RECURSO ESPECIAL nº 1792563 - ES (2019/0013229-0)
RELATOR : MIN. SÉRGIO KUKINA

RECORRENTE : SÉRGIO MARINHO DE MEDEIROS NETO
ADVOGADO : ESDRAS ELIOENAI PEDRO PIRES - ES014613
RECORRIDO : ESTADO DO ESPIRITO SANTO
PROCURADOR : ALEMER JABOUR MOULIN E OUTRO(S) - ES005189
RECORRIDO : SINDICATO DAS INDUSTRIAS METALURGICAS DE MATERIAL ELETRICO DO ESTADO DO ESPIRITO SANTO - SINDIFER
RECORRIDO : LUIS ALBERTO SOUSA DE CARVALHO
ADVOGADOS : ANTÔNIO CARLOS SILVA - ES005647
: ALCEU BERNARDO MARTINELLI - ES007958
: DANILO DE ARAÚJO CARNEIRO - ES008552
: AUGUSTO SILVEIRA LUPPI GOLDNER - ES020080
RECORRIDO : CENTRO CAPIXABA DE DESENVOLVIMENTO METALMECANICO - CDMEC
RECORRIDO : ANTONIO ERMELINDO RIBEIRO FALCAO DE ALMEIDA
ADVOGADOS : ANTÔNIO CARLOS SILVA - ES005647
: ALCEU BERNARDO MARTINELLI - ES007958
: DANILO DE ARAÚJO CARNEIRO - ES008552
: AUGUSTO SILVEIRA LUPPI GOLDNER - ES020080
RECORRIDO : JOSE TEOFILO OLIVEIRA
ADVOGADO : JOSE ROBERTO FIGUEIREDO SANTORO - DF005008
ADVOGADOS : RAQUEL BOTELHO SANTORO CEZAR - DF028868
: JULIO CESAR SOARES DE SOUZA - MG107255
: RICARDO ARAUJO BORGES - DF044825
RECORRIDO : CRISTINA VELLOZO SANTOS
ADVOGADO : GABRIELA LIMA DE VARGAS - ES014078
RECORRIDO : MAURICIO CEZAR DUQUE
ADVOGADO : ANA PAULA RIBEIRO ALTOE - ES020531
RECORRIDO : PAULO CESAR HARTUNG GOMES
ADVOGADOS : ÁTTILA KUSTER NETTO - ES013988
: RODRIGO LISBOA CORREA - ES014588

DECISÃO

Trata-se de recurso especial manejado por **Sérgio Marinho de Medeiros Neto** com fundamento no art. 105, III, *a* e *c*, da CF, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, assim ementado (fls. 1.295/1.296):

> *EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA. AÇÃO POPULAR. EXTINÇÃO DO FEITO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. ART. 267, VI, DO CPC/73. PRETENSÃO CONTRA LEI EM TESE. RECURSO NÃO PROVIDO. REMESSA CONHECIDA PARA, REAPRECIANDO A CAUSA, MANTER INCÓLUME A*

> *SENTENÇA. 1. Da narrativa da petição inicial observa-se que o requerente ataca todo o sistema de repasses previsto em lei, não especificando um ato concreto lesivo ao patrimônio público, requisito necessário para autorizar a sua impugnação por meio da referida ação. 2. Assim, muito embora o objetivo da presente ação seja a declaração de nulidade do Contrato de Competitividade celebrado entre o Governo do Estado do Espírito Santo e Indústria Metalúrgica, bem como dos Decretos n°s. 2.004- R/08 e 3.197/R, a declaração de nulidade daquele só é possível após a declaração de inconstitucionalidade destes, que, destaca-se, não fora requerida incidentalmente. 3. Precedentes do STJ e TJES. 4. Recurso conhecido e improvido. 5. Sentença mantida em sede de reexame necessário.*

Opostos embargos declaratórios, foram rejeitados ante a inexistência dos vícios elencados no art. 1.022 do CPC/2015 (fls. 1.356/1.363).

A parte recorrente aponta divergência jurisprudencial e violação aos arts. 489, § 1º, III, IV e VI, e 1.022, II, do CPC/2015 e 1º da Lei 4.717/1965. Sustenta, em resumo, que: (I) a despeito dos embargos de declaração, o Tribunal *a quo* remanesceu omisso acerca das questões neles suscitadas, e (II) é cabível a ação popular proposta com vistas ao reconhecimento da nulidade de ato administrativo, sendo a declaração de inconstitucionalidade mero fundamento da causa de pedir.

O Ministério Público Federal, na condição de fiscal da lei, opinou pelo parcial conhecimento e provimento do recurso especial (fls. 1.515/1.520).

É O RELATÓRIO. SEGUE A FUNDAMENTAÇÃO.

Verifica-se, inicialmente, não ter ocorrido ofensa aos arts. 489, § 1º, III, IV e VI, e 1.022, II, do CPC/2015, na medida em que o Tribunal de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos autos, não se podendo, ademais, confundir julgamento desfavorável ao interesse da parte com negativa ou ausência de prestação jurisdicional.

Por sua vez, quanto ao cabimento da ação popular na hipótese dos autos, cumpre transcrever o seguinte trecho do acórdão recorrido (fls. 1.297/1.298):

> *Ao que se vê dos autos, o ora apelante ajuizou ação popular alegando, em síntese, que o Estado do Espírito Santo, por meio das Secretarias Estaduais de Desenvolvimento e da Fazenda,*

> *firmou contrato com o SINDIFER, tendo tais avenças o objetivo principal de conceder redução na carga tributária do ICMS às operações atinentes ao setor, comumente denominado incentivo fiscal.*
> *Nesse passo, o apelante aduziu em sua inicial que, com as alterações ora impugnadas, trazidas pelos Decretos n°s. 2.004-R/08 e 3.187/R, o Regulamento do ICMS (Decreto n° 1.090-R) passou a autorizar a redução da base de cálculo do imposto em montantes que variam entre 5% (cinco por cento) a 12% (doze por cento) do total da carga tributária devida, o que, conforme argumentou, gera um "crédito presumido", eis que a carga tributária efetivamente recolhida não é a mesma que consta nas notas fiscais emitidas.*
> *Por tais motivos, o ora apelante pugnou pela declaração de nulidade do Contrato de Competitividade firmado entre o Estado do Espírito Santo e os mencionados sindicatos, bem como dos Decretos que o autorizou e os atos subsequentes, além da condenação dos requeridos ao ressarcimento ao erário.*

Denota-se, pois, que a ação popular ajuizada na origem se volta contra ato concreto emanado pelo Governo do Estado do Espírito Santo, que firmou contrato de competitividade com sindicatos prevendo a redução da base de cálculo de ICMS.

Assim, infere-se que a declaração de inconstitucionalidade dos Decretos 2.004-R/08 e 3.187/R não figura como pedido principal da ação, mas apenas causa de pedir, o que afasta a tese de inadequação da via da ação popular.

Com efeito, aplica-se ao caso a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual é possível a declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum* de lei ou ato normativo federal ou local em sede de ação coletiva, desde que a controvérsia constitucional não figure como pedido, mas sim como causa de pedir ou questão prejudicial indispensável à resolução do litígio principal. Vejam-se, a propósito, os seguintes julgados:

> *ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. TRANSPORTE URBANO COLETIVO DE PASSAGEIROS. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO. CABIMENTO DA AÇÃO POPULAR.*
> *PREJUÍZO AO ERÁRIO IN RE IPSA. ADMITIDA A DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI MUNICIPAL. VIOLAÇÃO DA CLÁSULA DE RESERVA DO PLENÁRIO. OFENSA AOS ARTIGOS 480 E 481 DO CPC. SÚMULA*

VINCULANTE 10/STF.

1. A insurgência das recorrentes cinge-se à possibilidade de o Tribunal a quo declarar, em Ação Popular, de forma incidental, por órgão fracionário, a inconstitucionalidade da Lei Municipal 5.432/2001, que concedeu serviços municipais de transporte público e de passageiro sem prévia licitação.

2. Sobre a necessidade de comprovação de dano em Ação Popular, é possível aferir que a lesividade ao patrimônio público é in re ipsa. Sendo cabível para a proteção da moralidade administrativa, ainda que inexistente o dano material ao patrimônio público, a Lei 4.717/65 estabelece casos de presunção de lesividade, bastando a prova da prática do ato nas hipóteses descritas para considerá-lo nulo de pleno direito.

3. Ademais, ***é possível a declaração incidental de inconstitucionalidade em Ação Popular, "desde que a controvérsia constitucional não figure como pedido, mas sim como causa de pedir, fundamento ou simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal, em torno da tutela do interesse público". (REsp 437.277/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 13/12/2004).***

4. A jurisprudência do STJ é de que, "nos termos do art. 481, parágrafo único, do CPC, 'os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a argüição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão'. Conforme se verifica, a regra exceptiva exige o prévio pronunciamento sobre a questão pelo plenário (ou órgão especial) do respectivo tribunal ou pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, de modo que a existência de precedentes em casos similares que levaram em consideração a legislação de outros entes federativos , por si só, não é suficiente para afastar a cláusula de reserva de plenário" (REsp 1.076.299/BA, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 19/10/2010, DJe 27/10/2010.) 5. In casu, não podia o órgão fracionário declarar a inconstitucionalidade da Lei Municipal 5.432/2001 sem observar as regras contidas nos arts. 480 a 482 do CPC, ou seja, sem suscitar o incidente de declaração de inconstitucionalidade.

6. Recursos Especiais parcialmente providos para anular o acórdão recorrido e determinar que seja observado o procedimento previsto nos artigos 480 e seguintes do CPC.

(**REsp 1.559.292/ES**, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 23/05/2016)

PROCESSUAL CIVIL, ADMINISTRATIVO E TRIBUTÁRIO. AÇÃO POPULAR. CEBAS. MP 446/2008. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. POSSIBILIDADE. LITISCONSÓRCIO PASSIVO

NECESSÁRIO. DESNECESSIDADE. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO A REGIME TRIBUTÁRIO. SÚMULA 352/STJ. REVISÃO DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ.

*1. **"É possível a declaração incidental de inconstitucionalidade, na ação civil pública, de quaisquer leis ou atos normativos do Poder Público, desde que a controvérsia constitucional não figure como pedido, mas sim como causa de pedir, fundamento ou simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal, em torno da tutela do interesse público" (REsp 437.277/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJ 13/12/2004, p. 280.)***

2. No caso concreto, o litisconsórcio passivo está restrito às pessoas cujos atos são objeto de impugnação na ação popular, razão pela qual se mostra descabida a citação das pessoas físicas pleiteadas pela recorrente, não havendo falar em ofensa ao art. 6º da Lei 4.717/1965.

3. "Não se trata, portanto, de hipótese de violação do art. 6º da Lei n. 4.717/65 - que prevê a obrigatoriedade de litisconsortes no polo passivo em ação popular -, cuja aplicação é restrita àquelas pessoas físicas ou jurídicas cujos atos sejam objeto da impugnação" (AgRg no REsp 1.159.598/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe 26/9/2014.)

4. A obtenção ou a renovação do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social (Cebas) não libera a entidade de reunir os requisitos legais supervenientes (Súmula 352/STJ).

5. A imunidade declarada na vigência do Decreto-Lei 1.522/1977 não dispensa o atendimento às condições legais supervenientes estabelecidas pela Lei 8.212/1991, por ausência de direito adquirido a regime jurídico. Precedentes.

6. Insuscetível de revisão entendimento que, proferido na origem, fundamenta-se no conjunto fático-probatório (Súmula 7/STJ).

Agravo regimental improvido.

*(**AgRg nos EDcl no REsp 1.495.317/RS**, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 22/03/2016)*

ANTE O EXPOSTO, dou provimento ao recurso especial para determinar o retorno dos autos ao Juízo de primeiro grau, a fim de que, considerando a existência de interesse de agir para a propositura da ação popular, dê prosseguimento ao feito, julgando-o como entender de direito.

Publique-se.

Brasília (DF), 22 de março de 2019.

MINISTRO **SÉRGIO KUKINA**
Relator

(*) republicação após retificação da autuação