e considerando-se a primazia do interesse público como princípio do Direito Administrativo, merece aplauso a decisão daquele Tribunal, ao não engessar o ente público, forçando-o a agir contrariamente a parcela do próprio interesse público, se fosse obrigado a atuar apenas como autor ou apenas como réu.

Em outras palavras, fosse a União obrigada a atuar apenas como autora, ou apenas como ré, teria de escolher o interesse público a ser defendido, abandonando a defesa judicial do outro, o que redundaria em afronta aos princípios constitucionais da Administração Pública (art. 37, caput, da Constituição), motivo pelo qual a melhor opção do intérprete é mesmo a de abrandar os rigores da lei processual civil, em homenagem aos preceitos da Carta Constitucional.

MANCUSO⁷ vai ainda mais longe para admitir que a Fazenda Pública possa até mesmo mudar de posição processual no decorrer da lide. Baseia-se no decidido pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça no RESP n° 9.669-SP, de relatoria do Ministro

6 Não nos esqueçamos da Reconvenção e das ações de natureza dúplice. No entanto, a doutrina majoritária entende que a Reconvenção é nova ação, no bojo dos mesmos autos. Já quanto às ações de natureza dúplice, não se alteram as posições processuais, visto que nelas apenas se concede ao réu a possibilidade de formular pedidos contra o autor, fato que não o transforma, por si só, em autor – ele continua sendo réu.

7 MANCUSO, op. cit., p. 175-176.

Garcia Vieira. Tratava-se de ação popular movida contra sociedade de economia mista estadual que, embora tenha contestado o feito, optou por pleitear a procedência da ação, para fins de ressarcimento do Erário. No transcorrer da lide, houve mudança dos dirigentes e do governo estadual, fatos que não impediram o STJ de reconhecer a validade da mudança de pólo processual pela empresa estatal. Por isso MANCUSO⁸ conclui, após citar HUGO NIGRO MAZZILLI⁹:

Mutatis mutandis, considerando-se que a ação popular é – ao menos em princípio – movida em face e não propriamente contra a Fazenda Pública –, tomada em sentido largo, parece-nos que ao representante processual do ente público deva ser reconhecida análoga autonomia funcional, de sorte que, ao final da instrução, possa eventualmente rever, sendo o caso, a posição inicialmente adotada, até porque o alvitre processual originalmente assumido prendia-se ao estado dos autos em sua fase inicial, postulatória, onde as alegações das partes são recepcionadas *in statu assertionis* e sujeitas a ulterior demonstração: *secundum eventum probationis*.

Se a prova convence a representação judicial da Fazenda Pública que preferível a defender o ato atacado é juntar-se ao autor ou, uma vez tendo desde o início ingressado no pólo ativo, perceba (em razão da prova produzida) que não existem as iniquidades do ato apontado pelo autor popular, optando por voltar a defender o ato na fase recursal, a Fazenda pode alterar sua atuação processual.

É claro que essa análise deve ser motivada, sempre sob a ótica do interesse público. A alteração do pólo processual não pode se dar ao simples alvedrio do representante judicial, ou mesmo do Administrador, sob pena de a atuação da Advocacia Pública ficar jungida aos sabores políticos conjecturais.

5 O SILÊNCIO DA UNIÃO APÓS A CITAÇÃO NÃO IMPLICA A REVELIA

Duas observações de JOSÉ AFONSO DA SILVA merecem destaque: o renomado constitucionalista defende que não há revelia

8 MANCUSO, op. cit., p. 176.

9 Que defende a possibilidade de alteração do pólo de atuação do Ministério Público em sede de ação civil pública, conforme o desenrolar da fase probatória.

quando o ente público permanece inerte após a citação na ação popular e que o “*o interesse público é o fundamento legal para se dar à pessoa jurídica essa tríplice posição*”, cuja escolha “*depende do juízo exclusivo do respectivo representante ou dirigente.*”¹⁰

Sobre o juízo exclusivo do representante ou dirigente, desenvolver-se-á, no item seguinte, estudo de como ele pode, ao menos em tese, ocorrer no âmbito da União e de sua Advocacia-Geral.

No atinente à revelia, convém transcrever as observações de LUÍSA ELISABETH T. C. FURTADO¹¹, que bem explica sua impossibilidade, quando a pessoa jurídica deixa de contestar:

Compreende-se que a contra a pessoa jurídica de direito público ou privado não se aplica a revelia, vez que há uma autorização legal (art. 6º, § 6º, da LAP) facultando àquela abster-se de contestar o pedido e, ainda, em razão do art. 320 do CPC, dispondo que não se dará a revelia “se havendo pluralidade de réus algum deles contesta a ação...” e “se o litígio versar sobre direitos indisponíveis”, o que se entende ser o caso. O órgão público é o administrador do interesse público e não o titular, que é o povo¹².

A autora, entretanto, ressalva dessa não-incidência da revelia os demais co-réus da ação popular, que são as autoridades, funcionários, beneficiários e avaliadores, conforme previsão do mesmo art. 6º da LAP, contra os quais o efeito da revelia poderá se operar de forma normal, “*baseado na responsabilidade pessoal existente, não se podendo alegar direitos indisponíveis em relação àqueles*”.

Embora corretas as observações da autora, sua ressalva merece uma outra ressalva: haverá revelia contra os demais co-réus se isso não implicar revelia em detrimento da pessoa jurídica da qual emanou o ato atacado na ação popular. Afinal, a revelia nada mais é do que a presunção de veracidade dos fatos alegados na inicial. Os demais co-réus podem ser considerados revéis apenas e tão-somente quanto a sua responsabilidade pessoal, a eventuais alegações de que agiram em

10 **Ação Popular Constitucional**. 2. ed. rev. amp. e aum. Malheiros, 2007. p. 187.

11 A pessoa jurídica da qual emanou o ato administrativo atacado na ação popular.

12 **Ação Popular – mecanismo de controle dos atos da administração pública pelo cidadão**. LTR, 1997. p. 81.

13 *Ibidem*.

fraude em detrimento do Erário, mas sua revelia não pode implicar em presunção de ilegalidade ou de lesividade do ato atacado que, apesar das intenções dos agentes que o praticaram, nem sempre deverá levar à procedência da ação, ainda que a pessoa jurídica também não conteste.

Em outras palavras, se ninguém contestar a ação, não se pode concluir pela procedência total do feito. Pode haver procedência quanto aos demais co-réus pela aplicação do efeito da revelia, mas o silêncio do ente público não leva à anulação do ato, cuja higidez ainda assim deverá ser analisada pelo Judiciário: no campo fático, na fase instrutória; no terreno jurídico, quando da prolação de sentença, que deverá enfrentar os requisitos de validade do ato administrativo, para então, combinando-se com o que foi provado, determinar-se se houve ou não lesividade ou ilegalidade.

Também afasta a revelia das entidades prolatoras do ato impugnado ELIVAL DA SILVA RAMOS, para quem não se aplica o artigo 322, § 2º, do CPC, quando aquelas optarem pelo silêncio após a citação, havendo presunção *juris et de jure* “*de que se abstiveram de defender o ato impugnado, declinando da condição de partes no processo de conhecimento*”. Em sua opinião, a contestação é uma opção dos seus representantes judiciais, mas a citação é ato inafastável, porque previsto nos artigos 6º, *caput* e 7º, I, alínea “a”, da LAP¹⁴.

6 INGRESSO DA UNIÃO NO PÓLO ATIVO DA AÇÃO POPULAR: ALGUMAS HIPÓTESES

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, ao comentar o art. 6º, § 3º, da LAP, concorda que existem essas três possibilidades com relação à pessoa jurídica de direito público, quais sejam, contestar, abster-se de contestar, e de atuar ao lado do autor, destacando que, nessa última hipótese, no caso de utilidade ao interesse público, “*a juízo do respectivo representante legal ou dirigente*.” A professora revela certo ceticismo com esse procedimento, asseverando ainda que dificilmente o representante da pessoa jurídica, geralmente servidor de confiança do Chefe do Executivo, admitiria a atuação no pólo ativo da ação, adicionando que essa atuação da pessoa jurídica de direito público só seria mais provável quando o ato impugnado fosse de governo anterior¹⁵.

14 **Ação Popular como instrumento de participação política.** dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 1985.

15 **Direito Administrativo**, 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 684.

A crítica é pertinente, mas discordamos que a assunção do pólo ativo seja tão rara assim, mormente quando se trata da Administração Federal, Estadual ou de grandes municípios. Nesses casos, em que a Administração Pública é maior e de funcionamento mais complexo e especializado, a Advocacia Pública detém certa autonomia (tímida, é verdade), outorgada pela lei, para realizar o controle de legalidade dos atos da administração; nada impede que, ao terem as procuradorias notícia de um ato lesivo ao Erário por meio de ação popular, provoquem os órgãos consultivos, os órgãos de direção ou mesmo suas respectivas chefias para análise da possibilidade de atuação no pólo ativo.

No caso da União, a Lei Complementar nº 73/93 permite às Consultorias Jurídicas dos Ministérios exercer auxílio no controle de legalidade dos atos administrativos praticados pelos órgãos da Administração Direta e pelos órgãos sob supervisão daqueles, nos termos do art. 11:

Art. 11 - Às Consultorias Jurídicas, órgãos administrativamente subordinados aos Ministros de Estado, ao Secretário-Geral e aos demais titulares de Secretarias da Presidência da República e ao Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, compete, especialmente:

[...]

III - fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e dos demais atos normativos a ser uniformemente seguida em suas áreas de atuação e coordenação quando não houver orientação normativa do Advogado-Geral da União;

[...]

V - assistir a autoridade assessorada no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem por ela praticados ou já efetivados, e daqueles oriundos de órgão ou entidade sob sua coordenação jurídica;

Nada impede que uma Consultoria Jurídica ministerial proponha à autoridade a anulação de determinado ato administrativo questionado em sede de ação popular, situação na qual caberá à União, inequivocamente, atuar no pólo ativo da ação, uma vez determinada a anulação do ato. Nesse caso, entretanto, a própria ação perderia objeto

quanto ao pedido de anulação do ato administrativo, mas não quanto a eventual ressarcimento do Erário, mormente quando é uma autoridade hierarquicamente superior que anula o ato praticado por uma autoridade subordinada.

A Advocacia-Geral da União também deverá postular o ingresso no pólo ativo quando o ato administrativo praticado por autoridade federal, questionado em ação popular, contrariar parecer vinculante da própria Advocacia-Geral, na forma dos artigos 40 a 42 da Lei Complementar nº 73/93, *verbis*:

Art. 40. Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República.

§ 1º O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento.

§ 2º O parecer aprovado, mas não publicado, obriga apenas as repartições interessadas, a partir do momento em que dele tenham ciência.

Art. 41. Consideram-se, igualmente, pareceres do Advogado-Geral da União, para os efeitos do artigo anterior, aqueles que, emitidos pela Consultoria-Geral da União, sejam por ele aprovados e submetidos ao Presidente da República.

Art. 42. Os pareceres das Consultorias Jurídicas, aprovados pelo Ministro de Estado, pelo Secretário-Geral e pelos titulares das demais Secretarias da Presidência da República ou pelo Chefe de Estado-Maior das Forças Armadas, obrigam, também, os respectivos órgãos autônomos e entidades vinculadas.

Novamente, diante da complexidade e gigantismo da Administração Federal, pode ser que algum servidor federal desavisado, ou mesmo de má-fé, pratique ato contrário a parecer da Advocacia-Geral da União dotado de força vinculante nos termos dos artigos transcritos, fato que ensejaria a assunção, pelas Procuradorias da União, do pólo ativo de eventual ação popular que questione esse ato, formando-se o litisconsórcio ativo (na hipótese, necessário) entre autor popular e União. Nesta hipótese, não há escolha para o Advogado da União: ele

deve postular o ingresso da União no pólo ativo da ação popular.

Esse litisconsórcio também pode decorrer de determinação da Procuradoria-Geral da União (PGU), de ofício ou quando provocada pelas Procuradorias da União, Procuradorias Seccionais e Procuradorias Regionais. Não é preciso recorrer, na hipótese, à autoridade administrativa: se o dano ao Erário é evidente, se a ilegalidade é patente, é lícito à PGU determinar a formação do litisconsórcio ativo, ainda que dessa postura discorde o Administrador.

Do ponto de vista político, inegável que se trata de situação sensível, mas *juridicamente*, uma vez verificada a ilegalidade ou lesividade do ato, a Advocacia Pública deve ingressar no pólo ativo, se pretende ser Advocacia de Estado e não de governo.

Por outro lado, se o ato é atacado por questões ligadas ao mérito administrativo, a opinião do Administrador será mais relevante que a análise técnico-jurídica da representação judicial da Fazenda Pública. Se o autor popular questiona um ato administrativo, acoimando-o de danoso ao Erário porque o Administrador poderia, por razões de conveniência e oportunidade, realizá-lo de outra forma, as questões ligadas aos requisitos de validade do ato administrativo ficam em segundo plano diante das questões ligadas à discricionariedade administrativa.

Para que fique mais claro, suponha-se que a Administração decida fazer uma ponte sobre um rio que, além de ter a função de permitir a passagem de veículos e pedestres, seja um marco arquitetônico para fins de aformoseamento de uma cidade, com objetivos de incrementar o turismo. Em tese, pode-se mover uma ação popular questionando os gastos maiores que advirão do aformoseamento, ao invés de se realizar uma obra estritamente funcional.

Num exemplo desses, a princípio, a ação popular questiona o mérito do ato administrativo. Sem dúvida que há maiores gastos ao Erário, mas se trata de opção política do Administrador. Se o Administrador decide realizar uma obra pomposa em detrimento da aplicação de recursos em saúde ou educação, os benefícios e malefícios dessa opção deverão ser julgados pela população nas eleições. Não cabe à Advocacia Pública, numa hipótese como essa, aliar-se ao autor popular - nesse caso, deve-se respeitar a discricionariedade do Administrador, que é respeito, em última análise pelo mandato político.

7 EXECUÇÃO DA SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DA AÇÃO POPULAR PELO ENTE PÚBLICO LESADO

Por fim, passa-se a uma breve análise do cumprimento da sentença em sede de ação popular.

No caso de procedência da ação popular, além de eventual desconstituição do ato administrativo, haverá condenação dos responsáveis por eventuais prejuízos ao Erário. Daí a disposição do art. 17 da LAP:

Art. 17. É sempre permitida às pessoas ou entidades referidas no art. 1º, ainda que hajam contestado a ação, promover, em qualquer tempo, e no que as beneficiar a execução da sentença contra os demais réus.

O art. 16 determina ao Ministério Público a promoção da execução no caso de inércia do autor no prazo de 60 dias após a publicação da sentença.

A questão que se coloca, para a União e para os entes públicos em geral, é se a execução (ou em termos mais atuais, o cumprimento da sentença) é mais do que uma faculdade, mas sim um dever.

Responde afirmativamente ELIVAL DA SILVA RAMOS: “na execução de sentença, desaparece essa liberdade de escolha [de atuação que existe na fase de conhecimento], figurando a entidade beneficiada pelo veredicto condenatório, necessariamente, como litisconsorte do cidadão-autor”¹⁶.

JOSÉ AFONSO DA SILVA chama de curiosa e inusitada a situação prevista no art. 17 da LAP, tecendo as seguintes considerações¹⁷:

Ora, essas pessoas (União, Estados, Municípios etc.) ou entidades (autarquias, instituições, fundações etc.) foram também vencidas. É verdade que não podem elas ser condenadas, porque não teria

16 **Ação Popular como instrumento de participação política**, dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 1985.

17 **Ação Popular Constitucional**. 2. ed. rev. amp. e aum. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 265

sentido serem condenadas a pagar a si próprias. O que causa espécie é exatamente essa outorga de legitimação para a ação executória de partes vencidas na ação de conhecimento.

Não havia necessidade alguma de subverter os princípios desse modo, pois o representante do Ministério Público poderia incumbir-se dessa tarefa, como a lei determina.

Pese a respeitabilidade das lições do professor JOSÉ AFONSO, ficamos, no entanto, com a opinião de ELIVAL DA SILVA RAMOS¹⁸, concordando que o artigo 17 deve mesmo ser lido como um dever das pessoas jurídicas lesadas de promover o cumprimento da sentença, e não uma mera faculdade de atuação, a exemplo do que ocorre na fase de conhecimento da ação popular. Se ali ocorre uma subversão dos ditames do processo civil tradicional, na fase executiva retorna-se aos seus cânones, pois se os entes públicos detêm um título executivo judicial em seu favor, eles são os primeiros interessados no cumprimento da sentença.

Além disso, uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro revela que a intenção do legislador, em matéria de ressarcimento do Erário, é de sempre aumentar o rol de legitimados para a promoção das ações e medidas judiciais cabíveis, conferindo sempre legitimidade ativa concorrente entre as Fazendas Públicas, o Ministério Público e associações (em sede de ação civil pública) para reparação de danos ao patrimônio público. Parece que há, aqui, em sede de ação popular, exemplo de legitimação ativa *concorrente e disjuntiva* a que se refere HUGO NIGRO MAZZILLI¹⁹ no atinente às ações civis públicas. Aliás, essa a interpretação da lei mais consentânea com a Constituição de 1988.

18 Ibidem.

19 **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 17. ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 289. Afirma o autor: “É concorrente e disjuntiva a legitimação ativa para a propositura de ações civis públicas ou coletivas em defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, pois cada um dos co-legitimados pode ajuizar essas ações, quer litisconsorciando-se com outros, quer fazendo-o isoladamente. É concorrente, porque todos os co-legitimados do art. 5º da LACP ou do art. 82 do CDC podem agir em defesa de interesses transindividuais; é disjuntiva porque não precisam comparecer em litisconsórcio.”

8 CONCLUSÃO

Conclui-se, portanto, com respaldo nos doutrinadores citados e na jurisprudência do STJ, que os entes públicos, na fase de conhecimento da ação popular, devem ser citados, mas podem adotar três posturas diversas:

- 1) contestar;
- 2) não contestar, caso em que seu silêncio não *implica a revelia*;
- 3) atuar no pólo ativo. A escolha dessas posturas cabe ao representante judicial do ente público, podendo ou não consultar o Administrador, conforme haja ou não evidente ilegalidade ou lesividade no ou em decorrência do ato administrativo atacado na ação popular.

O representante judicial do ente do qual emanou o ato atacado pode ainda *optar por atuar simultaneamente como réu e litisconsorte ativo*, havendo possibilidade de cisão do objeto da ação popular, para fins de melhor defesa do ou dos interesses públicos envolvidos (REsp 791.042/PR).

A mudança do pólo de atuação do ente público também pode ser exercida após a fase probatória, se seu representante judicial convencer-se de que essa alteração melhor atenderá ao interesse público, à legalidade e à eventual reparação do dano (MANCUSO²⁰ e RESP nº 9.669/SP).

Deve-se, todavia, respeitar a discricionariedade administrativa se não houve ilegalidade ou lesividade manifesta ao Erário.

Em caso de procedência da ação, o representante legal do ente do qual emanou o ato atacado deve – com o perdão da redundância, por dever de ofício – diligenciar no sentido do cumprimento da sentença, concorrentemente ao Ministério Público e ao autor popular.

²⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Popular**, 5. ed., vol. 1, rev. amp. e aum. Revista dos Tribunais, 2003.

9 REFERÊNCIAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

FURTADO, Luísa Elisabeth Timbó Corrêa. **Ação popular**: mecanismo de controle dos atos da administração pública pelo cidadão. São Paulo: LTr, 1997

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Popular**. 5. ed. vol. 1, revista, ampliada e aumentada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 17. ed. rev. amp. e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2004.

RAMOS, Elival da Silva. **Ação Popular como instrumento de participação política**. dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da USP, São Paulo: 1985 (Localização na Biblioteca da FDUSP: DES/DFD, 342.722 (043) R141a).

SILVA, José Afonso da. **Ação Popular Constitucional**. 2. ed. revista, amp. e aum. Malheiros, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo de Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

