AÇÃO POPULAR — PRESSUPOSTOS

— Não basta a lesividade do ato impugnado para autorizar a ação popular; é necessária, ainda, a sua nulidade ou anulabilidade.

— Interpretação do art. 141, § 38, *da Constituição.*

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Brasílio C. de Oliveira Júnior *versus* Prefeitura Municipal, Câmara Municipal de Joaçaba e Emprêsa Rodoviária Ltda.
Recurso extraordinário n.º 22.900 — Relator: Sr. Ministro NÉLSON HUNGRIA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário n.º 22.900, em que é recorrente Brasílio C. de Oliveira Júnior e recorridos a Prefeitura Municipal de Joaçaba e Emprêsa Rodoviária Ltda., acorda a 1.ª Turma do Supremo Tribunal Federal, unânimemente, não conhecer do dito recurso, na conformidade das notas precedentes, integrantes da presente decisão. Custas *ex lege*.

Distrito Federal, 5 de novembro de 1953. — *Barros Barreto*, Presidente. — *Nélson Hungria*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nélson Hungria — Trata-se, no caso, de um ação popular proposta por Brasílio C. de Oliveira Júnior, no fôro da comarca de Joaçaba, Estado de Santa Catarina, para anular a Lei municipal n.º 78, de 27 de novembro de 1950, que, declarando rescindido o contrato de concessão da Estação Rodoviária Municipal, de que era titular a Emprêsa Rodoviária Ltda., mandava pagar a esta, em apólices, a quantia de Cr$ 100.000,00, correspondente à multa estipulada na cláusula 8.ª do dito contrato. Ao que argüiu o autor, essa lei redundou em injustificada lesão dos cofres municipais, eis que a emprêsa concessionária já se tornara inadimplente, por ter incorrido em mora quanto ao pagamento das percentagens a que fôra obrigada pela Lei municipal n.º 145, de 1949, e, assim, invertendo as posições, atribuiu o débito da multa contratual à Municipalidade, como se esta fôsse a inadimplente.

A Câmara Municipal e a litisconsorte, Emprêsa Rodoviária Ltda., contestaram, sustentando a ausência de nulidade da Lei n.º 78, que apenas veio reconhecer a violação do contrato de concessão por parte da Municipalidade, que deixara de manter a *exclusividade* do serviço concedido, incorrendo na multa clausulada no contrato.

A ação foi julgada procedente na primeira instância, mas, em grau de apelação, veio a ser reformada a sentença. Entendeu o Tribunal de Justiça estadual que, mesmo admitida a lesividade da lei impugnada, não era esta nula ou anulável, de modo que descabida era a ação popular, nos têrmos do § 38 do art. 141 da Constituição federal.

Daí, o presente recurso extraordinário, com pretendido arrimo nas letras *a* e *d* do preceito constitucional, pois o acórdão recorrido teria infringido o citado § 38 e os arts. 1.092, 1.056, 1.057 e 1.061, do Código Civil, e entrado em dissídio com arestos de outros Tribunais, inclusive esta Suprema Côrte.

Foi o recurso arrazoado e contra-arrazoado, e a fls. 106 oficiou o Dr. Procurador-Geral da República, opinando pelo não conhecimento dêle.

E' o relatório.

VOTO-PRELIMINAR

O Sr. Ministro Nélson Hungria (Relator) — O § 38 do art. 141 da Constituição de 46 não admite interpretação diversa da que lhe deu o acórdão recorrido: não basta a lesividade do ato impugnado, referida ao patrimônio da entidade de direito público ou de economia mista, senão também a sua nulidade ou anulabilidade. Sòmente essa dupla condição negativa autoriza a hostilidade do ato pela *actio popularis*. Se uma das condições falha, carecerá de fundamento a ação. Nem se diga que da própria lesividade do ato decorre a sua invalidade, pois, salvo casos excepcionais e taxativos, lei alguma declara isso. Se assim fôsse na espécie, não se compreenderia que o dispositivo constitucional se referisse à *nulidade* ou *anulabilidade* do ato lesivo, pois, se a lesividade fôsse condição por si só suficiente, seria desnecessário e não haveria como distinguir entre o ato lesivo nulo e o ato lesivo simplesmente anulável.

É a decisiva argumentação formulada pelo ilustre magistrado paulista José Frederico Marques, em decisão que se encontra na *Revista Forense*, vol. 132, pág. 159.

São de todo impertinentes ao caso concreto os dispositivos do Código Civil citados pelo recorrente. A *exceptio non adimpleti contractus* não pode ser oposta pela parte que foi a primeira a faltar com a sua prestação.

Depois de haver assegurado a exclusividade do serviço concedido, a Municipalidade achou de descumprir, mediante lei, essa cláusula da concessão. Nem se argumente que houve concordância tácita da concessionária, pois a submissão desta não excluía o seu direito, só perscritível em 5 anos, de demandar a Municipalidade como contratante infiel. E foi reconhecendo a própria culpa que a Municipalidade, *sponte sua*, entendeu de melhor aviso confessar a sua inadimplência e conseqüente rescisão do contrato, prontificando-se ao pagamento da multa. A ulterior mora da concessionária não podia ser invocada pela Municipalidade, que foi a primeira a faltar com a sua prestação, nos têrmos em que se obrigara.

Ainda mesmo, porém, que assim não fôsse, é bem de ver que não seria nulo ou anulável o ato de um contratante que, embora não culpado, se reconheceu conscientemente tal, convindo em rescindir o contrato e pagar a multa convencional. Seria um ato lesivo de seu patrimônio, mas não eivado de nulidade absoluta ou relativa.

Por último, nenhum contraste existe entre o acórdão recorrido e os arestos indicados como divergentes, tratando êstes da revogabilidade, pela Administração pública, *ex proprio Marte*, dos atos administrativos nulos, hipótese inteiramente alheia a *de qua agitur*.

Não conheço do recurso.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Não tomaram conhecimento. Decisão unânime.

Não compareceu, por se achar afastado, em exercício no Tribunal Superior Eleitoral, o Sr. Ministro Luís Gallotti, substituído pelo Sr. Ministro Afrânio da Costa.