— A forma contracta de redação do art. 150, § 31, da Constituição, não elide a exigência do duplo pressuposto de ilegalidade e lesividade da ação popular.

— Não há vício de legalidade na avocação, pelo prefeito, da competência da autoridade hierarquicamente inferior, quando não vedada expressamente em lei.

— Não tem caráter de lesividade o dispêndio de dotação orçamentária para custeio do espetáculo artístico-cultural, inserindo no poder discricionário da Administração o juízo de conveniência do ato.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Miguel Colassuono *versus* Paulo Cardoso de Siqueira
Recurso Extraordinário nº 92 326 — Relator: Sr. Ministro
RAFAEL MAYER

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata de julgamentos e notas taquigráficas, à unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento.

Brasília, 11 de novembro de 1980. — *Thompson Flores,* Presidente. *Rafael Mayer,* Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Rafael Mayer: Trata-se de ação popular proposta por Paulo Cardoso de Siqueira contra Miguel Colassuono, então prefeito municipal de São Paulo e seu ex-secretário dos Negócios Extraordinários, Luiz Mendonça de Freitas, bem como contra a Empresa Teatral Viggiani, sob o fundamento de serem inválidos os atos praticados em benefício da empresa mencionada, no sentido de promoverem a apresentação em São Paulo do Ballet da Ópera de Paris, às expensas da Municipalidade.

A ação foi julgada procedente, em parte para condenar os réus a responder por perdas e danos, recolhendo aos cofres municipais o valor apurado no curso da ação, de Cr$ 1 859 981,60, acrescido de correção monetária, juros moratórios, custas e honorários de advogado em 20% sobre o valor da condenação.

A apelação foi provida em parte para excluir da condenação a reposição de arrecadação da bilheteria. Do respectivo acórdão, foi interposto recurso extraordinário, pelos Réus, na parte em que eximido, por unanimidade, o Autor, dos embargos da sucumbência e interpostos embargos de infringência quanto à substância do acórdão, tomado por maioria. Na instância dos embargos, entendeu a egrégia Corte, confirmando o acórdão da apelação, ser ilegal o ato da Prefeitura e lesivo ao patrimônio da Municipalidade, pois além de nada receber em troca, desembolsou vultosa quantia em benefício do usuário consistente em dispêndios com a complementação da orquestra sinfônica municipal, pessoal técnico de palco e alojamento dos figurantes do corpo do *ballet*. Por outro lado, o prefeito não poderia, por si próprio, usurpar atribuições específicas do diretor do Departamento de Cultura, visto que a autoridade hierárquica não dispõe, com efeito, de prerrogativa de substituição na ação administrativa que a este incumbe.

Transcrevo a seguir o tópico jurídico do acórdão recorrido, bem como da declaração de voto vencido, *in verbis*:

"Postos de lado decretos e regulamentos, deparam-se com duas leis municipais a disciplinarem o uso da referida casa de espetáculos.

Diz a Lei Municipal nº 3 885, de 1950, art. 1º:

'É vedada a cessão ou locação do Teatro Municipal para atividades estranhas ao movimento especificamente artístico, exceto para a realização de sessões solenes de colação de grau de institutos reconhecidamente de ensino superior, integrados ou não na Universidade de São Paulo, bem como as de caráter cívico-patriótico.'

O aludido diploma sofreu posteriormente pequenina modificação com a Lei nº 3 941 de setembro de 1950:

É vedada a cessão ou locação do Teatro Municipal para atividades estranhas ao movimento especificamente artístico, exceto para a realização de sessões solenes de colação de grau de institutos reconhecidamente de ensino superior, integrados ou não na Universidade de São Paulo, do Instituto de Educação Caetano de Campos, das escolas normais da capital, mantidas pelos poderes públicos, do Conservatório Dramático e Musical de São Paulo, bem como as de caráter cívico-patriótico.'

Não consta a existência de leis ulteriores, modificatórias ou revogatórias, a disporem sobre a matéria.

Regulamentos e decretos expedidos se tornam evidentemente incapazes de alterar, retificar ou suprimir o que ficou disposto em tais leis.

Assim, para espetáculos e atividades artísticas, a permissão de uso só se o faculta 'gratuitamente' ou 'mediante aluguel'.

As taxas de 'aluguel' figuram em vários decretos e regulamentos (cf. Decreto nº 5 416, de 1962; Decreto nº 5 970, de 1964; Decreto nº 9 543, de 1971; e Decreto nº 11 347, de 1974).

Pelo que se deduz da excelente exposição de Cretela Júnior, a permissão ou concessão de uso de bens públicos admite as duas modalidades, a 'gratuita' e a 'remunerada' (nesta última se utilizando erroneamente do vocábulo 'aluguel').

De seu elucidativo ensinamento não se insere outra modalidade, um *tertium genus*, o de permissão de uso onde o permitente

ou concedente, ao invés de nada receber, ou, ao contrário, o de receber um aluguel, tenha ainda de desembolsar importâncias em favor do usuário (*Bens públicos*, p. 98, 284 e segs.).

A autorização para utilizar, com pesados encargos financeiros da Municipalidade, foge aos preceitos das leis municipais acima mencionadas.

Impunha-se, pois, alteração legislativa. Ademais, a outorga de auxílio exige autorização da Câmara Municipal (Lei Orgânica dos Municípios, art. 24, nº IV). E não há dúvida implicar em auxílio financeiro, a Prefeitura ficar com o encargo das despesas de hospedagem e de transporte, na capital, do pessoal componente do Ballet.

Já por aí ter-se-ia de reconhecer a ilegalidade do ato da Prefeitura no ceder o Teatro Municipal nas circunstâncias acabadas de expor.

Abstraídas que fossem as considerações acima, também se endossariam os motivos aduzidos pela maioria no julgamento do apelo.

Em seu reforço declara-se o seguinte:

Não há que se confundir 'poder hierárquico', com mera dependência subalterna em face da pessoa colocada em grau superior nos quadros da organização estatal.

No melhor estudo que existe sobre 'poder hierárquico', numa análise profunda desse fenômeno e de suas manifestações, Pierre Di Malta mostrou resumir-se o 'poder hierárquico' em simples problema de competência jurídica. Destacou ainda a impossibilidade jurídica de o superior agir ou substituir-se por si próprio, em atribuições pertinentes a seu inferior.

Eis as suas palavras vertidas à nossa língua:

'Para que o controle hierárquico se possa aplicar torna-se indispensável que o agente inferior tenha exercido sua função emitindo o seu ato decisório. E na hipótese em que este agente se teria abstido ou não teria cumprido o ato decorrente de sua competência, seu superior ver-se-ia na impossibilidade jurídica de agir em seu lugar. *A autoridade hierárquica não dispõe, com efeito,* de prerrogativa de substituição na ação. Esse poder seria contrário à natureza das coisas; apareceria como a negação mesma da hierarquia, que implica divisão de tarefas e de competência em vários degraus. Se, em virtude do princípio hierárquico, o superior se acha habilitado a condicionar o exercício de competências de seus subordinados, ele não se pode atribuir a ele próprio, por sua única vontade, tais competências. Estas últimas decorrem de uma norma governamental que determinou seus titulares e uma tal investidura não poderia variar ao sabor de um agente administrativo. A substituição de ação apresentaria, ademais, se fosse admitida, sérios inconvenientes para os administrados, como ainda para a Administração. Ela privaria aqueles de um exame suplementar da decisão que lhes diz respeito. Ela viria, o que se torna mais grave, reduzir mais a desconcentração já muito fragmentária. Efetivamente, ao passo que a desconcentação tende a fazer passar a competência de decisão, da pessoa do chefe hierárquico, a seus subordinados mais ou menos imediatos, a substituição de ação neutraliza essa transferência ao restituir a competência de decisão ao superior. Também a jurisprudência do Conselho de Estado fulmina essa prática em se fundando sobre a *incompetência* do superior' (*Essai sur la notion de pouvoir hiérarchique,* 1961. p. 44).

Di Malta relata vários atos de superiores se substituindo em atividades de seus subordinados, atos que se declararam ilegais.

Da mesma maneira leciona Odent em clássica obra:

'A usurpação de uma autoridade sobre atribuições de um subordinado constitui igualmente uma incompetência. A existência de poderes próprios, atribuídos à autoridade subordinada, limita a competência de uma autoridade superior. Os exemplos de desprezo por parte de uma autoridade a propósito de poderes próprios de um subordinado são numerosos' (*Contentieux administratif,* p. 564).

Identicamente a Di Malta enumera Odent casos de invasão da autoridade superior, considerados ilegais pela Justiça.

Finalmente, em sua moderna obra, cuidando da matéria escrevem Aubby e Drago:

'A autoridade superior pode, pelo menos no caso onde se trate de um superior hierárquico, dar, à autoridade inferior, instruções ou ordens concernentes ao exercício da respectiva competência. Não pode, ao revés, se substituir a esta autoridade para exercer as competências devolvidas à última; os atos tomados nessas condições estariam eivados de nulidade (ver por exemplo: a fixação, pelo prefeito — *prefect* dos preços de produtos agrícolas em lugar do diretor dos serviços agrícolas; recusa de carta profissional pelo ministro em lugar do prefeito — *prefect...*' (*Traité de contentieux administratif*, 1975. t. 2, p. 280).

Pois bem, pelo ordenamento jurídico de distribuição de serviços da Prefeitura à época dos fatos, tocava ao diretor do Departamento de Cultura despachar originariamente pedidos de cessão de uso do Teatro Municipal para espetáculos (Decreto nº 9 542, de junho de 1971).

Sem nova regulamentação jurídica de serviços no setor, não poderia o Prefeito usurpar atribuições próprias do diretor do Departamento de Cultura. Só depois do ato decisório do diretor e utilizados os meios legais burocráticos (geralmente recurso hierárquico ou reclamação administrativa) caberia ao prefeito o reexame da matéria, já atuando em 2º grau.'

Declaração de voto vencido

Como bem demonstra a declaração de voto vencido do eminente Desembargador Andrade Junqueira, o requisito da ilegalidade do ato da Administração é essencial para o sucesso da ação popular. Se o administrador infringiu a lei, então o Poder Judiciário fica investido do poder de verificar essa ilegalidade e de determinar a anulação do ato em razão do prejuízo causado ao Erário Público. Mas, fora daí, ao Poder Judiciário não está facultado substituir o critério da autoridade administrativa, pois então isso não seria mais julgar, e sim administrar.

Ora, no caso, em junho de 1974, havia na Municipalidade uma verba superior a cinco milhões de cruzeiros para ser gasta com espetáculos do Teatro Municipal e outros da Municipalidade, como se verifica das notas de empenho de fls. 132-3. O então prefeito, fazendo uso do poder discricionário que a lei confere para utilização dessa verba, dispendeu apenas exatamente Cr$ 387 426,80 para a exibição em São Paulo do Ballet da Ópera de Paris, sendo que essa decisão não infringiu a lei, visto tratar-se indiscutivelmente de um espetáculo de 'relevante interesse artístico', conforme preceitua o art. 6º do Decreto Municipal nº 9 543, de 25 de junho de 1971.

Não há dúvida que a colaboração da Municipalidade para a realização do espetáculo artístico não foi aprovada pelo Departamento de Cultura, entendendo a douta maioria que somente este órgão teria condições de verificar se as condições oferecidas pelo apresentante do espetáculo conviriam ao interesse público.

Mas de qualquer forma não houve invasão de nenhuma esfera de competência privativa, no caso a do Departamento de Cultura, porque este é órgão inferior, subordinado à autoridade maior do prefeito.

A se argumentar dessa forma, *data venia* estaria se outorgando, a um simples departamento da Municipalidade, atribuição administrativa à qual o prefeito, autoridade máxima, deveria permanecer irremediavelmente estranho e sem qualquer poder avocatório ou revisional, o que não seria razoável frente ao princípio da hierarquia, que consoante a advertência de Duguit, citado no respeitável voto vencido, domina todo o direito administrativo e deve ser aplicado mesmo sem qualquer texto legal que o consagre.

Aliás, nem seria preciso ser um entendido em arte para saber que o espetáculo incriminado era de relevante valor artístico, e assim a decisão do prefeito dependia somente dele, passando por cima do Departamento de Cultura e de quantas autoridades subalternas que entendessem não ser conveniente ou oportuna a realização do espetáculo.

Ainda como lembra o voto vencido, foi uma decisão que partiu do vértice da pirâmide para a base, pelo que cabia aos subordinados simplesmente executá-la, à vista dos princípios da hierarquia e da discricionaridade, dos quais o alcaide fez uso como a lei lhe faculta.

Como lembra André de Laubadère, citado pelos embargantes, o prefeito exerce um poder de tutela 'sur les autorités decentralisées dans le cadre ou au-dessous du départment'. E não seria, *data venia*, admissível que, contrastando com esse *pouvoir de tutelle* se apresentasse, em órgão administrativo subordinado ao prefeito, uma competência privativa em relação à qual o Chefe do Executivo nada pudesse fazer.

A se argumentar de forma contrária, desapareceria aquela normal e permanente disponibilidade do órgão superior sobre a totalidade das atividades funcionais dos órgãos e agentes subordinados, como também desapareceria a prerrogativa de avocar do prefeito da competência de seus subordinados, substituindo-os.

Em última análise, a finalidade da ação popular é a obtenção da correção nos atos administrativos ilegais ou lesivos, reconhecendo-se assim nela que todo o cidadão, eleitor, tem direito subjetivo ao governo honesto.

No caso, e segundo o meu entender, após detido exame dos autos, não encontrei nenhuma ilegalidade ou lesividade no ato impugnado, levado a efeito por uma administração reconhecidamente honesta.

E assim, *data venia* das respeitáveis manifestações majoritárias, recebo os embargos para julgar totalmente improcedente a ação, adotando os fundamentos da excelente declaração de voto vencido do eminente Desembargador Andrade Junqueira."

Daí o recurso extraordinário incidente sobre esta decisão, pelas letras *a* e *d*, sustentando violação dos arts. 6º e 153, § 31, da Constituição, primeiro, "ao julgar procedente ação popular sem ato lesivo, e, também, sem nulidade que o pudesse tornar ineficaz"; segundo, "ao intervir, indevidamente, na órbita de poderes discricionários da Administração municipal", à guisa de dissídio, traz a cotejo acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, no MS nº 1 430 (fls. 746-51), segundo o qual o Chefe do Executivo tem competência implícita, decorrente do poder hierárquico, de resolver em última instância de tudo que interesse à administração da coisa pública.

Indeferidos ambos os recursos, subiu pelo provimento dado ao Ag. 75 494, o recurso pertinente ao acórdão dos embargos infringentes, pois somente se reportou o agravo provido a esse item do despacho indeferitório. A Procuradoria-Geral da República manifestou-se nos termos deste parecer:

"Miguel Colassuono, com fundamento no art. 119, III, letras *a* e *d*, da Constituição federal, recorre extraordinariamente da decisão proferida pelo colendo 1º Grupo Civil, do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, cujo venerando acórdão — fls. 675 *usque* 696 — entendeu que a 'cessão de uso' do Teatro Municipal, para a exibição do Ballet da Ópera de Paris, se constituiu num ato lesivo ao erário.

Sustenta o recorrente em seus apelos, que o venerando acórdão violou o que se dispõe na Constituição federal, arts. 6º e 153, § 31, na Lei nº 4 717, de 29 de junho de 1965, art. 2º, e no Código de Processo Civil, art. 20, *caput*, por haver julgado procedente ação popular, sem a existência de ato lesivo e em nulidade que o afetasse e por haver, também, interferido na esfera de competência discricionária da Administração.

Destaca, ainda, o conflito jurisprudencial que se estabeleceu com o julgado do Colendo Supremo Tribunal Federal, no Mandado de Segurança nº 1 430, assim ementado:

"Concorrência pública — Idoneidade dos concorrentes — Loteria — Poder hierárquico do Presidente da República. O Presidente da República tem competência implícita, fundada no poder hierárquico, para decidir em última instância, sobre tudo quanto interessa à administração da coisa pública."

In casu, bem resultou demonstrada a contrariedade dos preceitos constitucionais e a negativa de vigência a dispositivos de leis federais; o acórdão impugnado interpretou ser a "cessão de uso" lesiva, não atentando que ela obedeceu à modalidade "remunerada", inocorrendo a hipótese aventada de um *tertium genus*, vez que a empresa Viggiani recolheu aos cofres da municipalidade a taxa de ocupação. As despesas realizadas pela municipalidade foram de pequena monta e com suporte em dotação orçamentária espe-

cífica para espetáculos do Teatro Municipal, fato que ilide a argumentação de que houve dano ao erário, com abuso de poder hierárquico. Assim não causaram prejuízos, não foram praticadas com incompetência, vício de forma ou ilegalidade de objeto. Por essas razões, entendemos ser o apelo extremo cabível pela letra *a*.

Também, pela letra *d* é de se admitir o recurso, porque a decisão colide com julgamento do excelso Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança nº 1 430, tendo em vista que o "poder hierárquico domina todo o direito administrativo e deve ser aplicado, ainda que nenhum texto legal o consagre" (Duguit).

Lembramos que "do poder hierárquico decorrem faculdades implícitas para o superior, tais como dar ordens, fiscalizar, delegar e *avocar atribuições* originariamente atribuídas a subordinado" (Hely L. Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, 5. ed. p. 93). Logo, se permite ao Chefe do Executivo municipal a execução de atribuições que, à época dos fatos, eram do Diretor do Departamento de Cultura.

Diante do exposto, havemos que o Colendo Supremo Tribunal Federal conheça e dê provimento ao recurso, na forma da lei."

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Rafael Mayer (Relator): A formulação contracta da disposição constitucional institutiva da ação popular, que rege desde o art. 150 § 31, da Constituição de 1967, comparativamente à antiga redação do art. 141, § 38 da Constituição de 1946, não desfigura a exigibilidade de um duplo requisito para se ter a possibilidade jurídica da ação popular, a saber, a ilegalidade e a lesividade do ato a ser invalidado. Sem a conjunção dos dois pressupostos, ou seja, a *contrario senso*, com a verificação de um só deles, não há viabilidade para esta ação constitucional.

Assim decorre, igualmente, do texto da Lei nº 4 717, de 1965, que permanece eficaz em face do novo texto constitucional, a que se acomoda na sua função regulamentadora.

Esta Corte tem preciosa doutrina sobre esse aspecto fundamental, como se vê, por exemplo, de voto proferido pelo eminente Ministro Amaral Santos, no RE nº 65 486 — RS (*RTJ*, 54/95), onde se lê:

"Por essa lei (art. 10), são pressupostos da ação, sem as quais é inatendível a pretensão: a) a lesividade do ato ao patrimônio público (da União, do Distrito Federal, dos estados, dos municípios, de entidades autárquicas etc.); b) que o ato lesivo seja contaminado de vício ou defeito de nulidade ou anulabilidade."

O preclaro voto traz à colação acórdão deste Tribunal, relatado pelo Ministro Nelson Hungria e publicado na *Revista de Direito Administrativo* 54/325, transcrevendo-lhe os seguintes trechos:

"... 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." "Somente essa dupla condição negativa" — acrescentou o voto — "autoriza a hostilidade do ato pelo *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 fosse, na espécie, não se compreenderia que o dispositivo constitucional se referisse à *nulidade* ou *anulabilidade* do ato lesivo e o ato lesivo simplesmente anulável."

E volta o eminente processualista a conceituar:

"São, pois, dois os pressupostos, ou melhor, condições da ação popular, de coexistência necessária. A falta de uma dessas condições afasta a admissibilidade da ação."

Este enfoque sobre o duplo fundamento da ação popular está presente nos julgados deste Tribunal, cabendo anotar o proferido no RE nº 75 857 — SP, Relator o eminente Ministro Bilac Pinto (*RTJ*, 72/421).

O venerável acórdão recorrido abordou a ação sob esse prisma e teve como ocorrentes os dois pressupostos.

Apreciando o fundamento da ilegalidade do ato do prefeito municipal que concedeu, gratuitamente, o Teatro Municipal para a

apresentação do Ballet da Ópera de Paris, e fez com que a Edilidade arcasse com diversas despesas na estada e apresentação do conjunto artístico em São Paulo, em ajuste de colaboração com empresa teatral, que também é ré na ação, somente a esta beneficiando, a instância ordinária entendeu que o ato estava eivado de vício de incompetência. E assim, porque infringente de regulamento municipal que atribuíra a Diretor de Departamento a atribuição para decidir sobre as condições de uso do teatro e da exibição artística.

É certo que, invocando, nesse ponto, o julgamento anterior, o acórdão proferido nos embargos infringentes, alude, *en passant*, a um outro enfoque jurídico, nem cogitado pela inicial, qual o de infringência a dispositivo da Lei Orgânica dos Municípios, que faz depender de autorização da Câmara Municipal a outorga de auxílio financeiro, tendo como tal "o encargo com as despesas de hospedagem e de transporte, na Capital, do pessoal componente do Ballet" (fls.). Tal colocação, entretanto, padece de inadequação com os termos incontroversos da causa, pois o que se tem como indiscutível, e nisso o Prefeito também incorre em crítica, é de que foram utilizadas, e formalmente empenhadas como tais, as verbas orçamentárias com destinação específica à promoção artística.

A verdadeira controvérsia está em saber se, fixada em regulamento a competência do Diretor de Departamento para a prática do ato, poderia a autoridade administrativa municipal, de grau máximo, substituí-lo, avocando a decisão que pelo regulamento àquele competia. Esta providência, tem-na a maioria como ilícita infringência da norma de competência, com a resultância da ilegalidade e nulidade do ato, controlável por via da ação. Têm-na os votos vencidos como compatível com os princípios legais da administração, que implicam a avocação das decisões.

É certo que o regulamento administrativo, ainda que autônomo, como no caso, se insere no bloco da legalidade, e a sua inobservância está sujeita ao controle judicial da legalidade.

Cabe, ver, no entanto, que o princípio da avocação das decisões, pela autoridade máxima, está ínsito na estrutura da Administração, como resultante da própria unidade e da hierarquia da organização administrativa.

Nesse sentido, está a decisão desta Corte, aliás invocada como paradigma, no Mandado de Segurança nº 1 430, de cujo acórdão foi Relator o Ministro Edgar Costa, com esta ementa:

"O Presidente da República tem competência implícita, fundada no poder hierárquico, para decidir em última instância, sobre tudo quanto interessa à administração da coisa pública."

Aliás, os estados e municípios de população superior a duzentos mil habitantes foram convocados, pelo Ato Institucional nº 8, a realizar a reforma administrativa, observados os princípios fundamentais adotados pela Administração Federal, no Decreto-lei nº 200, onde se inscreve a faculdade de avocação, pelo Presidente da República, de qualquer assunto na esfera da Administração Federal, o que é sem dúvida paradigmático (art. 170 do Decreto-lei nº 200-67).

É matéria versada na doutrina (Cf. Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo*, 6. ed. p. 95; O. A. Bandeira de Mello, *Princípios de direito administrativo*, t. 1, p. 122; Rafael Entrena Cuesta, *Derecho administrativo*, p. 187 a 193; Basavilbaso, *Derecho administrativo*, t. 2, p. 261).

É de concluir, portanto, insubsistente a argüição sob a ilegalidade do ato administrativo, por vício de incompetência, sendo sem dúvida esse o defeito em que o acórdão recorrido apóia a sua razão de decidir. Despicienda, nele, à falta de uma direta conceituação a eventual ocorrência dos demais vícios nulificantes, tais o vício de forma, a ilegalidade do objeto, a inexistência dos motivos ou o desvio de finalidade (art. 2º da Lei nº 4 717/65).

Diante disso, falho é o indeclinável pressuposto da ação popular constitucional, referente à ilegalidade do ato impugnado e sua conseqüente nulidade, importando em ofensa à norma, que o institui, suprir o seu reclamo com o que ilegal não é.

O venerável acórdão recorrido não mais se detém sobre o aspecto de lesividade do ato, todavia afirmado no acórdão da apelação Tem-se como incontroverso que, utilizando dotações de sua verba orçamentária, de cerca de cinco milhões de cruzeiros, destinada a espetáculos do Teatro Municipal e outros da Municipalidade, a Prefeitura dispendeu, para colaborar na exibição do Ballet do Teatro da Ópera de Paris, Cr$ 387.426,80, aplicados na complementação de orquestra sinfônica municipal, pessoal técnico do palco, alojamento e transporte dos figurantes do Ballet. Pelo ajuste de colaboração com a empresa responsável pela vinda do conjunto e pela promoção do espetáculo, esta somente se obrigou a recolher aos cofres da Municipalidade as taxas de ocupação no valor de Cr$ 46.485,00. Mas não houve participação percentual da Prefeitura na venda dos ingressos, cuja soma se tem por elevada. A partir daí, o acórdão da apelação valorou o fato conceituando o que entendeu como lesividade:

"A lesividade é indiscutível, já que o ato averbado de ilegal e ilegítimo beneficiou uma empresa privada, de características puramente comerciais, concedendo-lhe vantagens com dinheiro público, para a apresentação de um espetáculo que lhe foi altamente rendoso. Não era o Ballet da Ópera de Paris — anote-se — o beneficiado com as concessões do Erário. Os benefícios eram endereçados ao empresário do espetáculo, a quem se deu tudo em troca de nada. A preocupação da empresa co-ré era o sucesso de bilheteria, com reduzido ou nenhum custo operacional, pois, a Municipalidade, pelo ato ilegítimo do prefeito, na verdade não colaborou mas custeou o espetáculo concedendo o Teatro, orquestra, suplementação de orquestra, pessoal técnico, alojamento, condução e transporte. Do resultado obtido, nada se sabe. Saldo positivo em favor da Prefeitura ou da cultura do paulistano, não se viu. Os altíssimos preços cobrados pelos ingressos não permitiram, por certo, o acesso do grande público à arte apresentada pelo empreendimento.

Logo, se nada justificou o grande dispêndio do erário sem nenhum interesse social da comunidade, caracterizada está a lesividade do ato que só ao empresário beneficiou."

Creio que esse conceito de lesividade não se aduna à realidade que se pretende predicar. Pois a ninguém é dado obscurecer, e sequer o autor da ação obscureceu a elevada significação cultural e artística do espetáculo, com cuja apresentação a Prefeitura houve por bem colaborar. A iniciativa tinha finalidade legítima, dentro das atribuições culturais da Prefeitura de uma grande cidade, mesmo que não fosse um espetáculo para a massa, a que não se adequava pela natureza e forma de realizar-se.

Por outro lado, não se poderá ter como lesivo ao patrimônio municipal, a circunstância de o município não haver partilhado dos lucros da empresa privada, pois esse objetivo não se compadece com a função administrativa nesse setor, nem dele se cogitou na colaboração assumida pela edilidade para a realização do espetáculo artístico.

Lesvio se há de entender o ato que direta ou indiretamente, mas real ou efetivamente, redunde no injusto detrimento de bens ou direitos da Administração, representativo de um prejuízo, de um dano, efetivo ou potencial de valores patrimoniais. Não faz sentido incluir aí, como pretendeu a instância ordinária, os ganhos que eventualmente tenham resultado à empresa por sua atividade, quase como lucros cessantes da Prefeitura, pois não há relação causal e jurídica que lhes atribua.

De qualquer modo, as despesas da Prefeitura, autorizadas em orçamento, e destinadas especificamente ao espetáculo artístico, mesmo as despesas com a hospedagem de um corpo de baile que é tido como oficial pela Prefeitura de Paris, não exorbitam dos encargos que legitimamente possam ser assumidas pelo poder público, se resguardada a legalidade do dispêndio como parece estar.

Cuido, portanto, exorbitante o conceito de lesividade adotado pela instância ordinária, basicamente carente da essencial conotação de dano ao patrimônio público.

É certo, como se disse, que tais iniciativas e tais medidas, ao contrário de comprometerem a sua legalidade, se incluem nos lindes do poder discricionário, inabordável ao crivo

judicial, sob pena de atropelamento do campo reservado à Administração Pública. É o que diz Hely Lopes Meirelles:

"Mas é de observar-se que a ação popular não autoriza o Judiciário a invalidar opções administrativas ou substituir critérios técnicos por outros que repute mais convenientes ou oportunos, pois essa valoração refoge da competência da Justiça e é privativa da Administração. O pronunciamento do Judiciário, nesta ação, fica limitado unicamente à legalidade do ato e à sua lesividade do patrimônio público. Sem a ocorrência desses dois vícios no ato impugnado não procede a ação" (*Mandado de segurança e ação popular* p. 72).

Do modo como decidiu, desbordou o venerável acórdão dos pressupostos da ação popular constitucional, infringindo a sua matriz constitucional e legal implicitamente prequestionada. Por outro lado, a tese relativa à impossibilidade jurídica da avocação administrativa está em divergência com a afirmativa do paradigma.

Pelo exposto, conheço e dou provimento, para julgar a ação improcedente, condenado o autor nas custas na proporção em que ora decai, não porém, em honorários de advogado, tendo em vista os precedentes no particular desta Corte.

É o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Thompson Flores (Presidente): Acompanho, por inteiro, o bem fundamentado voto do eminente Relator, cujos princípios, vezes várias, tem reiterado o Supremo Tribunal Federal.

Assim, também conheço do recurso e lhe dou provimento.

EXTRATO DA ATA

RE 92 326-8 — SP — Rel. Min. Rafael Mayer. Recte. Miguel Colassuono (Advs. José Frederico Marques, Claudio Lacombe e outros) Recdo. Paulo Cardoso de Siqueira Netto ou Paulo Cardoso de Siqueira (Advs. Paulo Cardoso de Siqueira e Milton Marzagão).

Decisão: conheceram e deram provimento ao recurso, decisão unânime. Falou pelo Recte. o Dr. Claudio Lacombe. 1º T., 11.11.80.

Presidência do Senhor Ministro Thompson Flores. Presentes à sessão os Senhores Ministros Xavier de Albuquerque, Cunha Peixoto, Soares Muñoz e Rafael Mayer.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Francisco de Assis Toledo.