

Ato administrativo discricionário — Limitações e exame pelo judiciário*

ARI SÉRGIO DEL-FIOL MODOLO
Promotor de Justiça — SP

PROCESSO n.º 264/88 — Suzano
I.N. — M.T.S.M. — I.L.F — V.R.C. — Câmara Municipal de Suzano — G.C.C.

PARECER

Egrégio Tribunal
Eméritos Julgadores:

G.C.C., já qualificado, ajuizou a presente **Ação Popular** contra a **Câmara Municipal de Suzano, I. N., M. T. S. M., I. L. F. e V. R. C.**, todos já qualificados, postulando a declaração de nulidade da Resolução 8/87-88 e Portaria 90/87-88 e todos daí decorrentes, que autorizavam a viagem de vereadores ao Japão, na qualidade de representantes do Município, assim como a restituição ao erário das despesas realizadas integralmente (fls. e documentos).

Regularmente processada a ação, o culto Magistrado houve por bem julgar a lide antecipadamente, proferindo a r. sentença de fls., onde, brilhantemente, fundamentou decreto de procedência.

Irresignados, apelam os réus tempestivamente (fls.), juntando suas razões, que foram contrariadas a fls.

Apertadamente, Relatei.

Passo à Manifestação.

01. As razões de irresignação.

Em síntese, alegam os recorrentes I. N. e M. T. S. M.; em preliminar, que a r. sentença recorrida é nula por não se estabelecer litisconsórcio necessário com os

* Menção honrosa no Concurso "Melhor Arrazoado Forense" — Prêmio Carlos Siqueira Netto, realizado pela Associação Paulista do Ministério Público em 1989.

demais vereadores e com a Prefeitura Municipal, e por haver cerceado a defesa pelo julgamento antecipado da lide, e, no mérito, que a r. decisão invadiu a esfera de verificação de oportunidade e conveniência dos atos atacados, que tais atos não são nulos e sequer anuláveis o são, bem como de que não há qualquer desvio de finalidade.

Em síntese, alegam os recorrentes I. L. F. e V. R. C., que o culto Magistrado analisou oportunidade e conveniência do ato, o que lhe é vedado, que não houve desvio de finalidade, que o culto Magistrado confundiu origem com aplicação de recursos públicos e que não há dolo de provocar lesão ao erário.

Em síntese, alega a recorrente Câmara Municipal de Suzano, que a ação foi permeada de fatores estranhos (paranormalidade etc.), que houve inúteis digressões do Juiz, que o Magistrado analisou mérito e deveria cingir-se a examinar legalidade, que houve pré-julgamento quando do indeferimento da liminar postulada, que os réus economizaram na viagem (ao comprar passagens e adquirir dólares insuficientes), que não houve ilegalidade ou lesividade ou desvio de finalidade, e, finalmente, de que a verba honorária foi exasperadamente fixada.

Conquanto haja pontos comuns nas razões apresentadas, melhor analisá-las individualmente, o que passo a fazer.

02. Litisconsórcio passivo necessário

Sustenta o ilustre e renomado procurador dos recorrentes I. e M., que a r. sentença apelada agasalha nulidade insanável decorrente de não se estabelecer litisconsórcio necessário entre os demandados e a Prefeitura Municipal de Suzano e todos os vereadores.

Sua posição é alicerçada no fato de que o Município é personalidade jurídica cujo representante é o Prefeito Municipal, que deveria integrar a lide para defesa dos interesses da cidade, e que todos os vereadores deveriam integrar o pólo passivo da ação, já que todos aprovaram o ato inquinado de nulidade.

Invoca o v. aresto inserto em RT-269/241.

Data maxima venia, não lhe assiste razão.

Primus, com o devido respeito de que é merecedor o ilustre subscritor do recurso de fls. o v. aresto acostado às suas razões de há muito está superado.

É que aquela decisão foi proferida em abril de 1957, quando ainda em vigor a anterior Lei Orgânica dos Municípios, isto é, a Lei Estadual n.º 01 de 18/9/1947, hoje revogada pelo Decreto-lei Complementar n.º 9, de 31/12/69.

Não é necessário, sob tal aspecto, realçar que a modificação do Direito Positivo refletiu na jurisdição, o que provocou indiscutível modificação em tal interpretação pretoriana. Por isso que, na espécie, inaplicável o v. aresto acostado pelos apelantes I. e M.

Secundus, hodiernamente se tem como indubitado que é desnecessária a citação de todos os vereadores que integram a Câmara Municipal. Se antigamente tal exigência era imperativa pela aplicação do Direito Positivo, hoje se tem que basta a citação do representante do poder legislativo municipal e dos que tenham sido beneficiados pelo ato impugnado.

Aliás, o sempre citado Hely Lopes Meirelles ensina que, in verbis:

“O presidente da mesa também o é da Câmara, e, como tal, desempenha funções de legislação, de administração e de representação. (...) Exerce funções de

representação, quando atua em nome da Câmara”. (in “Direito Municipal Brasileiro”, RT, 5.ª ed., pág. 464) (dest. do autor e grifos meus).

O renomado Prof. deixa claro que o Presidente da Câmara representa apenas e tão-somente a Câmara, e não o Município, que é representado pelo Prefeito. Mas aduz que a representação da Câmara é atribuída ao Presidente da Mesa, que age em nome da corporação em todos os atos internos e externos.

Afirmou-se, antigamente, que a Câmara não era pessoa jurídica e, portanto, ou seriam citados todos os seus integrantes, ou nula estaria a citação, pois que se processava a Municipalidade. Ai se estabeleceria, forçosamente, um litisconsórcio necessário entre prefeito e vereadores. Aquele, por representar o Município (que tem personalidade jurídica), e estes na qualidade de autoridade que participaram do ato lesivo ao interesse público.

Já não é assim, pois que o Prefeito não é chamado para a lide simplesmente por representar o município, e nem os vereadores o são.

Inegavelmente, a Câmara é representada naturalmente por seu Presidente, tornando desnecessária a citação de todos os integrantes do órgão colegiado.

No que tange à representação do Município, que é do Prefeito, o entendimento também foi alterado pelo direito pretoriano, não se responsabilizando a Municipalidade por atos da Câmara.

É que em casos semelhantes ao presente, ajuíza-se a demanda em face da própria Câmara, por atos praticados por ela e só por ela.

Ora, com efeito!

A propósito do art. 6.º da Lei 4.717/65, o mesmo Mestre Hely Lopes Meirelles ensina que, *verbí gratia*:

“Em qualquer caso, a ação deverá ser dirigida contra a entidade lesada, os autores e participantes do ato e os beneficiários do ato ou contrato lesivo ao patrimônio público” (in “Mandado de Segurança, Ação Popular e Ação Civil Pública”, RT, 11.ª ed., pág. 94).

Vê-se, daí, que a ação presente haveria de ser proposta contra a Câmara Municipal (entidade lesada) e os vereadores I., M., V. e L. (autores e beneficiários do ato), como efetivamente foi ajuizada.

Pouco relevante, a esta altura, o fato de que os demais vereadores aprovaram o projeto de resolução que provocou a lesão, até porque, quanto a estes e a outros, a responsabilidade não está afastada.

O próprio Prof. Hely chegou a sustentar que era impossível o litisconsórcio passivo, entendendo somente possível o estabelecimento de litisconsórcio ativo. Verdade que reviu a posição mais recentemente (in “Mandado de Segurança...”, pág. 95), mas isto é indicativo de que eventual estabelecimento de litisconsórcio passivo, ressalva feita à hipótese já deduzida, é facultativo e não necessário.

Aliás, v.g.:

“...não exclui os intervenientes passivos que tenham legítimo interesse na defesa da causa, tais como os funcionários não citados para integrar a lide, mas que, se procedente a ação e declarada a sua culpa no ato ou contrato lesivo, poderão ser regressivamente responsabilizados pelo dano (art. 11). Estes, inegavelmente, poderão ingressar na ação como litisconsortes ou assistentes do réu” (in “Mandado de Segurança...”, pág. 95) (dest. do autor e m/grifos).

Nítido, portanto, que qualquer vereador que se sentisse na iminência de ser atingido pelos efeitos da sentença, **poderia** requerer sua admissão como assistente dos réus.

Poderia!

Não vale dizer que houvesse necessidade de estabelecimento de litisconsórcio necessário com todos eles, pois que a ação tem o propósito de anular o ato (por isso que ajuizada contra a Câmara) e obter a necessária reparação do erário (por isso que ajuizada contra os beneficiados pelo ato).

Tertius, a Câmara não depende de citação do Prefeito, como já se disse acima. Este representa a municipalidade, mas evidentemente não representa a Câmara Municipal que, inclusive, é Poder Legislativo, distinto do Poder Executivo.

Ademais, de longe está superada a discussão sobre a personalidade jurídica da Câmara Municipal.

Evidentemente, trata-se de órgão despido de personalidade jurídica, mas provido de indiscutível capacidade postulatória.

A propósito, as manifestações da Superior Instância em tal tema são, reiteradas e unânimes, a se ver:

“A capacidade processual da Câmara para a defesa de suas prerrogativas funcionais é hoje pacificamente reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência. Certo é que a Câmara não tem personalidade jurídica, mas tem personalidade judiciária. Pessoa jurídica é o Município. Mas nem por isso se há de negar capacidade processual, ativa e passiva, à Edilidade para ingressar em juízo quando tenha direitos próprios a defender.” (RT-558/55)

O município é “associação natural e legal dos vizinhos para obtenção, no respectivo termo, dos serviços comuns” (Ataliba Nogueira, in “Teoria do Município”, Revista de Direito Público, vol. 6, 7/21, notadamente pág. 13).

Daí se tem que o Município é regido pelo direito, pois que desde os latinos se tem que **ubi societas ibi jus**. Dentro de sua particular esfera é que, para efeito normativo, o Poder Legislativo, exercido pela Câmara Municipal, passa a estabelecer todo o regramento jurídico necessário.

O Município é, portanto, fruto de um surgimento natural apenas reconhecido pelo Estado, mas que, exatamente por essa característica associativa, passou a ser dotado de personalidade jurídica.

Diversamente do Município, do qual é parte integrante como um de seus poderes, a Câmara Municipal é criatura da própria associação que a antecedeu e passa, a despeito de atribuições definidas, a perseguir os mesmos objetivos e interesses do primeiro, isto é, em síntese, o interesse e o bem comum.

Daí por que não tem personalidade jurídica, pois é integrante de um ente maior. Mas, por ter caráter associativo também, a Câmara Municipal é representada por seu Presidente e adquire capacidade postulatória, assim como inúmeros outros entes nas mesmas condições, a teor do art. 12, VI, do Código de Processo Civil.

Como se vê, portanto, o pólo passivo da demanda está corretamente constituído, sem embargo de que o ingresso de terceiros que eventualmente sejam atingidos pela sentença é meramente facultativo (e não necessário), assim como outros não integrantes da lide poderão até ser responsabilizados, se o caso, na forma do art. 11 da Lei 4.717/65.

A par disso, o art. 13 da **vigente** Lei Orgânica dos Municípios atribui ao Presidente da Câmara, expressamente, a competência para representá-la em juízo ou fora dele (inc. I).

03. Cerceamento de defesa

Alegam os apelantes que houve cerceamento de defesa, uma vez que o culto Magistrado a **quo** houve por bem julgar a lide antecipadamente, com o que teria impedido aos réus o direito de produzir prova sobre a oportunidade, conveniência e os benefícios decorrentes da indigitada viagem dos vereadores ao Japão.

Também aí não há qualquer nulidade.

Antes de adentrar plenamente na apreciação, cumpre anotar que a observação dos apelantes a fls., no que refere à atuação do Ministério Público (que pugnou pelo julgamento antecipado da lide) é totalmente despicienda, fruto, quiçá, da falta de correto entendimento da atuação ministerial na ação popular.

Com o registro do protesto, **data venia**, passo à manifestação.

A ação popular tem o seu procedimento estabelecido pelos artigos 7.º a 19.º da Lei 4.717/65 e, especificamente, no art. 7.º, determina que será obedecido o procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil.

Evidentemente, referia-se ao Código de Processo Civil revogado.

Posteriormente à Lei 4.717/65, sobreveio o Código de Processo Civil de 1973, que alterou os procedimentos, inclusive o ordinário.

Antes da nova sistemática processual, era até compreensível o procedimento previsto na Lei de Ação Popular, segundo o qual, após superada a fase postulatória e já com o parecer ministerial, nenhuma prova sendo requerida, seria determinado às partes que deduzissem suas alegações em decêndio, para ser proferida a decisão.

Atualmente, tal procedimento é obsoleto.

Primus, porque o Código de Processo Civil, posterior à Lei de Ação Popular, determina que, ao sanear o feito, verificando o juiz que a questão é unicamente de direito, ou sendo de direito e de fato, não houver necessidade de dilação probatória, deverá ele conhecer diretamente do pedido e proferir sentença (Código de Processo Civil, art. 330).

Convém anotar que o advento posterior do Código de Processo Civil derogou as regras da Lei de Ação Popular, pois o preceito do art. 330 é de **natureza cogente** (RTFR-103/144).

A natureza cogente do dispositivo do Código de Processo Civil altera a Lei de Ação Popular, que foi revogada, evidentemente, neste ponto.

Secundus, nenhum resultado prático traria a abertura de vista às partes para as suas derradeiras alegações.

É que recentemente superada a fase postulatória, sanear o feito e novamente abrir vista às partes, que nenhuma prova produziram no entretanto, seria fazer com que repetissem os argumentos já deduzidos durante a postulação.

Inútil a providência.

Tertius, nenhum cerceamento houve.

É que a matéria de fato era incontroversa.

O autor popular alegou que os réus viajaram ao Japão em benefício próprio, às expensas da Câmara Municipal, que agiu, portanto, com desvio de finalidade ao

editar a resolução já referida e postulou a anulação do mesmo ato e reposição ao erário das verbas gastas indevidamente.

Os réus opuseram resistência à pretensão, mas admitiram a viagem, juntando farta documentação, inclusive fotos.

Tem-se aí que o fato é incontroverso, restando apenas, ao Magistrado, a verificação de sua conformidade com a lei, sua legitimidade, sua moralidade e eventual desvio de finalidade.

É o bastante, por agora, destacar que, demarcada a lide pelos estreitos limites da fase postulatória, nenhuma necessidade havia de prova pericial ou subjetiva.

Incontroversos os fatos, restava ao Magistrado apreciar o direito aplicável.

E isto foi feito com a propriedade e brilhantismo peculiares ao inclito Magistrado Maurimar Bosco Chiasso, que cumpriu exemplarmente o direito processual aplicável.

A dilação probatória seria desnecessária, dispensável e procrastinatória. Urgia decidir-se a ação, cujos fatos haviam gerado na comunidade uma justificável revolta e descrença nas autoridades públicas.

Ademais, como destacado já no parecer ministerial de fls., os fatos eram públicos e notórios, independentemente, portanto, de provas. Aliás, as fotos juntadas pelos réus demonstram à saciedade os propósitos da viagem, como destaca o autor popular ao contra-arrazoar os apelos.

Por fim, cabia ao Juiz indeferir todas as diligências inúteis ou protelatórias (CPC, art. 130), motivo pelo qual, com muito mais razão, era de se decidir de plano a demanda.

04. O pré-julgamento

Alega-se, também, como razão de recurso, que o culto Juiz a quo teria pré-julgado a ação ao decidir pelo indeferimento da liminar requerida.

Acontece que Sua Excelência deixou claro, a fls., que a medida era postulada tardiamente e que os beneficiários do ato "acoimado" de ilegal naquele dia embarcavam para o Japão. Aduziu que não havia como impedir a lesão ao erário.

A r. decisão longe está de significar pré-julgamento, pois o culto Magistrado, acenando com a possível ilegalidade do ato (por isso que dito "acoimado de ilegal"), vislumbrou a impossibilidade de impedir a lesividade, que já teria ocorrido àquela altura.

Era verdade.

As despesas já haviam sido realizadas, de forma que somente seria possível, na medida da decisão futura, a reposição ao erário do que se julgasse indevidamente gasto.

A propósito, fosse o intento do Magistrado "pré-julgar", teria ele concedido a liminar, o que seria verdadeira antecipação da prestação jurisdicional.

Ao não antecipar a prestação jurisdicional, Sua Excelência agiu com a prudência que permeia suas decisões, dando, antes, a oportunidade de defesa aos réus.

Não houve pré-julgamento.

In claris cessat interpretatio.

05. Fatores estranhos e digressões inúteis

Data maxima venia, de todas as ponderações infelizes com as quais se depara nas razões recursais, estas da Câmara Municipal são as mais infelizes.

A alusão a fatores estranhos (paranormalidade etc.) somente pode ser atribuída ao desatino que tem origem na mais absoluta falta de argumentos jurídicos e fáticos. Nada mais.

No que se refere às alegadas digressões inúteis, o argumento é, venia verdadeiro esbofeteio ao bom senso.

Em verdade, o culto Magistrado laborou com brilhantismo ímpar ao alinhar a mais pura e moderna teoria do ato administrativo, buscando até fundamentos filosóficos, para demonstrar que houve verdadeiro desvio de finalidade no ato impugnado pela ação popular. As alegadas digressões são a mais culta demonstração de conhecimento jurídico, cuja análise resiste a qualquer argumento, nenhum espaço permitindo para que se ataque a r. decisão.

Lamenta-se que a cultura que permeia a r. sentença seja lançada à esfera da inutilidade, posto que os argumentos ali expendidos sepultam definitivamente as teses dos réus. Não são digressões e menos ainda inúteis. São, isto sim, o mais sóbrio agasalho da justiça!

06. Mérito, oportunidade e conveniência

Sustentam os ora Apelantes que o culto Magistrado, ao contrário de limitar-se ao exame de legalidade do ato, apreciou conveniência e oportunidade, o que lhe é vedado *ese lege*, e que confundiu origem com aplicação de recursos públicos. Ao ver dos Apelantes, a correta análise (dita correta a realizada dentro dos parâmetros que entendem legais) dos fatos afastaria a alegada ilegalidade e descaracterizaria a lesão ao erário, posto que inexistente o indigitado desvio de finalidade.

Ledo engano!

Ao abordar o mérito, os ora Apelantes cometem, com a devida vênia, grave equívoco, fruto, quiçá, de equívocos semelhantes cometidos até por doutrinadores, como faz lembrar o Prof. José Cretella Júnior (in "Do Ato Administrativo", José Bushatsky, Ed., 2.^a ed., pág. 59/83).

Segundo o renomado professor, insistem alguns em trazer para o estudo do ato administrativo o conceito de mérito que somente se presta a outras disciplinas jurídicas e, não raras vezes, ao próprio Direito Administrativo, mas com certeza inaplicável ao ato administrativo.

Referindo a Seabra Fagundes, o Prof. Cretella deixa claro que ao Poder Judiciário é vedado analisar o mérito do ato administrativo (ob. cit., pág. 63), mas toma a cautela de citar outros que admitem o exame de mérito, como Vitor Nunes Leal (ob. cit., pág. 64).

Inegavelmente, porém, o mérito ao qual aduzem os ora Apelantes diz respeito à conveniência e oportunidade do ato administrativo, que evidentemente não pode ser valorada pelo judiciário. Contudo, o culto Magistrado a quo não analisou a conveniência e oportunidade do ato administrativo, embora não se possa desprezar tenha ele analisado o mérito.

É que mérito, desde logo afastada a concepção processual do termo, a despeito de seu especialíssimo sentido técnico, não se confunde com a legalidade ou legitimidade do mesmo ato, cuja aferição implica em valoração de mérito igualmente, embora que afastada a apreciação judicial da oportunidade e conveniência.

Aliás,

"... o "mérito" ou "merecimento" não se confunde de modo algum com "legalidade" ou "legitimidade", nem a esta se contrapõe, pela própria natureza

específica dos dois campos; ao Poder Judiciário é facultado o **exame do mérito do processo administrativo**, investigando se houve o “fato”, fiscalizando as provas através de reexame, indo **aos motivos**, observando se houve aplicação falsa, viciosa ou errônea da “lei” ou “regulamento” (ob.cit., pág. 82/83) (dest. do autor e meus grifos).

Como se vê, quando Magistrado afere legalidade ou legitimidade do ato administrativo, há ele de buscar as provas, os motivos e a aplicação da lei ou da regulamentação que sustentou o fato administrativo, o que de maneira alguma significa **exame de oportunidade e conveniência**. Esta aferição é simplesmente manifestação jurisdicional que não pode prescindir do exame do que Cretella chama de **mérito do processo administrativo** e não do ato administrativo.

Resulta que outra não pode ser a solução, pois dar-se a tal exame a interpretação dada pelos ora Apelantes é, em verdade, vedar ao Judiciário qualquer aferição do ato administrativo e obstaculizar a constitucional garantia à jurisdição. Não pretendia o legislador, como ainda não pretende, impedir o exame jurisdicional da legalidade, da moralidade, da legitimidade dos atos praticados pelo administrador público, o que, de resto, é objetivo perseguido pela Nação inteira, já desgastada com o despotismo absoluto de alguns homens públicos.

07. A discricionariedade

Ao administrador público não se estende apenas o cumprimento de seu **munus** dentro dos parâmetros legais, posto que estes, por mais extensos que sejam, não possuem a condição ou capacidade de prever absolutamente todas as hipóteses fáticas. Por isso se diz que o administrador pratica **atos vinculados e atos discricionários**. Os primeiros hão de ser praticados com estreita obediência aos fatos-tipos, âmbito dentro do qual é tranqüila a ação do poder público, porque esta a regra geral. **In casu**, não se trata de ato vinculado, por isso que não será ele analisado com mais profundidade.

Porém, a regra geral acima não tem a aptidão de levar o administrador à necessária proximidade da realidade, que se altera com velocidade maior do que se permite para a alteração do fato-tipo. Esta necessidade permite ao administrador o uso heurístico do ato administrativo, o que, em última hipótese, nada mais é do que a aplicação prática da teoria tridimensional do direito, desenvolvida e aceita mundialmente por mercê do trabalho do nosso Professor Miguel Reale.

Ora, com efeito!

Esta aplicação axiológica do direito somente é possível quando se trate de atos não vinculados, ou **atos discricionários**, onde a aplicação heurística e axiológica do ato administrativo vai de encontro aos anseios da Comunidade cujos interesses estão confiados ao probo e reto administrador.

Não há desvalia em se afirmar que o desvio do ato de tal regra de aplicação da decisão invalida o ato administrativo, sem esbarro na oportunidade e conveniência, mas simplesmente pela verificação de que a heurística foi neutralizada pela axiologia, ou deveria sê-lo. Afinal, a valoração das necessidades do ato não é irrestrita, sob pena de grave lesão aos interesses públicos.

A cada ato discricionário praticado, o administrador se coloca na posição de tê-lo invalidado por eventual desconfirmação do sujeito atingido pelo mesmo ato, o que somente pode ser evitado quando a autoridade se utiliza de técnicas que o Prof. Tércio Sampaio Ferraz Jr. chama de técnica **finalista** e de técnica **condicional** (**in** “A Relação Meio/Fim na Teoria Geral do Direito Administrativo”, RDP-61/27).

A técnica dita condicional é desenvolvida a partir da teorização de que a relação meio/fim é imunizada pelo confronto entre normas, para que prevaleça a finalidade pública pretendida. Mas esta dita imunização é condicionada pela fixação das condições de edição do ato (competência, hipóteses de incidência etc., aberto o fim alvitrado).

Ao lado disso, poderão ficar abertos os meios, e não os fins, quando será fixada a finalidade alvitrada.

Isto quer dizer que as teorias condicional ou finalista serão aplicáveis com, respectivamente, a prefixação dos meios ou dos fins, mas não quer dizer que os atos assim praticados não possam ser desconfirmados.

À luz da teoria condicional, serão desconfirmados quando houver desrespeito aos meios, e à luz da teoria finalista, quando houver desrespeito aos fins (ou desvio de finalidade).

Dai não é difícil entender que a validação do ato administrativo e a autonomia do administrador residem exatamente na adequada correlação entre os meios e os fins do ato administrativo, cujo desrespeito há de provocar o desvanecimento da pretensão administrativa.

Por isso que o legislador decide por meio de validação condicional, quando prevalece, e sempre há de prevalecer, o interesse público, já que não lhe é possível invadir o terreno discricionário do poder administrativo, sob pena de paralisar a atividade administrativa.

Se o administrador, obedecidos os meios, não atinge o fim colimado, nenhuma responsabilidade lhe resta. **A contrario sensu**, será responsabilizado sempre e sempre.

Da mesma forma se há de entender o ato discricionário, a despeito de seu maior desprendimento da letra da lei. Mas tal desprendimento não vale dizer completo desligamento do Direito Positivo, pois, **in verbis**:

“... a solidariedade entre meios e fins exige a correta adequação, tendo em vista os fins fixados e a atingir(...) ...são racionalizados através de uma espécie de **cálculo de rentabilidade**.” (Prof. Tércio Sampaio Ferraz Jr., ob. cit., pág. 33).

Evidentemente, ao se editar qualquer ato administrativo discricionário, sua validade estará condicionada ao Juízo de valor do seu próprio emissor. **“Não lhe bastam, por isso, os requisitos de validade condicional (os requisitos formais de vigência), pois a atuação em vista de um objetivo programado exige também um controle político e em detalhe, de cima para baixo, pois a mera utilização dos meios não significa que deles decorram, necessariamente, os fins colimados”** (Prof. Tércio, ob. cit., pág. 33).

O ato discricionário, portanto, permite e até exige, para verificação de sua validade, não apenas o exame dos meios, mas principalmente o procedimento usado, a competência especializada (não jurídica) e os reflexos que eventualmente extrapolam a esfera puramente jurídica, uma vez que, **in verbis**:

“...os seus resultados inesperados não são um mero agravamento possível, mas serão tidos como não justificados”. (ob. cit., pág. 33)

Ora, somente será possível a aferição do ato administrativo discricionário **si et in quantum** se permita a verificação do mérito do processo (como diz Prof. Cretella, já citado), o que viabiliza o exame da correta adequação meio/fim pretendidos.

A inobservância desta correlação provoca a necessária desconfirmação do ato administrativo e a responsabilização de seu editor ou beneficiários.

Por fim, quando o Juiz analisa esta necessária adequação, não examina a oportunidade e conveniência, mas, como se demonstrou, o mérito do processo utilizado para a sua edição. Em suma, fiscaliza se a discricionariedade do editor do ato administrativo se centrou nos critérios admitidos como válidos pelo Direito Positivo e, notadamente, pelos princípios gerais do Direito Administrativo.

Vê-se, com clareza, que os argumentos dos ora Apelantes devem ser repelidos, pois a r. sentença recorrida não invadiu a esfera da verificação da oportunidade e conveniência.

08. A ilegalidade do ato administrativo

Cumpra verificar, à luz do exposto, se o ato invalidado pela r. sentença recorrida era legal ou se eventual vício de nulidade o eivava.

Sustentam os ora Apelantes que o ato se enquadrava dentro das atribuições da Câmara Municipal e que, por ser discricionário, estava defeso de apreciação judicial, assim como que era legítimo e legal sob todos os aspectos.

Data venia, não é assim.

A ilegalidade ou ilegitimidade do ato jurídico decorre da violação frontal da lei, mas também pode ser causada por abuso, por excesso de poder, por desvio de poder ou por relegação dos princípios gerais de direito.

Em todas estas hipóteses, o ato é ilegítimo ou ilegal.

Não raras vezes, o ato vem travestido de legalidade posto que obedeceu o editor do ato a todo o disciplinamento jurídico, mas traz em seu conteúdo latente ilegitimidade, como, *in casu*, por desvio nítido de finalidade em flagrante afronta aos princípios gerais do direito.

A este propósito, *et de gratia*:

“a ilegitimidade, como toda a fraude à lei, vem quase sempre dissimulada sob as vestes da legalidade. Em tais casos é preciso que a Administração ou o Judiciário desçam ao exame dos motivos, dissequem os fatos e vasculhem as provas que deram origem à prática do ato inquinado de nulidade. Não vai nessa atitude qualquer exame do “mérito administrativo”, porque não se aprecia a conveniência, oportunidade ou justiça do ato impugnado, mas unicamente a sua conformação, formal e ideológica, com a lei sentido amplo, isto é, com todos os preceitos normativos que condicionam a atividade pública.” (Hely Lopes Meirelles, “Direito Administrativo Brasileiro”, RT, 12.^a ed., pág. 164) (destaque do autor, grifo meu).

Vê-se daí que para verificação da legalidade do ato juridicamente, pode e deve o Poder Judiciário caminhar até as suas causas mais remotas, apreciando sua conformidade com o Direito Positivo, seja sob o aspecto ideológico, seja quanto à forma do ato administrativo.

Como alhures já dito, o editor do ato administrativo há de conjugar sua vontade, dirigindo-a no sentido de conjugar adequadamente a relação meio/fim para que sua atividade discricionária não se invalide.

Imprescindível, conforme ensina o Prof. Tércio Sampaio Ferraz Jr., que a atividade discricionária do administrador público esteja subordinada ao princípio da legalidade, pois a validade do ato jurídico não está somente vinculada à vontade objetiva da lei, mas também depende da autorização dela como condição da ação praticada.

“Desta vinculação decorrem conseqüências, como a possibilidade de definir o desvio de poder ou seu abuso, ao que se conjuga o princípio da ampla responsabilidade do Estado” (ob. cit., pág. 32).

Como se vê, até o ato discricionário tem barreiras, ora legais, ora jurídicas, que delimitam a atuação do Poder Público. Quando as barreiras não são impostas pela própria lei e, portanto, a ação administrativa encontra lastro no já comentado poder discricionário, não há como buscar-se a verificação de sua legalidade ou legitimidade sem persecução de seu curso a partir das causas mais remotas. Isto é, deverá o administrador ou Poder Judiciário verificar, com plenitude, da sua liberdade administrativa ou jurisdicional, conforme a hipótese, verificar a adequação de meio e fins, toda a conformação ideológica que o reveste, e todos os motivos de tal ação. Só assim será possível a aferição de legitimidade do ato administrativo discricionário, como, aliás, *in verbis*:

“O poder do juiz, ante uso de discricionário administrativa, é apenas o de reconhecer se foi exercitada dentro das fronteiras legais ou se, a pretexto de discricionário, o agente ultrapassou seus limites. Em suma: o juiz só pode dizer que um ato não é de interesse público, por violada a discricionabilidade” (Celso Antonio Bandeira de Mello, in “Ato Administrativo e Direitos dos Administrados”, RT, 1981, pág. 71).

O Prof. Bandeira de Mello remata dizendo que o juiz não pode dizer que um ato praticado dentro dos limites discricionários é exatamente o que deveria ser expedido, que corresponde ao cabível, pois esta esfera de apreciação é reservada ao administrador. Mas, *in litteris*:

“sabe-se, na hipótese de desvio de poder, que o administrador, ao expedir o ato, orientou-se por interesse pessoal e não público, violando a razão da norma que o habilitava a decidir.” (ob. e pág. cit.)

Assim, é certo que o juiz tem até o dever de perquirir todas as circunstâncias que envolveram a evolução volitiva do administrador, como forma de detectar a ilegitimidade do ato, que pode e deve declarar, sem que isto constitua invasão da esfera discricionária do editor do ato.

Esta a busca realizada pelo culto Juiz a quo, que a justificou até doutrinariamente, cuja conclusão foi pela invalidação do ato, uma vez que o seu editor extrapolou por completo todos os parâmetros existentes e já expostos.

09. O desvio de finalidade

“Desvio de poder é o uso de uma competência em vista de finalidade que lhe é estranha. Tanto ocorre quando o ato tem objetivo alheio a qualquer interesse público (caso em que o agente busca satisfazer apetites pessoais) como na hipótese do ato objetivar finalidade pública, porém correspondente à tipologia do ato utilizado.” (Bandeira de Mello, ob. cit., pág. 69).

Embora que referindo ao fato de que o vício reside na finalidade colimada, e não na intenção primeira do editor do ato, a verdade é que a intenção viciosa ou equivocada do agente firma um descompasso objetivo entre o fim previsto no ordenamento jurídico, e o fim realizado pela ação administrativa.

Aí o desvio, posto que a finalidade atingida foi outra que não a prevista em lei, o que, à toda evidência, aconteceu *in casu*.

Dando-se tal desvio, evidentemente se caracteriza a possibilidade de invalidação do ato administrativo, seja pela própria autoridade administrativa, seja por declaração jurisdicional.

Tenha-se em mente que finalidade é o objetivo pretendido, e que deve ser inerente e compatível com o ato praticado, que, por sua vez, deve se conformar pela correlação de seus meios. Estará presente, ao lado da discricionabilidade do agente, a necessidade de que o elemento volitivo do editor esteja voltado para satisfação do

interesse público, e não a seus interesses ou de outros particulares, o que é causa de invalidação do ato em razão de conter objeto, ainda que remoto, alheio à sua natureza.

“Sucintamente, mas de modo preciso, pode-se dizer que ocorre desvio de poder quando um agente exerce uma competência que possuía em abstrato para alcançar uma finalidade diversa daquela em função da qual lhe foi atribuída a competência exercida.” (Bandeira de Mello, ob. cit., pág. 79).

No presente caso, é evidente o desvio de poder, chamado nos autos de desvio de finalidade do ato administrativo. É que o ato teria, a princípio, a finalidade de manter intercâmbio entre Suzano e as cidades japonesas, mas verificou-se que a finalidade primordial não era essa, mas simplesmente possibilitar aos beneficiados uma viagem ao Japão mantida, ainda que parcialmente, pelo Poder Público.

Tal desvio de finalidade está dissimulada pela aparente legalidade do ato, mas é apta a caracterizar verdadeiro desvio de poder.

Nem se cogite do dolo, como tentam sustentar os ora Apelantes, pois é ele irrelevante.

Em verdade, a aferição do elemento subjetivo adquire relevância ao se tentar atribuir a responsabilidade a outros participantes administrativos do ato (funcionários, etc.), que, inclusive, não são necessariamente integrantes dos pólos ativo e passivo da ação popular.

Mas, no que refere ao editor e beneficiários do ato administrativo, o dolo é irrelevante, a despeito de ser ponderante o elemento volitivo para validade da discricção usada. É que, **verbi gratia**:

“No desvio de poder há sempre um móvel, isto é, intenção inadequada. **Pode ser de boa ou má-fé.** Com ou sem desejo de satisfazer um apetite pessoal. Contudo, o ato será sempre viciado por não manter relação adequada com finalidade em vista da qual poderia ser praticado. O que vicia, portanto, não é o defeito de intenção — ainda que através disto se possa perceber o vício — mas o desacordo objetivo entre a finalidade do ato e a finalidade da competência.” (Bandeira de Mello, ob. cit., pág. 79/80)

Antes da edição do ato, o elemento volitivo é indiferente, posto que ainda não produziu qualquer reflexo na esfera jurídica. Por isso se diz que a voluntariedade é fenômeno estranho ao Direito.

Porém, é nítido momento **pré-jurídico**, porque a voluntariedade está situada no plano do “ser”, e não do “dever ser”.

Mas, uma vez praticado o ato, a voluntariedade do seu editor é relevante e valorável unicamente para aferição dos limites de discricção, que legitimam ou não o ato.

Ora, como efeito da prática do ato poderão restar irreparáveis lesões ao direito, ao interesse público ou até ao erário público, como aconteceu **in casu**. E aí não se há de aferir a vontade do agente ou dos beneficiários do ato, porque uma coisa é a causa e outra a consequência. Se é relevante a aferição da vontade no exame da causa, a consequência já está adrede fixada. É que, se na causa se caracterizou excesso no poder discricionário (mais exatamente, desvio de poder), o ato já está eivado de nulidade e, via de consequência, estarão obrigados pela nulidade o editor do ato e seus beneficiários.

Mais uma vez insiste-se em que não há necessidade de atuação dolosa; basta a aferição da voluntariedade para mensura dos limites discricionários do agente do

poder. Nada mais. A responsabilidade é sempre do editor do ato e dos beneficiários, até porque o interesse público deve ser sempre preservado, mesmo que com o sacrifício da responsabilidade pessoal, em benefício do interesse inegavelmente comunitário, que é muito maior.

10. A anulabilidade do ato

Ainda sob este aspecto, laboram em equívoco os ora Apelantes.

Sustentam que não há atos administrativos anuláveis e que, por força disso, não é possível anular o ato indigitado.

Sem embargo disso, Seabra Fagundes sustenta que os atos administrativos podem ser: a) **atos absolutamente inválidos**, b) **atos relativamente inválidos** e c) **atos irregulares** (“O Controle dos Atos Administrativos”, pág. 63/67, referido por Haydée Antunes Carlini, in “Invalidade dos Atos Administrativos”, RDP-34/28).

Os atos administrativos relativamente inválidos são exatamente os atos anuláveis, observando-se, porém, que não se dá ao entendimento a sistematização dicotômica do Código Civil. Mas a respeito desta sistematização, defende-a Tito Prates da Fonseca, referido na mesma obra a fls.

De larga aceitação, quase à unanimidade, é a posição defendida por Hely Lopes Meirelles (in “Direito Administrativo Brasileiro”, RT, 12.^a ed., pág. 165/166).

Para este extraordinário administrativista realmente não existem atos administrativos anuláveis. Sustenta o professor que o ato ou é legal, ou é ilegal; ou é válido, ou é inválido. Não se pode admitir ato administrativo, seu dizer, “meio válido”. Admite o professor, apenas e tão-somente, o ato irregular, isto é, aquele que não é nulo nem anulável, mas que, por simples defeito, tem a sua eficácia contida até a sua regularização.

Haydée Antunes Carlini, ao estudar exaustivamente o assunto, conclui no sentido de que é possível a existência de atos administrativos anuláveis, porque a sistematização dicotômica não é peculiaridade do direito privado (ob. cit., pág. 32).

De qualquer forma, é relevante o resumo da discussão em torno da conclusão, onde há unanimidade absoluta, do que seja **ato nulo, et de gratia**:

“Há nulidade do ato administrativo: (...); 4. em **todos** os casos de **desvio de finalidade** (seja por preterição de solenidade essencial, seja por desvio de poder, ou por falta de causa).” (Haydée Antunes Carlini, ob. cit., pág. 32).

Vê-se, portanto, que, embora se possa até sustentar que o ato administrativo pode ser anulável (contrariamente ao que dizem os Apelantes), a verdade é que o ato alcançado pela declaração judicial da qual se recorreu é verdadeiramente ato nulo.

Derradeiramente, anulabilidade equivale dizer da possibilidade de anular o ato administrativo, seja anulável ou nulo, pois tanto um quanto o outro dependem de declaração de anulação.

11. A lesividade e a condenação

Como se tentou apontar, o ato que autorizou a viagem ao Japão, custeada pela Câmara Municipal de Suzano, é evidentemente nulo ante os nítidos desvios de finalidade e de poder, caracterizados pelos excessos ao poder discricionário.

A lesividade é evidente, pois que, ainda em se admitindo gastassem os vereadores muito mais do que receberam do órgão legislativo ao qual estavam vinculados, há farta demonstração de que a Câmara Municipal custeou desde passagens até outros passeios no Japão, conforme, aliás, próprio relatório dos beneficiados.

E a intenção é irrelevante.

A verdade é que tais despesas não poderiam ter sido custeadas pela edilidade, seja em razão da inocuidade da pretensão, seja em razão de que a diplomacia internacional não é atribuição da Câmara, ou ainda porque o objetivo colimado era evidentemente de atribuição do Poder Executivo e não do Legislativo.

Ademais, para confirmar a extrapolação de competência, a Lei Orgânica dos Municípios estabelece as atribuições privativas e não privativas, da Câmara Municipal em seus artigos 24 e 25, não existindo em tais elencos a diplomacia ou qualquer ato semelhante aos alegados pelos réus (solicitar doação de equipamentos, estabelecer intercâmbio cultural, etc.).

Têm-se, portanto, demonstradas a lesividade e a ilegitimidade do ato, o que viabiliza o decreto de procedência da ação popular (RT-501/62), cuja decisão foi corretíssima até quando estabelece a responsabilidade solidária pela lesão (RT-525/202).

Até mesmo a fixação da verba honorária foi adequada e justa.

12. O Parecer.

Posto que os fatos são incontroversos (como aliás já ressaltado na r. sentença recorrida) e tendo em vista que o ato da Câmara Municipal ofendeu literalmente os artigos 24 e 25 do Decreto-Lei Complementar n.º 9, de 31/12/69, até hoje vigente, que fixa as atribuições da Casa Legislativa Municipal, é o parecer ministerial, s.m.j. do culto dr. Procurador de Justiça a officiar em 2.ª Instância, no sentido de se negar provimento a todos os recursos interpostos, mantendo-se **in totum** a r. sentença recorrida.

É de justiça!

Suzano, 15 de abril de 1989.