RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 61.412 - SP (2019/0212290-4)

RELATORA	**:**	**MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**
RECORRENTE	:	SIND.PROC.ESTADO,AUTARQ.,FUNDA E UNIV.PUBL.EST.SP
ADVOGADOS	:	MERCÊS DA SILVA NUNES - SP073830
		RENATA MANGUEIRA DE SOUZA - SP147569
RECORRIDO	:	ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR	:	FÁBIO TRABOLD GASTALDO - SP153843

DECISÃO

Trata-se de Recurso Ordinário em Mandado de Segurança, interposto pelo SIND. PROC. ESTADO, AUTARQ., FUNDA E UNIV. PUBL. EST. SP., com fundamento no art. 105, II, **b**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

> "MANDADO DE SEGURANÇA. Impetração contra ato do Governador do Estado de São Paulo que, em 24/11/2017, editou Decreto expropriatório (para implantação de obras em rodovia estadual), delegando a realização da desapropriação a concessionária de serviços públicos.
> Alegação de inconstitucionalidade desse decreto na parte referente à previsão de expedição da carta de adjudicação em favor do DER (autarquia estadual). Indicação de ofensa ao artigo 98 da Constituição Estadual, pois, no entendimento do impetrante, se o imóvel será incorporado ao patrimônio público, somente os Procuradores do Estado (e não a concessionária por meio de seus advogados) poderiam exercer as funções de representação judicial e de consultoria da respectiva unidade federada, daí o pedido de nulidade do decreto.
> Inadequação da via eleita. Reconhecimento. Superior Tribunal de Justiça que já consolidou entendimento no sentido de que 'é incabível mandado de segurança que tem como pedido autônomo a declaração de inconstitucionalidade de norma, por se caracterizar mandado de segurança contra lei em tese' (RMS 31.412/RJ, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 23/2/2016, DJe 29/2/2016).
> Segurança denegada" (fl. 183e).

Em suas razões recursais, o recorrente alega que:

> "3.1. Denegou-se a ordem por um só fundamento: o de que o mandado de segurança estaria assestado contra lei em tese. Ao ver do Relator, acompanhado pelo Órgão Especial, o decreto verberado 'possui conteúdo tipicamente normativo', de modo que se extinguiu o processo, 'nos termos do artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil c.c. art. 6°, § 5°, da Lei Federal n° 12.016, de 07 de agosto de

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 66B684EB-F699-42A9-A3E0-94C233485A4E

2009'. Ou seja: entendeu-se faltar interesse processual.
(...)
4.1. A discordância é frontal, com a vênia:

a) porque não houve pedido autônomo de declaração de inconstitucionalidade - este o objeto dos dois primeiros arestos, citados no acórdão (RMS n° 31.412 e REsp n° 1.119.872);
b) porque o Decreto impugnado não tem conteúdo normativo - ao revés do que sucedeu no caso do terceiro precedente invocado (RMS n° 44.259);
c) porque, enfim, não se ataca ato normativo abstratamente considerado - esta a situação nos demais julgados, que o Acórdão adota para dar sustento ao seu entendimento.

4.2. O Ministro Herman Benjamin, Relator do Aglnt no AREsp n° 963.188, conceitou mandado de segurança contra lei em tese como 'todo aquele que tenha por objeto ato normativo abstratamente considerado'.
(...)
4.3. O caso concreto: o Governador do Estado editou decreto que permite a uma concessionária promover, em nome próprio, expropriação de bem determinado, para incorporação ao patrimônio de uma autarquia estadual'. A ilegalidade consumou-se no ato mesmo da autorização, que ensejou o ajuizamento da expropriatória, pela concessionária, com pedido de incorporação do bem ao patrimônio do DER. Com todo respeito, que se devota aos integrantes da Corte de origem, nada há de abstrato no édito impugnado, de sua só edição derivou a autorização para a promoção de expropriatória por quem não poderia fazê-lo para incorporação do bem ao patrimônio público.
4.3.1. De se relembrar: não se procura, nem se pretende, impedir a desapropriação por concessionária, que pode e deve realizar as obras necessárias ao desempenho de suas obrigações contratuais. Apenas se deseja que, por falta de legitimidade processual e a fim de obviar ofensa a normas constitucionais e legais, se obste a incorporação do bem diretamente ao patrimônio público. Para isso, para que legítima a cura judicial do interesse de uma entidade pública, seria necessária, constitucional e legalmente, sua representação por advogado público" (fls. 197/200e).

Requer, por fim, que se reconheça o interesse processual e, anulando-se o decreto de extinção, se restituam os autos ao Tribunal de Justiça de São Paulo, para julgamento do mérito" (fl. 200e).

Não foram apresentadas contrarrazões.

O Ministério Público Federal opina pelo improvimento do Recurso

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 66B684EB-F699-42A9-A3E0-94C233485A4E

Ordinário (fls. 264/266e).

Não assiste razão ao recorrente.

Na origem, trata-se de Mandado de Segurança impetrado contra ato do Governador do Estado de São Paulo, que "indeferiu a liminar para suspensão do decreto 62.958, de 24 de dezembro de 2017, que declarou 'de utilidade pública, para fins de desapropriação pela Concessionária Rodovias do Tietê S/A, imóvel necessário às obras de implantação do dispositivo (tipo 5 - pardo com rotatória) do Km 5+250m da Rodovia Jornalista Francisco Aguirra Proença'" (fl. 160e).

O Tribunal de origem, na resolução da controvérsia, concluiu o seguinte:

> "O impetrante alega que se o imóvel expropriado será incorporado ao patrimônio público, como consta do artigo 2° desse decreto, a assessoria jurídica e a representação judicial da entidade estadual (destinatária do bem) seriam exclusivas dos Procuradores do Estado, nos termos do artigo 98 da Constituição Paulista.
> É importante considerar, entretanto, que a emissão de carta de adjudicação em nome do DER, nesse caso, não constitui ato que dependa (necessariamente) da assessoria ou atuação exclusiva dos Procuradores Estaduais.
> Na verdade, a incorporação do bem ao patrimônio público se dá por conta do decreto expropriatório e respectivo contrato administrativo, com respaldo na natureza da negociação e no próprio modelo de desapropriação, que ocorre mediante substituição processual (com permissão do artigo 3° do DL n° 3.365/41 e artigo 8°, inciso XIX, da Lei n° 7.835, de 08 de maio de 1992). Porque não teria sentido a concessionária (com autorização desses dispositivos) expropriar o bem para construir obras ou rodovias e explorar atividade mediante remuneração tarifária para, ao final da concessão, ainda ser contemplada com a propriedade do imóvel (impedindo a continuidade dos serviços públicos instalados no local).
> (...)
> São feitas essas considerações, de forma superficial, apenas para introduzir e esclarecer o tema, porque, na verdade, o ato impugnado não pode ser controlado por via de mandado de segurança.
> O Sindicato não se insurge quanto ao decreto expropriatório ou quanto ao ato que delega à concessionária o direito de promover a desapropriação, nem quanto à norma que atribui à referida empresa a responsabilidade pelo pagamento da indenização e tampouco quanto a algum prejuízo concreto (e efetivo) que a expropriação estivesse causando aos Procuradores.
> Na verdade, sua impugnação (envolvendo defesa de prerrogativas da categoria profissional que congrega) diz respeito exclusivamente à previsão constante do artigo 2°, na parte em que estipula que, ao final da expropriação, a carta de adjudicação será expedida em nome

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 66B684EB-F699-42A9-A3E0-94C233485A4E

> do DER.
> Alega que se o imóvel será incorporado ao patrimônio público, como prevê esse dispositivo, somente os Procuradores do Estado poderiam exercer as funções de representação judicial e de consultoria da respectiva unidade federada, daí porque pede a declaração de nulidade do Decreto, por incompatibilidade desse ato normativo com a disposição do artigo 98 da Constituição Estadual.
> É importante considerar, entretanto, que o Superior Tribunal de Justiça já consolidou entendimento no sentido de que 'é incabível o mandado de segurança que tem como pedido autônomo a declaração de inconstitucionalidade de norma, por se caracterizar mandado de segurança contra lei em tese' (RMS 31.412/RJ, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 23/2/2016, DJe 29/2/2016).
> (...)
> No presente caso, como o Decreto 62.958/2017, nessa parte referente à destinação do imóvel, possui conteúdo tipicamente normativo, sua validade tal como nos precedentes invocados - não pode ser impugnada por meio de mandado de segurança 'em face do óbice da Súmula 266/STF' (RMS 44.529/TO, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 19/04/2016" (fls. 185/186e).

Conforme exposto no acórdão recorrido, o ato impugnado diz respeito ao artigo 2º do Decreto 62.958/2017, sob o fundamento de sua inconstitucionalidade, em face do artigo 98 da Constituição do Estado de São Paulo.

Com efeito, o referido dispositivo dispõe que "Fica a Concessionária Rodovias do Tietê S.A. autorizada a invocar o caráter de urgência no processo judicial de desapropriação, para fins do disposto no artigo 15 do Decreto-Lei federal n° 3.365, de 21 de junho de 1941, devendo a carta de adjudicação ser expedida em nome do Departamento de Estradas de Rodagem - DER" (fl. 185e).

Com efeito, verifica-se que, conforme foi destacado pelo Tribunal de origem, "o Sindicato não se insurge quanto ao decreto expropriatório ou quanto ao ato que delega à concessionária o direito de promover a desapropriação", mas sua impugnação diz respeito à defesa de prerrogativas da categoria profissional que congrega.

Assim, conforme ressaltou o ilustre parecer do Ministério Público, "não decorre diretamente de tal ato normativo qualquer ilegalidade ou abuso de poder, praticado por autoridade pública, a justificar a impetração de mandado de segurança, nos termos do art. 5º, LXIX, da Constituição de 1988, porquanto o que se tem, no caso em exame, é tão-somente norma genérica e abstrata, que possui presunção de constitucionalidade até decisão judicial em sentido contrário, na via processual" (fl. 280e).

Aplica-se, portanto o óbice previsto na Súmula 266/STF, que contém a seguinte redação: "Não cabe mandado de segurança contra lei em tese".

Nesse sentido:

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 66B684EB-F699-42A9-A3E0-94C233485A4E

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO **RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. IMPETRAÇÃO CONTRA LEI EM TESE. IMPOSSIBILIDADE.** DECADÊNCIA DO DIREITO À IMPETRAÇÃO CONFIGURADO.

1. No caso, as impetrantes ajuizaram mandado de segurança com o objetivo de obstar a aplicação do art. 1º, I, do Decreto estadual n. 6.246/2016, que deu nova redação ao art. 11, I, Decreto estadual n. 45.490/2000, o qual retirou parte do benefício fiscal das impetrantes ao estabelecer a redução da base de cálculo do ICMS de 95% para 90%, na hipótese de saída de veículos usados.

2. **A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça orienta no sentido de que é incabível mandado de segurança que tem como pedido autônomo a declaração de inconstitucionalidade de norma, por se caracterizar mandado de segurança contra lei em tese.**

3. Não se conhece de mandado de segurança impetrado após o transcurso do prazo de cento e vinte dias, nos termos do art. 23 da Lei n. 12.016/2009.

4. Agravo interno a que se nega provimento" (STJ, AgInt no RMS 57.693/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 16/05/2019).

""PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. DECRETO-LEI N.º 43.007/2011. **COTAS RACIAIS. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA LEI EM TESE. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 266/STF.** EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PREQUESTIONAMENTO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. REQUISITOS DO ART. 1.022 DO CPC. AUSÊNCIA.

1. **O manejo do mandado de segurança, para fins de se alcançar a declaração da ilegalidade de decreto estadual, encontra óbice na Súmula 266/STF (Não cabe mandado de segurança contra lei em tese).**

2. "A ocorrência de um dos vícios previstos no art. 1.022 do CPC é requisito de admissibilidade dos embargos de declaração, razão pela qual a pretensão de mero prequestionamento de dispositivos constitucionais para a viabilização de eventual recurso extraordinário não possibilita a sua oposição." (EDcl nos EAREsp 166.402/PE, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, DJe 29/03/2017).

3. Agravo interno a que se nega provimento" (STJ, AgInt nos EDcl no RMS 53.955/RJ, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 66B684EB-F699-42A9-A3E0-94C233485A4E

TURMA, DJe de 18/12/2017).

Ante o exposto, com fundamento no art. 34, XVIII, **b**, do RISTJ, **nego provimento** ao presente Recurso Ordinário.

I.

Brasília (DF), 02 de abril de 2020.

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
Relatora

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 66B684EB-F699-42A9-A3E0-94C233485A4E