

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RELATOR DA AÇÃO ORIGINÁRIA Nº 1725.

Com efeito, a Ação Popular, como regulada pela Lei nº 4.717, de 29.06.1965, visa à declaração de nulidade ou à anulação de atos administrativos, quando lesivos ao patrimônio público, como dispõem seus artigos 1º, 2º e 4º. Mas não é preciso esperar que os atos lesivos ocorram e produzam todos os seus efeitos, para que, só então, ela seja proposta.

No caso presente, a Ação Popular, como proposta, tem índole preventiva e repressiva ou corretiva, ao mesmo tempo. Com ela se pretende a sustação dos pagamentos futuros (caráter preventivo) e a restituição das quantias que tiverem sido pagas, nos últimos cinco anos, em face do prazo prescricional previsto no art. 21 da Lei da Ação Popular (caráter repressivo). (AO 506 QO, Relator Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 06/05/1998, DJ 04-12-1998 PP-00010 EMENT VOL-01934-01 PP-00022)

AGRAVO REGIMENTAL

AO nº 1725

Agravante: CARLOS ANDRÉ STUDART PEREIRA.

Agravada: UNIÃO e OUTROS.

CARLOS ANDRÉ STUDART PEREIRA, nos autos da ação popular em epígrafe, por seu advogado adiante subscrito, vem respeitosamente à presença de Vossa Excelência, inconformado com a decisão monocrática proferida, interpor o presente **AGRAVO REGIMENTAL**, previsto no artigo 317 do Regimento Interno dessa egrégia Corte¹ (RISTF), requerendo seja o mesmo recebido e encaminhado para exame, julgamento e **reconsideração da decisão ora agravada**.

Termos em que pede deferimento.

De Mossoró para Brasília, 30 de março de 2012.

JONAS FRANCISCO DA SILVA SEGUNDO

OAB/RN Nº 6.484

¹ **Art. 317.** Ressalvadas as exceções previstas neste Regimento, caberá agravo regimental, no prazo de cinco dias de decisão do Presidente do Tribunal, de Presidente de Turma ou do Relator, que causar prejuízo ao direito da parte.

MINUTA DO AGRAVO

Cuidam os autos de ação popular ajuizada por CARLOS ANDRÉ STUDART PEREIRA, por meio da qual se impugna a extensão, sem lei específica, de vantagens asseguradas a membros do Ministério Público da União a magistrados brasileiros, extensão esta desencadeada pela Resolução do CNJ nº 133/2011.

O nobre Relator, Ministro Luiz Fux, indeferiu a inicial, julgando *“extinto o processo, sem resolução do mérito, com fundamento no artigo 267, inciso I, do CPC c/c art. 21, §1º do RISTF, por manifesta impossibilidade de manejo da ação popular para o objetivo pretendido pelo Demandante de sustação de atos normativos genéricos”*.

Era o que se tinha a relatar.

I - DO CABIMENTO DA AÇÃO POPULAR.

Pelo que se percebe dos autos, o preclaro Relator reconheceu a inadequação da via eleita (falta de interesse de agir sob o critério “adequação”), consignando, em sua fundamentação, o seguinte:

Nesse contexto, ação popular não pode ser utilizada como alternativa à não propositura de uma ação direta de inconstitucionalidade, sob pena de uma ampliação indevida do rol de legitimados previsto no art. 103 da Constituição da República. Ação popular tem como objetivo anular atos administrativos lesivos ao Estado, e não a anulação de atos normativos abstratos e de leis estaduais.

Pois bem, ao contrário do que entendeu o Ministro Fux, não se está impugnando atos normativos abstratos, tampouco leis estaduais (nem se falou delas).

Enfatize-se: o alvo da presente ação foram a Resolução nº 133/2011 e os **atos dos tribunais** que dela decorreram (muitas cortes estaduais editaram ato concedendo as vantagens em questão fazendo expressa referência à resolução do CNJ).

E, aqui, não se pode negar que os atos impugnados têm sim *“natureza concreta, que não dá margem ao controle concentrado de constitucionalidade pela ausência de generalidade e abstração, salientando-se, ainda, que eventual ofensa à CF pode ser aferida em ação popular como simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal”*. (RCL 664-RJ, rel. Ministra Ellen Gracie, 22.5.2002)²

Ora, por conta da Resolução do CNJ nº 133, as cortes pátrias a utilizaram como fundamento para conceder indevidamente as vantagens nela previstas a seus magistrados.

Os efeitos são sim concretos!

O próprio Ministro Fux, quando ainda integrava o Superior Tribunal de Justiça, reconheceu a possibilidade de se ajuizar ação popular em casos como o presente:

2

[...] A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE NÃO CONSTITUI SUCEDANEO DA AÇÃO POPULAR CONSTITUCIONAL, DESTINADA, ESTA SIM, A PRESERVAR, EM FUNÇÃO DE SEU AMPLO ESPECTRO DE ATUAÇÃO JURÍDICO-PROCESSUAL, A INTANGIBILIDADE DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E A INTEGRIDADE DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA (CF, ART. 5., LXXIII).

- A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL TEM RESSALTADO QUE ATOS ESTATAIS DE EFEITOS CONCRETOS NÃO SE EXPOEM, EM SEDE DE AÇÃO DIRETA, A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ABSTRATA DA CORTE. A AUSÊNCIA DE DENSIDADE NORMATIVA NO CONTEUDO DO PRECEITO ESTATAL IMPUGNADO DESQUALIFICA-O - ENQUANTO OBJETO JURIDICAMENTE INIDONEO - PARA O CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO. (ADI 769 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 22/04/1993, DJ 08-04-1994 PP-07224 EMENT VOL-01739-03 PP-00488)

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO POPULAR. CUMULAÇÃO DE PEDIDOS. PLEITO DE ANULAÇÃO DE PREVISÃO DE DESPESAS ENCARTADAS EM LEI QUE DISPÕE SOBRE PLANO PLURIANUAL COM A PRORROGAÇÃO DO FUNDO DE COMPENSAÇÃO E VARIAÇÕES SALARIAIS BEM COMO OS ATOS SUBSEQUENTES DE REPASSE. LEI QUE PREVÊ DESPESA. NORMA DE EFEITOS CONCRETOS PASSÍVEL DE INVESTIDA VIA AÇÃO POPULAR SOB O PÁLIO DA MORALIDADE E DA INCONSTITUCIONALIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA.

1. É possível juridicamente a ação popular contra lei de efeitos concretos, como soi ser a que prevê dispêndios realizáveis com o dinheiro público, ainda que uma das causas de pedir seja a inconstitucionalidade da norma por contravenção ao art. 36, do ADCT e 165, 9º, da Constituição Federal de 1988.

[...]

3. Deveras, a anulação dos atos administrativos subseqüentes calcados nestas premissas é juridicamente possível em sede de ação popular, tanto mais que, nesses casos, a análise da inconstitucionalidade é empreendida *incidenter tantum* via controle difuso, encampado pelo Direito Nacional. Precedentes do STF e do STJ.

4. Extinção prematura do processo, sem análise do mérito sob a falsa percepção de utilização da ação popular contra a lei em tese, em contravenção à ratio essendi da Súmula n. 266, do STF.

[...]

6. Recurso parcialmente conhecido e parcialmente provido para, vedada a declaração de nulidade da Lei n. 9.443/97, cujo pleito em essência visa a declaração de inconstitucionalidade através da via adequada, reconhecer a possibilidade jurídica de parte do pedido formulado na inicial da ação popular quanto à anulação dos atos administrativos cujos efeitos tenham sido derivados das leis acoimadas de inconstitucionalidade e da Lei n. 8.173/91, de efeitos concretos, porquanto previsoras de despesas públicas.

(REsp 501854/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/11/2003, DJ 24/11/2003, p. 222)

O Supremo Tribunal Federal, em questão também envolvendo concessão de vantagens a magistrados, assim decidiu:

DIREITO CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO POPULAR CONTRA TODOS OS MAGISTRADOS DO ESTADO DO ACRE. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ART. 102, I, "N", DA C.F.). CABIMENTO DA AÇÃO. MEDIDA LIMINAR. GRATIFICAÇÃO DE NÍVEL UNIVERSITÁRIO AOS MAGISTRADOS DO ESTADO DO ACRE: ATO Nº 143/89, DE 20.07.1989, BAIXADO PELO PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ART. 326 DO CÓDIGO DE ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO (L.C. N 47, DE 22.11.1995). QUESTÕES DE ORDEM.

[...]

2. A Ação Popular é cabível, já que objetiva a suspensão definitiva do pagamento da Gratificação de Nível Superior e a conseqüente condenação dos beneficiários à devolução de todas as quantias recebidas, devidamente corrigidas. Com efeito, a Ação Popular, como regulada pela Lei nº 4.717, de 29.06.1965, visa à declaração de nulidade ou à anulação de atos administrativos, quando lesivos ao patrimônio público, como dispõem seus artigos 1º, 2º e 4º. Mas não é preciso esperar que os atos lesivos ocorram e produzam todos os seus efeitos, para que, só então, ela seja proposta.

3. No caso presente, a Ação Popular, como proposta, tem índole preventiva e repressiva ou corretiva, ao mesmo tempo. Com ela se pretende a sustação dos pagamentos futuros (caráter preventivo) e a restituição das quantias que tiverem sido pagas, nos últimos cinco anos, em face do prazo prescricional previsto no art. 21 da Lei da Ação Popular (caráter repressivo).

4. Cabível, pois, a Ação, como proposta. [...] (AO 506 QO, Relator Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 06/05/1998, DJ 04-12-1998 PP-00010 EMENT VOL-01934-01 PP-00022)

O precedente acima é perfeito. Já diz tudo aquilo que se deveria dizer!

Assim, não se cuidando de decretação formal de inconstitucionalidade, as leis e decretos podem ser invalidados em procedimentos comuns, em mandado de segurança ou em ação popular, porque já trazem em si os resultados administrativos objetivados.

In casu, há um ato administrativo a ser obviado: **a concessão, a todos os magistrados brasileiros, de vantagens previstas na Resolução do CNJ nº 133/2011.**

Esse ato (de concessão), embora seja resultado do referido ato “normativo”, não se confunde com ele.

A utilização da ação popular para a proteção do patrimônio público deve ser entendida no seu mais amplo sentido. A finalidade da ação popular é conferir ao indivíduo um meio, democrático e direto, de fiscalização e controle da gestão da coisa pública, tendo por objeto, genericamente, o ato ilegal e lesivo ao patrimônio público.

O caso dos autos não é de uso da ação popular como substitutiva da ação direta de inconstitucionalidade. Os atos aqui não são de efeitos abstratos.

Diante de todas essas circunstâncias, não se pode negar a plausibilidade jurídica da presente ação popular, que visa, em primeiro lugar, à sustação de concessão de vantagens indevidas a magistrados de todo o País e, em seguida, à restituição do que tiverem recebido a esse título.

II - OUTRAS CONSIDERAÇÕES.

Para não tornar o presente recurso enfadonho, serão feitas, de forma objetiva, outras considerações acerca da decisão ora recorrida:

a) O Ministro relator, estranhamente, começa o *decisum* analisando o *fumus boni iuris*, e, logo em seguida, indefere a petição inicial. Entende-se que essa não foi a melhor maneira de se estruturar a decisão.

b) Parte-se do pressuposto de que, na ação popular, está se atacando apenas a concessão de auxílio-alimentação. Isso não é verdade! O objeto aqui é bem mais amplo: todas as vantagens previstas na Resolução nº 133/2011.

c) Ao tentar justificar que a concessão do auxílio-alimentação aos magistrados era algo diminuto, olvidou o nobre Relator que existe também o risco iminente de serem pagas as parcelas retroativas (como se disse na inicial, o Tesouro Nacional terá que desembolsar **R\$82.000.000,00** para contemplar apenas os magistrados federais).

d) Pelo que se extrai do entendimento adotado na decisão recorrida, percebe-se que o princípio da legalidade sucumbe diante da simetria constitucional existente entre a magistratura e os membros do Ministério Público. Isso realmente procede? É possível conceder tudo que um tem para o outro **mesmo sem lei**? E para os demais agentes que exercem função essencial à Justiça, é possível fazer-se o mesmo?

e) “*À guisa de ilustração, os membros da Advocacia-Geral da União, como ocorre no caso do Demandante, recebem subsídios, que, em princípio, deveriam ser pagos, consoante o teor do art. 39, §4º, da Carta de 1988, em parcela única, vedado o pagamento de qualquer adicional, gratificação ou de qualquer outra espécie*”

remuneratória. Entretanto, é fato notório que os qualificados membros da AGU assumem cargos em comissão na estrutura da Administração Pública Federal, e que, pelos cargos ocupados, recebem um adicional. Será que a referida parcela seria ilegítima?" Indaga-se: esse trecho da decisão tem alguma pertinência com a questão posta em Juízo? É oportuno criticar, ainda que indiretamente, a cumulação, por parte de membros da AGU, de subsídios com valores correspondentes a chamados "DAS's"? A resposta para as duas indagações é desenganadamente não!

f) *"Vale dizer, o Demandante, concluiu, unilateralmente e sem ter recebido autoridade alguma do ordenamento jurídico para fazer ilação de que houve inércia dos legitimados para a propositura de uma ação direta de inconstitucionalidade na hipótese dos autos."* Ora, não se trata de mera ilação. Era fato notório a ausência de impugnação dos atos em questão por parte dos órgãos estatais competentes. À época da edição da resolução em comento, a OAB publicamente considerou inconstitucional tal ato. O Advogado-Geral da União agiu de forma semelhante. Mas nada haviam feito até então. Felizmente, no dia 20.03.2012, a União, por meio da AGU, propôs uma ação com conteúdo semelhante ao da presente, atacando atos do Conselho da Justiça Federal, do Tribunal Superior do Trabalho e do Superior Tribunal Militar (**ACO nº 1924 - distribuída, por prevenção, para o Ministro Fux**).

Se é certo que ninguém havia se insurgido contra o ato em comento, *"certo também é, por outro lado, que qualquer cidadão pode fazê-lo, mediante a Ação Popular"*. (AO 506 QO, Relator: Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 06/05/1998, DJ 04-12-1998 PP-00010 EMENT VOL-01934-01 PP-00022)

III - DO PEDIDO.

Ante o exposto, postula a parte recorrente seja reconsiderada a decisão recorrida, através do presente agravo, a fim de que:

a) seja reconhecido o cabimento da presente ação popular, não havendo que se falar em indeferimento da inicial,

b) apesar de Vossa Excelência já ter se manifestado no sentido de não se vislumbrar aqui o *fumus boni iuris*, seja concedido o pleito liminar, analisando a questão sob outro prisma e levando-se em consideração fato desprezado na decisão recorrida: o pagamento de parcelas atrasadas,

c) caso assim não entenda, seja processado o presente recurso na forma prevista no RISTF, sendo o mesmo provido reformando-se a decisão ora agravada, nos moldes supra expendidos.

Termos em que pede deferimento.

De Mossoró para Brasília, 14 de março de 2012.

JONAS FRANCISCO DA SILVA SEGUNDO

OAB/RN N° 6.484