1. Supondo os autores que os réus deveriam ser também responsabilizados pela celebração de *"uma série de contratos nulos, lesivos ao patrimônio público"* — firmados pela Cia. do Metropolitano de São Paulo, visando à Construção do Memorial da América Latina —, moveram-lhes ação popular, pedindo sua procedência *"com a declaração da invalidade dos contratos (...)"*

2. O instrumento processual utilizado pelos autores, para o efeito de serem invalidados os supostos atos lesivos ao patrimônio público, foi — repete-se — a ação popular constitucional, prevista no art. 5º inciso LXXIII, da Constituição, e disciplina pela Lei nº 4.717-65.

3. Por esse diploma, são pressupostos da ação, sem os quais a pretenção é inacolhível, entre outros: (1) a lesividade do ato ao patrimônio público e (2) que o ato lesivo seja contaminado de vício ou defeito de nulidade ou anulabilidade (L. 4.717-65, art. 1º).

4. São, pois, duas as condições de *actio popularis*, de coexistência necessária e indeclinável, que interessam ao debate. A falta de qualquer dessas condições afasta a admissibilidade da ação, como enuncia, com a clareza de sempre, o saudoso Hely Lopes Meirelles: *"(...) a ação popular destina-se a invalidar atos praticados com ilegalidade de que resultou lesão ao patrimônio público (...). Nos demais casos (em que a lesão não é legalmente presumida) impõe-se a dupla demonstração da ilegalidade e da lesão efetiva ao patrimônio protegido pela ação popular (...). Sem estes três requisitos — condição de eleitor, ilegalidade e lesividade — que constituem os pressupostos da demanda, não se viabiliza a ação popular" (Mandado de Segurança e Ação Popular, 12º ed., p. 89).*

5. Ora — como assinalou o acórdão comentado, com inegável pertinência — os autores não provaram que a celebração dos contratos, cuja invalidade sustentam, acarreta ofensa, dano ou prejuízo ao patrimônio público. Limitaram-se a solenes afirmações: *"Quanto à lesividade dos atos impugnados, é flagrante: neles as contratações, os pagamentos já feitos aos beneficiários deles são injustificados e indevidos; o desvio de recursos orçamentários compromete o atendimento de prioridade adequadas à satisfação do interesse público; a atribuição de efeitos retroativos aos contratos conduz também ao enriquecimento sem causa dos beneficiários das contratações; a concessão do esdrúxulo adiamento à empreiteira ocasiona dano ao patrimônio público."*

6. A evidência, a que aludem os autores, estaria supondo uma *notoriedade*, capaz de dispensar a prova, em conformidade com o art. 334, inciso I, do Cód. de Proc. Civil? A resposta haveria de ser contrária, como mostrou esse notável julgado.

7. Ao dispensar a prova dos fatos notórios, o legislador não está alcançando senão aqueles fatos que, pela palavra do eminente Ministro Amaral Santos, *"pertencem (...) ao patrimônio estável do conhecimento do cidadão de cultura média numa sociedade historicamente determinada"* (A Prova Judiciária no Cível e Comercial, 1970, v. 1, p. 168). A essa classe, seguramente, não pertencem os fatos descritos, aos quais se induziram conseqüências não coincidentes com as premissas tomadas.

8. Ainda que, por obséquio dialético, se pudesse presumir a lesividade, por ser *"flagrante"* (*supra*, 5), a franquia não deveria mesmo alcançar a disciplina da ação popular, pois quem instaura esse processo de cognição haverá de instruí-lo, efetivamente, com a prova da lesividade (*supra*, 3), não bastando a gené-

rica compreensão de que conseqüências apenas acreditadas — *mas não provadas* — dos contratos celebrados envolveriam o requisito.

9. Frise-se, aliás — esvaziando-se de modo terminante a errônea suspeição de lesividade —, que a análise antecipada das constas da Companhia do Metropolitano de São Paulo, mediante auditoria específica, realizada por determinação da Presidência do Eg. Tribunal de Contas, destinada a investigar a totalidade dos aspectos que poderiam comportar dúvida quanto à legalidade da despesa apurada com as obras do *"Memorial da América Latina"*, sugeriu precisamente o inverso, ao ressaltar *"que a totalidade dos órgãos instrutivos e técnicos da Casa não depararam com qualquer falha que pudesse inquinar as questionadas contratações, que assim encontram-se regulares"*, propiciando a decisão unânime daquela Côrte de Contas com o seguinte teor:

"Regulares as contratações objeto do presente contrato, determinado a Presidência o encaminhamento dos autos à Diretoria competente para subsidiar as contas anuais da Companhia do Metropolitano de São Paulo — Metrô, sem qualquer outra diligência complementar."

10. Se se elide o requisito da lesividade, é dispensável apreciar-se a alegação de nulidade do ato. Decidiu, com efeito, o Eg. Supremo Tribunal, adotando parecer da Procuradoria-Geral da República, em acórdão da lavra do eminente ministro Amaral Santos (RE 65.486-RS, 1ª Turma, *RTJ*, 54-98): *"Se o requisito da lesividade do ato (...), impugnado por via de "actio popularis", foi de logo elidido, não estava o julgador obrigado ao exame da alegada nulidade do ato. Finalidade alguma teria esse exame, porque, ainda que resultasse na evidência da nulidade, não haveria de alterar a conclusão da improcedência da ação, já que esta sofreu o déficit daquele pressuposto necessário — a lesividade ao patrimônio."*

11. Se os autores não demonstraram *efitivamente* a lesividade, não tinha outro caminho o acórdão comentado senão, independentemente do exame da elegada nulidade, julgar improcedente a ação popular. E ao fazê-lo, excluiu, com fundamentação impecável, os ex-secretários do Estado e o ex-Governador, por ilegitimidade para figurarem no pólo passivo. Convém particularizar a participação dessas autoridades e a motivação de tão expressivo e pioneiro entendimento.

12. A Companhia do Metropolitano de São Paulo, no suposto legítimo de que a construção do *"Memorial da América Latina"* se conforma com suas finalidades sociais, iniciou a execução da obra em setembro de 1987, cumprindo determinação verbal do primeiro réu, então Governador do Estado, depois formalmente confirmada em despacho no qual autorizou a realização de várias outras obras públicas.

13. Dispensável ressaltar que o Governador do Estado aprovou a execução da obra na convicção de sua legalidade. Não excepcionou as normas comuns, nem criou situação especial, *mesmo porque não definiu a forma de execução da obra*. Nem lhe incumbia definir a forma da aplicação da despesa, mas apenas aprovar, ou não, a liberação de verba da administração centralizada para aplicação na obra.

14. A gestão do então Governador, pois, limitou-se a autorizar a transferência dos recursos. Os demais encargos, que se exigiam à realização do grandioso empreendimento, tocavam ao órgão descentralizado e este, com a atribuição de decidir como fazê-lo, conformou-se pontualmente às exigências legais e regulamentares.

15. Segeriram os autores que as verbas para a execução das obras do *"Memorial da América Latina"* deveriam derivar da Secretaria Estadual da Cultura, em conformidade com a disciplina normativa (Dec. est. 20.955, alter, pelo Dec. est. 27.872/87). O repasse de recursos da administração centralizada à Cia. do Metropolitano, através da Secretaria de Negócios Metropolitanos, envolveria *"desvio de recursos orçamentários"*, com transgressão do art. 82 da Const. do Estado e do art.47, inc. I, do Decreto-lei nº 2.300/87 (red. do Dl. 2.360/87).

16. Esse debate, tecnicamente, não se conteria no âmbito da ação popular. Os apontados vícios, acaso existissem, se colocariam no estreito círculo dos atos da administração direta, fazendo com que a invalidação dos con-

tratos, justificada pela origem supostamente censurável dos recursos repassados, presumisse forçosamente a antecedente invalidação desses atos administrativos. Isto, porém, não podia ser contemplado na ação popular, pois seus autores não pediram a anulação de qualquer ato administrativo, mas tão-somente a *"invalidade dos contratos"*.

17. Em favor da polêmica, porém, examine-se a proposição. Anote-se, apenas, que o *"Memorial da América Latina"* conciliava-se com o fim social da Cia. do Metropolitano, pois aos seus objetivos complementares integram-se funções que contemplam a *"execução de obras e dos serviços complementares ou correlatos, necessários à integração do sistema de transporte de passageiros ao complexo urbanístico da cidade"*, esvaziando qualquer alegação de vício por *"desvio de recursos"* no repasse feito pela Secretaria de Negócios Metropolitanos.

18. O *"Conselho"* e o *"Fundo Memorial da América Latina"* colocados na área da Secretaria da Cultura, por outro lado, não impedem o repasse pela Secretaria de Negócios Metropolitanos, pois a este órgão atribui-se o controle da Cia. do Metropolitano, entre cujas finalidades está a de executar obras do tipo do *"Memorial da América Latina"*.

19. Acresce que a origem dos recursos, repassados por órgão da administração centralizada à Cia. do Metropolitano, não poderia contaminar os contratos cuja invalidação a ação popular propôs. As Secretarias do Estado, meros órgãos contidos no universo chamado Governo Estadual, não têm personalidade própria, o que leva forçosamente à conclusão de que no repasse de recursos à Cia. do Metropolitano o que se haverá de notar é a existência de relações entre essa empresa descentralizada e o Estado de São Paulo, o qual, dotado de personalidade jurídica, vem afirmar, com sua atuação nessa relação jurídica, a legitimidade do repasse de recursos para implantação de uma obra que se concilia com os fins sociais da empresa descentralizada.

20. Seja qual for a ótica em que se ponha o intérprete, não se haverá de afastar da convicção de que, não tendo as Secretarias do Estado autonomia patrimonial, a despesa realizada com as obras do Memorial constituirá, indesviavelmente, despesa do Estado de São Paulo, pouco importando a figura do órgão liberador, se a Secretaria de Cultura, se a de Negócios Metropolitanos. Acresce que os recursos consignados à Companhia do Metropolitano, conquanto transferidos de um órgão da administração direta, continuaram ao patrimônio público, que é como se tem o patrimônio de uma estatal constituída nos moldes da Companhia do Metropolitano.

21. A determinação verbal do então Governador ou o ato formal subseqüente, que a ratificou, portanto, não criou direto, porque não transformou o direto preexistente, nem formou uma situação jurídica especial que se pudesse submeter corretamente a qualquer espécie de reparo, ou — muito menos — à mácula de haver sido expedido *contra legem*, envolvendo lesão ao patrimônio público. A atuação do Governador — em face da viabilidade de realização da obra — limitou-se a *aprovar* a despesa, sem definir sua forma de execução, depois legitimamente empreendida pela Cia. do Metropolitano.

22. A concentração da autoridade executiva em uma só pessoa, faz que, conquanto o despacho dos negócios do Estado esteja a cargo dos Secretários, estes estão sujeitos ao governos e direção do Governador do Estado. Os atos do Poder Executivo são atos do Governador do Estado e não dos Secretários, pois em nosso regime institucional, contrariamente a outros (o da França, por exemplo), o verdadeiro ordenador primário da administração estadual — em particular da administração financeira — é o Governador.

23. As atribuições do Poder Executivo no capítulo da administração financeira se desenvolveu em conformidade com os princípios básicos contidos na Constituição, ao adotar os sistemas de governo que se apoia no princípio da separação dos poderes, e nas outras leis que integram o mecanismo administrativo financeiro.

24. O Poder Executivo, para a consecução de seus objetivos, é assistido e apoiado por um grande número de órgãos específicos. Além disto, a atividade administrativa, como se sabe, atua de acordo com os princípios da cen-

tralização ou descentralização administrativa e descentralização burocrática.

25. Registre-se ainda que, sem prejuízo da superintendência que sobre a gestão financeira exerce o Governador, como chefe supremo da administração geral do Estado, toda essa gestão, como a gestão patrimonial, se cumpre sob supervisão dos órgãos financeiros, *mas se submete ao controle contínuo e imediato do Tribunal de Contas do Estado.*

26. Ora, um contrato — o que se acusou justamente a administração do Estado de São Paulo é de haver celebrado contratos inválidos e lesivos ao patrimônio público — supõe, essencialmente, o acordo de várias vontades. Com respeito a cada parte contratante, cabe averiguar se a vontade emana de quem tem capacidade ou competência para manifestá-la. Por exemplo, para um contrato de obra públicas concluído pela administração com um particular, ou com uma sociedade, será necessário examinar: (1) a capacidade do particular ou da sociedade contratante (segundo as regras do direito privado) e (2) a competência da autoridade pública contratante. Se o contrato se conclui por conta de duas ou mais administrações públicas, incumbirá verificar a competência dos agentes públicos que contratam por cada uma das administrações.

27. É muito raro, entrentanto, que o chefe do Executivo deva elaborar *diretamente na conclusão de um contrato.* De regra, limita-se dar aos Secretários ou a conferir à administração descentralizada uma autorização geral, não pessoal, não individualizada, para celebrar contratos em consideração a tal ou qual objeto. Essa autorização é de caráter político, antes que jurídico.

28. Se falta a autorização do Governador, se se excede essa autorização, isso só compromete a responsabilidade das autoridades que se desviaram da autorização de seus limites, em face do Governo do Estado. Essa irregularidade não influi sobre a validade jurídica do contrato, pois o que se há de perquirir é se houve autorização de autoridade competente.

29. No caso concreto, a aprovação pelo então Governador — e primeiro réu na ação popular —, que não sofreu qualquer desvio de parte das autoridades que a executaram, tem caráter político, porque representa a vontade de realização da obra em consideração a tal ou qual objeto. Mas, repete-se, sem que a aprovação concedida de forma não individualizada, de forma impessoal ou geral, faça supor a realização da obra, ou a continuidade da obra, desta ou daquela forma. O Governdor outorga uma autorização impessoal para realizar a obra, mas não participa diretamente da conclusão de determinado contrato, nem indica os meios de que deverá se servir a administração descentralizada, autônoma, para celebrá-lo.

30. O ato administrativo praticado por Governador de Estado é um ato jurídico suscetível de produzir efeitos de direito *unicamente* pela vontade da administração. Este poder decorre do fato de que o administrador tem a prerrogativa de tomar suas decisões, que são executórias por si mesmas. A autoridade administrativa age segundo o interesse público ou em conformidade com o interesse público ou o interesse geral, e não por seu interesse particular. A Companhia do Metropolitano, no caso concreto, submeteu ao Governador a viabilidade da execução do *"Memorial da América Latina"*, no Terminal Intermodal da Barra Funda, e a administração do Estado teve na proposta de viabilização da obra uma conformação às suas metas, eis que era propósito do Governo criar um Memorial destinado a promover a integração dos brasileiros com as demais nações latinas americanas, cuja significação cultural tem recebido da populaç.ão de São Paulo todos os aplausos que se podia aspirar, como resulta do alto índice de presença que se registra desde a sua festejada inauguração.

31. Se a Companhia do Metropolitano devia executar a obra de forma que mais consultasse ao objetivo de celebridade e qualidade técnica, a autoridade administrativa do Governador limitou-se a apreciar a conveniência que orientou o ato administrativo. Ele exerceu, inegavelmente, o poder político que se manifesta pela decisão da autoridade administrativa, o qual, assim manifestado, torna os atos praticados sob seu comando, em princípio, alheios à avaliação judicial, pois que confinados à atuação legítima da autoridade pública.

32. É certo que quando o agente adminis-

trativo, a autoridade pública, expressa os motivos, esses motivos, pelo que estão expressados na motivação do ato, se consideram determinantes e o agente público, a autoridade administrativa, responde judicialmente por eles. Mesmo quando o agente não está legalmente sujeito a motivação, se ela expressa espontaneamente os motivos pelos quais o ato administrativo é exarado, ele responde pelos motivos apresentados (Gaston Jeze, *Princípios Generales del Derecho Administrativo*, 1940, editorial Depalma, Buenos Aires, v. III, p. 233).

33. Mas se o agente administrativo não estava obrigado a expressar os motivos e nem o fez espontaneamente, ele exercitou o seu poder de apreciação elegendo um programa de governo, uma meta de sua administração, que pode se submeter virtualmente a algum tipo de censura ou de reparo pelo que representa de opção administrativa, mas não se submete a qualquer censura por violação de texto legal. O então Governador, ao aprovar a proposição da Companhia do Metropolitano, não desceu ao exame dos aspectos formais das contratações. Aprovou a realização de obra, a despesa pública. Exercitou, pois, legitimamente o seu poder discricionário, que não se submete a qualquer censura por violação de lei. O tema justifica a transcrição de notável trabalho do professor Jacques Chevallier, da Universidade de Amiens (*Revue du Droit Public*, vol. II, de 1988, p. 340-341):

"Le législateur se contente dans la plupart des cas de fixer au governement el à l'administration certains objectifs généraux, en leur confiant le soin de les préciser en termes de programmes d'action et en leur laissant toute latitude en ce qui concerne les conditions de leur réalisation. L'administration dispose ainsi d'un trés large pouvoir duscrétionnaire dans l'application: la loi contrainte de but; c'est à plus appropriés pour atteindre les objectifs voulus para le législateur.

Ce large pouvoir d'appréciation laissé à l'administration rend difficile l'exercice du contrôle juridictionnel: comment censurer l'administration pour violation de la loi alors que le législateur lui-même a évité de subordonner la mise em oeuvre de ses pouvoirs à des conditions trop précises?"

34. Conformado a essa doutrina consagrada, o mesmo Eg. Tribunal de Justiça de São Paulo tem reafirmado a impossibilidade de discussão pelo Judiciário *"de matéria reservada a conveniência, a oportunidade e interesses da administração pública"*, como se colhe do acórdão relatado pelo eminente desembargador Márcio Bonilha, na AC nº 77.699-1, do qual se extraem os seguintes trechos culminantes (*RJTJESP*, Ed. Lex, v. 111, p. 161):

AÇÃO POPULAR — Lesividade ao erário e desnecessidade da contratação em questão — Ausência de demonstração — Impossibilidade, ademais, de discussão pelo Judiciário de matéria reservada à conveniência, oportunidade e interesse da Administração Pública — Ação improcedente — Recurso provido para esse fim."

.....

"Na verdade, o pedido de anulação do contrato repousa no binônimo da desnecessidade da contratação do trabalho técnico e da lesividade ao erário municipal.

No tocante ao primeiro, além de não de demonstrar a confluência desse requisito, que cumpria ao autor satisfazer, pela assunção do respectivo onus probandi, que não comportava transferência ao Poder Público ou à contratante, com inadmissível inversão, que acabou se verificando no caso presente, ter-se-ia que admitir a intromissão do Poder judiciário em matéria reservada à conveniência, à oportunidade e ao interesse da Administração Pública, que não cabia examinar, pois refoge do controle jurisdicional permitido, na sistemática legal vigente, que é restrito ao aspecto da legalidade, no campo administrativo.

No que tange ao alcance do controle dos atos administrativos, consoante entendimento doutrinário e jurisprudencial firmado sobre o tema, de um modo geral, é vedado ao Judiciário apreciar o mérito, cabendo-lhe examiná-lo tão somente sob o prisma da legalidade (Kazuo Watanabe, Controle Jurisdicional e Mandado de Segurança Contra Atos Judiciais, ed. Revista dos Tribunais, 1980, pág. 44).

A limitação que existe, nessa atividade jurisdicional, "é apenas quanto ao objetivo do controle, que há de ser unicamente a legalida-

de", sendo defeso ao Judiciário pronunciar-se sobre conveniência, oportunidade ou eficiência do ato em exame, ou seja, sobre o mérito administrativo."

.....

"Sob esse ângulo, não deve ser esquecida a lição do autorizado José Afonso da Silva:

"Afora essas hipóteses do art. 4º, porém, o conceito de lesividade é empírico e depende de apreciação de cada caso concreto. Para isso, há o Juiz que entrar no mérito da atividade administrativa, para, em confronto com fatores econômicos subjacentes, constatar a efetividade do prejuízo. Nesses casos, a lesão deve ser feita, concreta" (Ação Popular Constitucional, ed. Revista dos Tribunais, 1968, p. 149).

.....

"Sem a prova convincente da lesividade e prejuízo do patrimônio público, descabe a invalidação do contrato questionado, tal como tem sido decidido em inúmeros precedentes jurisprudenciais sobre a matéria (*RT*, vol. 580/124, *RJTJESP*, ed. LEX, vols. 57/193, 51/27, 57/22, 63/175, 71/117; *RDA*, vols. 109/162, 110/260, 111/289).

Por conseguinte, impõe-se a reforma do decreto judicial recorrido, para o fim de ser declarada a improcedência da ação, ficando o autor sujeito ao pagamento das custas do processo."

35. É o que o saudoso Hely Lopes Meirelles registra com grande força de persuasão (*Direito Administrativo Brasileiro*, 2ª ed., p. 66):

"Mas, embora não cuidando de todos os aspectos dos atos relegados à competência discricionária, o legislador subordina-os a um mínimo legal, consistente na estrita observância, por parte de quem os vai praticar, da competência, da forma e da finalidade, deixando-o mais à livre escolha do agente administrativo.

Essa liberdade funda-se na consideração de que só o administrador, em contado com a realidade, está em condições de bem apreciar os motivos ocorrentes de oportunidade e conveniência da prática de certos atos, que seria impossível ao legislador, dispondo na regra jurídica-lei — de maneira geral e abstrata, prover como justiça e acerto."

36. Na hipótese, conquanto o ex-Governador houvesse determinado a realização da obra, concordando na sua execução pela Cia. do Metropolitano e exigido urgência na sua conclusão, não autorizou, aprovou, ratificou ou praticou qualquer ato entre os que a ação popular impugnou. Nem ele nem seus Secretários que integraram a relação jurídica. Incensurável foi, pois, o julgado que determinou a exclusão de todos do processo por ilegitimidade para figurarem no polo passivo. *Pedro Gordilho* — Advogado em Brasília e São Paulo.