



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.559.292 - ES (2014/0059710-5)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
RECORRENTE : VIAÇÃO TABUAZEIRO LTDA
ADVOGADO : EDUARDO LOWENHAUPT DA CUNHA E OUTRO(S)
RECORRENTE : VIAÇÃO GRANDE VITÓRIA S/A
ADVOGADOS : MARIA CAROLINA VALINHO DE MORAES
CYNTIA D'AMBROSIO E OUTRO(S)
CONRADO H M S PINTO E OUTRO(S)
RECORRENTE : PARATODOS TRANSPORTE E TURISMO LTDA
ADVOGADOS : CHRISTINA CORDEIRO DOS SANTOS
ANNA PAULSEN E OUTRO(S)
RECORRENTE : ZITUR-SANTA ZITA TURISMO LTDA
ADVOGADO : EDUARDO LOWENHAUPT DA CUNHA E OUTRO(S)
RECORRIDO : LUÍS FERNANDO NOGUEIRA MOREIRA
ADVOGADO : LUÍS FERNANDO NOGUEIRA MOREIRA (EM CAUSA PRÓPRIA) E OUTROS
INTERES. : MUNICÍPIO DE VITÓRIA
INTERES. : LUCIENE MARIA BECACICI ESTEVES VIANA

EMENTA

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 CLÁUSULA 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 litúgio 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 arguição de inconstitucionalidade, quando já houver



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento aos recursos, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Diva Malerbi (Desembargadora convocada do TRF da 3a. Região) e Humberto Martins (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Assusete Magalhães.

Brasília, 02 de fevereiro de 2016(data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.559.292 - ES (2014/0059710-5)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
RECORRENTE : VIAÇÃO TABUAZEIRO LTDA
ADVOGADO : EDUARDO LOWENHAUPT DA CUNHA E OUTRO(S)
RECORRENTE : VIAÇÃO GRANDE VITÓRIA S/A
ADVOGADOS : MARIA CAROLINA VALINHO DE MORAES
CYNTIA D'AMBROSIO E OUTRO(S)
CONRADO H M S PINTO E OUTRO(S)
RECORRENTE : PARATODOS TRANSPORTE E TURISMO LTDA
ADVOGADOS : CHRISTINA CORDEIRO DOS SANTOS
ANNA PAULSEN E OUTRO(S)
RECORRENTE : ZITUR-SANTA ZITA TURISMO LTDA
ADVOGADO : EDUARDO LOWENHAUPT DA CUNHA E OUTRO(S)
RECORRIDO : LUÍS FERNANDO NOGUEIRA MOREIRA
ADVOGADO : LUÍS FERNANDO NOGUEIRA MOREIRA (EM CAUSA PRÓPRIA) E OUTROS
INTERES. : MUNICÍPIO DE VITÓRIA
INTERES. : LUCIENE MARIA BECACICI ESTEVES VIANA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Trata-se de Recursos Especiais interpostos, com fundamento no art. 105, III, "a" e "c", da Constituição da República, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo assim ementado:

REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL - ação popular - rejeitada - preliminar de irregularidade formal pela não observância do princípio da dialeticidade recursal - enfrentamento direto da fundamentação da sentença - ausência de inovação recursal - argumentação relativa aos atos concretos atacados por meio da ação popular constante da inicial - ação popular que não está sendo utilizada precipuamente para a obtenção de declaração de inconstitucionalidade de lei em tese - objetivo de anulação de atos administrativos concretos praticados com base em uma lei municipal inquinada de inconstitucional (cuja declaração incidental se busca) - lesão à moralidade administrativa - permissão do art. 5º, LXXIII, da CR/1988 - admitida declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum* - identificados os atos administrativos concretos - Presença do interesse de agir - ação popular que visa declarar nulos os termos de permissão de prestação de serviço público firmados sem licitação, pelo prazo de 15 anos, em conformidade com a Lei Municipal nº 5.432/2001 e alterações posteriores (Lei nº 6.081/2003) - matéria exclusivamente de direito - aplicação do art. 515, §3º, do CPC - A partir da vigência da Constituição de 1988 - exigida licitação para a permissão ou concessão do serviço público de transporte urbano coletivo de passageiros - irrelevância do fato das delegações terem sido



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

anteriores ao advento da referida Carta Magna - Precedentes do STF - norma municipal que contraria os arts. 22, XXVII, 30, V, 37, XXI, e 175, *caput*, da CR/1988 - reconhecida ilegalidade dos termos de permissão que foram firmados com base em lei municipal, cuja inconstitucionalidade também é manifesta - aplicação do disposto no parágrafo único do art. 481 do mesmo diploma - precedente plenário stf analisando matéria idêntica - anulação dos termos de permissão firmados com base no inconstitucional art. 39 da lei municipal nº 5.432/2001, que dispensou o procedimento licitatório - resguardo do prazo ajustado no termo de ajustamento de conduta para que seja regularizada toda a situação do transporte público municipal - custas processuais e honorários advocatícios - art. 20, §4º, do CPC - fixada multa diária (astreintes) para o caso de descumprimento da decisão judicial - art. 461, §4º, do CPC - Remessa e recurso conhecidos. Sentença anulada e Recurso provido - Aplicação art. 515, §3º, do CPC - Procedência da pretensão autoral.

1 - Consoante pacífica jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça, em obediência ao princípio da dialeticidade, deve a parte recorrente demonstrar o desacerto do *decisum* combatido, sendo insuficiente a impugnação genérica ou dissociada da fundamentação do julgado atacado. Rejeita-se a preliminar de irregularidade formal, se o apelante atacou expressamente a fundamentação da sentença, que julgou extinto o processo sem resolução do mérito, por inadequação da via eleita, em razão da impossibilidade de utilização de ação popular com o escopo de objetivar a inconstitucionalidade de lei em tese.

2 - Não constitui inovação recursal a argumentação relativa aos atos concretos atacados por meio da ação popular, posto que, desde a inicial, a parte apelante defende a inconstitucionalidade da lei municipal, que imputa de efeitos concretos, por autorizar a municipalidade a contratar, sem licitação, o serviço de transporte público de passageiros, buscando a anulação de todos os atos ilegais firmados com base na malsinada lei.

3 - Hipótese em que a ação popular não está sendo utilizada precipuamente para a obtenção de declaração de inconstitucionalidade de lei em tese, mas para anulação de atos administrativos concretos praticados com base em uma lei municipal inquinada de inconstitucional (cuja declaração incidental se busca), por serem lesivos à moralidade administrativa.

4 - Ainda que não se vislumbre uma lesão direta ao erário municipal, dada a efetiva prestação do serviço público, que é remunerado pela população em geral, o art. 5º, LXXIII, da CR/1988, é muito mais amplo, quanto ao cabimento da ação popular, ao estabelecer que "*qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência*".

5 - Admite-se a declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum*, quando identificada a prática de atos administrativos concretos, que, no caso, consistem nos contratos firmados com base em lei inquinada de inconstitucional.

6 - Presente o interesse de agir da parte autora da presente ação popular, que visa declarar nulos os termos de permissão de prestação de serviço



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

público firmados sem licitação, pelo prazo de 15 anos, em conformidade com a Lei Municipal nº 5.432/2001 e alterações posteriores (Lei nº 6.081/2003) - de efeitos concretos, conforme declarado na referida ADIN -, cuja inconstitucionalidade incidental se busca.

7 - Trata-se que matéria exclusivamente de direito (relativa à exigência ou não de licitação para contratação de empresa prestadora de serviço de transporte de passageiro urbano), passível de ser examinada, desde logo, pelo tribunal, com base no art. 515, §3º, do CPC.

8 - A partir da vigência da Constituição de 1988, a licitação passou a ser imprescindível para a permissão ou concessão do serviço público de transporte urbano coletivo de passageiros, sendo irrelevante o fato de as delegações terem sido anteriores ao advento da referida Carta Magna. Precedentes do STF.

9 - A norma municipal, ao dispor distintamente acerca da exigência de licitação no caso das delegações antigas, contrariou os arts. 30, V, 37, XXI, e 175, *caput*, da CR/1988, bem como aquele que estabelece que compete privativamente à União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III (art. 22, XXVII).

10 - Afiguram-se manifestamente ilegais os termos de permissão que foram firmados entre a municipalidade e as empresas apeladas sem licitação, ainda que com base em uma lei municipal, cuja inconstitucionalidade também é manifesta.

11 - A declaração incidental de inconstitucionalidade da norma municipal, no caso, dispensa a observância do procedimento do art. 480 do Código de Processo Civil, na medida em que a questão relativa à necessidade de prévia licitação é pacífica perante o Supremo Tribunal Federal, que já se manifestou em Plenário acerca da matéria - atraindo o disposto no parágrafo único do art. 481 do mesmo diploma.

12 - Declarados nulos os termos de permissão firmados com base no inconstitucional art. 39 da lei municipal nº 5.432/2001, que dispensou o procedimento licitatório, resguardando, no particular, o prazo ajustado no termo de ajustamento de conduta (de, no máximo, 300 dias), já firmado entre a municipalidade e o *Parquet* Estadual, a contar da publicação do acórdão deste julgamento, para que seja regularizada toda a situação do transporte público municipal.

13 - Condenação dos requeridos/apelados no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 7.252,00 (sete mil, duzentos e cinquenta e dois reais), em observância ao disposto no art. 20, §4º, do CPC, utilizando-se como parâmetro balizador a Tabela da Ordem dos Advogados do Brasil (URH de Junho de 2012).

14 - Fixado em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), o valor da multa diária (astreintes), para o caso de descumprimento da decisão judicial (art. 461, §4º, do CPC).

15 - Remessa e recurso conhecidos. Sentença anulada e Recurso provido. Aplicação art. 515, §3º, do CPC. Procedência da pretensão autoral.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Os Embargos de Declaração opostos por Viação Tabuazeiro Ltda. foram providos nos seguintes termos (fls. 1300-1303, e-STJ):

PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CÍVEL - QUATRO EMBARGOS - PREMISSAS - VINCULAÇÃO DA FUNDAMENTAÇÃO RECURSAL AO ART. 535 DO CPC - PREQUESTIONAMENTO NUMÉRICO DESNECESSÁRIO - SUFICIÊNCIA DO TRATAMENTO DA QUESTÃO PELO ÓRGÃO JULGADOR - MATÉRIA NÃO ANALISADA SOB O PRISMA DO EMBARGANTE NÃO CONFIGURA OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE - ANÁLISE INDIVIDUAL DE CADA RECURSO - ENFRENTAMENTO EXPRESSO DE TODAS AS QUESTÕES APONTADAS POR ZITUR SANTA ZITA TURISMO LTDA. - EMBARGOS IMPROVIDOS - CARACTERIZADA A OMISSÃO APONTADA POR VIAÇÃO TABUAZEIRO LTDA. - EMBARGOS PROVIDOS, COM MANIFESTAÇÃO EXPRESSA SOBRE A ALEGADA PRESCRIÇÃO - INEXISTENTES AS OMISSÕES APONTADAS POR PARATODOS TRANSPORTE E TURISMO LTDA. - EMBARGOS IMPROVIDOS - EMBARGOS DE VIAÇÃO GRANDE VITÓRIA S/A PREJUDICADOS POR VEICULAR QUESTÃO JÁ ENFRENTADA NO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE ZITUR SANTA ZITA TURISMO LTDA.

1. Os embargos de declaração, mesmo que opostos com a finalidade exclusiva de prequestionamento, destinam-se a suprir omissão, obscuridade, contradição ou erro material de que padeça a decisão atacada, ou seja, devem estar vinculados a algumas das hipóteses previstas no art. 535 do CPC.

2. Para fins de prequestionamento, está sedimentado na doutrina e na jurisprudência do STF e no STJ o entendimento de que o órgão julgador não está obrigado a mencionar expressamente os dispositivos legais em que fundamentou as razões de seu convencimento, bastando que decida a controvérsia com fundamentação satisfatória.

3. Não configura omissão, contradição ou obscuridade o fato de a matéria não ter sido analisada sob o prisma pretendido pelo embargante, notadamente se a *quaestio* foi decidida com supedâneo em regramentos legais aplicáveis à espécie e suficientes ao desate da controvérsia.

4. Todas as questões apontadas pela ZITUR SANTA ZITA TURISMO LTDA. (violação ao princípio do contraditório; necessidade de demonstração de lesão ao erário para autorizar o ajuizamento de ação popular; ofensa à regra de reserva de plenário; e fixação de honorários advocatícios) foram expressamente tratadas no acórdão recorrido, o que afasta a necessidade do prequestionamento numérico pleiteado e impõe a rejeição dos embargos.

5. Omisso o acórdão que não se manifestou sobre matéria alegada pela embargante VIAÇÃO TABUAZEIRO LTDA., qual seja, a prescrição da pretensão autoral, os embargos devem ser providos para supressão do referido vício.

6. Tendo o STJ firmado o entendimento de que situações flagrantemente inconstitucionais - como é o caso dos autos - não estão sujeitas a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prazo prescricional ou decadencial -, integra-se o julgado embargado para afastar a alegada prescrição, mantendo, assim, o resultado daquele julgamento.

7. Prejudicada parcialmente a análise dos embargos de PARATODOS TRANSPORTE E TURISMO LTDA., porque as alegadas omissões quanto à análise da necessidade de demonstração de lesão ao erário para autorizar o ajuizamento de ação popular e da ofensa à regra de reserva de plenário foram afastadas quando do julgamento dos embargos de ZITUR SANTA ZITA TURISMO LTDA.

8. Em razão da aplicação, pelo acórdão recorrido, do entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal acerca da inconstitucionalidade das permissões, concessões e autorizações de serviços de transporte público sem o prévio procedimento licitatório, tornou-se desnecessário o enfrentamento explícito das alegações de que (1) é inviável a realização de licitação (art. 25 da Lei nº 8.666/93); (2) é possível a prorrogação das permissões e concessões e (3) o Município deve ser condenado ao pagamento de indenização pela anulação dos contratos. Embargos de PARATODOS TRANSPORTE E TURISMO LTDA. improvidos.

9. Prejudicada a análise dos embargos de VIAÇÃO GRANDE VITÓRIA S/A, porque a omissão por ele alegada (quanto à violação do princípio do contraditório em razão do julgamento da ação popular com fulcro no art. 515, §3º, do CPC) foi afastada quando do julgamento dos embargos de ZITUR SANTA ZITA TURISMO LTDA.

A Viação Tabuazeiro Ltda., no Recurso Especial, alega violação ao art. 97 da Constituição Federal; ao art. 480 do CPC e ao art. 1º da Lei 4.717/1965. Defende ser inviável a declaração de inconstitucionalidade de lei em Ação Popular. Alega ainda que, "como somente ao Órgão Especial ou Plenário da Corte é dado emissão do juízo de incompatibilidade de norma com a Constituição Federal, vê-se claramente que foi inobservado o disposto no artigo 480 do CPC. Aliás, a Súmula Vinculante 10/STF cristalizou o entendimento de que: 'viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.'" (fl. 1.329, e-STJ).

Por sua vez, Zitur - Santa Zita Turismo Ltda., aponta no Especial afronta aos arts. 20, 267, VI, 480, 481, 515, § 3º, e 535 do CPC; aos arts. 1º e 4º da Lei 4.717/1965 e ao art. 42 da Lei 8.987/1995. Alega que "a linha de entendimento adotada pelo STJ é no sentido de que, inexistindo lesividade ao erário público, o manejo da ação popular para anulação do ato é inadmissível" (fl. 1.391, e-STJ).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Além disso, Viação Grande Vitória S/A sustenta, em seu recurso, que houve contrariedade aos arts. 267, IV, 480, 481, 515, § 3º, e 535, II, do CPC; e aos arts. 1º e 4º da Lei de Ação Popular. Alega:

Não pode o órgão julgador, ao argumento de celeridade processual, utilizar-se da Teoria da Causa Madura, de modo que falte ao processo elementos essenciais para seu bom deslinde, ademais que seja, verdadeiramente, cerceado direito de defesa da parte, atentando contra o contraditório e ampla defesa.

No que cerne a aplicação do artigo 330 do CPC, este não poderia ser aplicado ao caso em apreço, tendo em vista que o presente feito possui extrema necessidade de dilação probatória, para que seja possibilitado ao Recorrente ,produzir as provas necessárias para garantir seus direitos (fl. 1472, e-STJ).

Argumenta ainda que, "inexistindo, portanto, a lesividade ao patrimônio público, falta interesse de agir, um dos pressupostos constitucionais e legais (art. 1º, da Lei 4.717/65) a justificar e fundamentar a ação popular" (fl. 1.476, e-STJ).

Defende ser "vedada a declaração de inconstitucionalidade, mesmo incidental (o que não é o caso - já que figura como pedido e está na parte dispositiva do acórdão), por Câmara Cível, órgão fracionário deste Tribunal" (fl. 1.477, e-STJ).

Por fim, Paratodos Transporte e Turismo Ltda., nas razões do Recurso Especial, indica ofensa ao art. 1º da Lei 4.474/1965; aos arts. 481 e 515, § 3º, do CPC e ao art. 7º da Lei 8.429/1992. Alega que não foi observada a cláusula de reserva de plenário. Afirma que, "Além da clara violação ao Art. 1º da Lei 4.717/65 pela ausência de prova da lesividade aos cofres públicos, o referido dispositivo federal também se encontra violado no que tange a ausência de cabimento da ação contra lei em tese, algo que claramente se pretende no presente caso" (fl. 1.515, e-STJ).

O Ministério Público Federal, na pessoa do Subprocurador-Geral da República Wagner de Castro Mathias Netto, opinou pelo desprovimento dos presentes recursos (fls. 2.016-2.021, e-STJ). Eis a ementa do parecer ministerial:

Agravos em Recurso Especial. Licitação. Atos administrativos concretos praticados com fulcro em lei municipal inconstitucional. Inexistência de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

omissão no *decisum*. Reexame fático e probatório. Pelo desprovimento.

É o **relatório**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.559.292 - ES (2014/0059710-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Os autos foram recebidos neste Gabinete em 7.10.2015.

Trata-se, na origem, de ação popular ajuizada por Luís Fernando Nogueira Moreira e outros contra o Município de Vitória que teria concedido serviços municipais de transporte público de passageiro e permitido subconcessões sem licitação, contrariando a Constituição Federal.

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.

Inicialmente, 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.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO POPULAR. SEBRAE. CONTRATAÇÃO. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO. FRACIONAMENTO DE OBJETO PARA PROVOCAR DISPENSA. PREJUÍZO AO ERÁRIO IN RE IPSA.

1. Cuida-se os autos sobre ação popular objetivando o reconhecimento da nulidade, em razão da falta de prévia licitação, de quatro contratos firmados, no ano de 2009, entre o SEBRAE e as empresas recorridas, cujo objeto era a "prestação de serviços de horas técnicas de instrutoria para empreendedores do meio rural" em diferentes municípios de Santa Catarina, inobstante excedido o limite de R\$ 16.000,00 (dezesesseis mil reais) previsto no art. 6º, II, "a", da Resolução CDN nº 39/98, que dispensava a licitação para compras e serviços abaixo do referido valor.

2. Ficou constatado pelo Tribunal a quo que houve o fracionamento indevido das contratações no intuito de burlar a obrigatoriedade do devido processo licitatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. A Corte de origem, apesar de ter reconhecido a ilegalidade na contratação, decidiu que "comprovada a efetiva prestação dos serviços, sem qualquer indício de superfaturamento, a pretensão da ação popular não pode prosperar porque o descumprimento da lei ou do regulamento não dispensa a demonstração da lesividade dos atos impugnados" 4. O prejuízo ao erário, na espécie (fracionamento de objeto lícito, com ilegalidade da dispensa de procedimento licitatório), que geraria a lesividade apta a ensejar a nulidade e o ressarcimento ao erário, é in re ipsa, na medida em que o Poder Público deixa de, por condutas de administradores, contratar a melhor proposta (no caso, em razão do fracionamento e conseqüente não-realização da licitação, houve verdadeiro direcionamento da contratação).

5. *A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que a ação popular é cabível para a proteção da moralidade administrativa, ainda que inexistente o dano material ao patrimônio público, ou seja, a lesão tanto pode ser efetiva quanto legalmente presumida, visto que a Lei 4.717/65 estabelece casos de presunção de lesividade (art. 4º), para os quais basta a prova da prática do ato naquelas circunstâncias para considerar-se lesivo e nulo de pleno direito.*

6. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1378477/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/03/2014, DJe 17/03/2014, grifei).

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).

Ainda nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO POPULAR. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL - FUNPEN. LC. N. 79, DE 07.01.94.

1. A ação popular não é via própria para se considerar uma lei inconstitucional, sem que se prove a prática de atos administrativos concretos.

2. Pretensão de que, em sede de ação popular, seja declarada a inconstitucionalidade da LC n. 79, de 07.01.94, sem se apontar qualquer ato administrativo praticado pelas partes demandadas que tenha causado lesão ao patrimônio público.

3. A ação popular é imprópria para o controle da constitucionalidade das leis pelo sistema concentrado. Admite-se, apenas, quando a declaração de inconstitucionalidade for incidenter tantum.

4. Precedentes: REsp 441.761/SC, Primeira Turma, DJ 18.12.2006; REsp 505.865/SC, Segunda Turma; REsp 504.552/SC, Segunda Turma.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. Recurso da União que se conhece e se lhe dá provimento.
(REsp 958.550/SC, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/04/2008, DJe 24/04/2008)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. INOCORRÊNCIA. AÇÃO POPULAR. TAXA DE ILUMINAÇÃO. DECRETO. ILEGALIDADE.

1. A Ação popular objetivando a suspensão da eficácia do Decreto Municipal nº 62/2003, a fim de excluir-se das faturas de consumo de energia elétrica dos contribuintes do Município de Resende/RJ o valor relativo à Taxa de Iluminação Pública, à falta de previsão legal tem cunho declaratório, máxime quando assentada em ato administrativo concreto.

2. A análise incidenter tantum e de forma difusa pelo juízo a quo da inconstitucionalidade do Decreto é passível de ser confirmada em agravo interno, máxime quando o thema iudicandum restou exaustivamente analisado pelas instâncias superiores.

3. O artigo 481, parágrafo único, do CPC dispõe que "os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão".

4. In casu, o Tribunal assentou que "o Supremo Tribunal Federal tem posicionamento tranqüilo a respeito do tema, podendo ser citado o seguinte julgado: RE 233332/RJ, Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno (unânime), julgamento em 10.03.1999, DJ 15.05.99(...)" e a Súmula 670/STF, in litteris: "O serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa".

5. A aferição da lesão ao patrimônio público na sua extensão, objeto principal do pedido, reclama apreciação do contexto fático-probatório dos autos (Súmula 07/STJ).

6. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

7. Neste sentido, é a lição do Professor Hely Lopes Meirelles, litteris: "O objeto da ação popular é o ato ilegal e lesivo ao patrimônio público. (...) Dentre os atos ilegais e lesivos ao patrimônio público pode estar até mesmo a lei de efeitos concretos, isto é, aquela que já traz em si as conseqüências imediatas de sua atuação, como a que desapropria bens, a que concede isenções, a que desmembra ou ou cria municípios, a que fixa limites territoriais e outras dessa espécie. Tais leis só o são em sentido formal, visto que materialmente se equiparam aos atos administrativos e, por isso mesmo, são atacáveis por ação popular ou por mandado de segurança, conforme o direito ou o interesse por elas lesado, mas é incabível a ação popular contra 'a lei em tese'. (...) Considerando que a sentença de procedência da ação tem efeitos erga omnes, entendemos que não cabe a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em sede de ação popular. O controle de constitucionalidade é da competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, na forma do art. 102, I, "a", da Constituição Federal. (...) O Supremo Tribunal Federal já julgou que é de sua competência exclusiva o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

juízo da validade de lei em tese, e que o julgamento deste tema por juiz de primeiro grau implica em 'usurpação da competência do Supremo para o controle concentrado', acarretando a nulidade do respectivo processo (Rcl nº 434-1, Rel. Min. Francisco Rezek, RF 336/231). (...) Nada disso significa, porém, que um ato que viole a Constituição não possa ser objeto de ataque em ação popular. A restrição diz respeito a ato normativo, cuja declaração de inconstitucionalidade é especificamente regulada na Carta Política. Nada obsta a que o ato puramente administrativo, quando contrário à Constituição Federal, seja impugnado através de ação popular." (in "Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e 'Habeas Data', 19ª Edição, publicada pela Editora Malheiros, páginas 118/135) 8. Deveras, é assente no Eg. STJ e no STF que "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. Min. Eliana Calmon, 2.ª Turma, DJ 13.12.2004) 9. Recurso especial desprovido.

(REsp 776.848/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/12/2008, DJe 06/08/2009)

Quanto à aplicabilidade do art. 480 do CPC ao caso dos autos, o Tribunal *a quo* consignou:

A declaração incidental de inconstitucionalidade da norma municipal, no caso, dispensa a observância do procedimento do art. 480 do Código de Processo Civil, na medida em que a questão relativa à necessidade de prévia licitação é pacífica perante o Supremo Tribunal Federal, que já se manifestou em Plenário acerca da matéria - atraindo o disposto no parágrafo único do art. 481 do mesmo diploma.

Ocorre que consoante a jurisprudência desta Corte Superior, "nos termos do art. 481, parágrafo único, do CPC, 'os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.)

Ainda nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA - ISSQN. LISTA DE SERVIÇOS ANEXA AO DECRETO-LEI 406/68. LEI COMPLEMENTAR 56/87. TAXATIVIDADE DA LISTA. LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL. AFASTAMENTO DA INCIDÊNCIA POR ÓRGÃO FRACIONÁRIO. RESERVA DE PLENÁRIO. OFENSA AOS ARTIGOS 480 E 481, DO CPC. SÚMULA VINCULANTE 10/STF. 1. A declaração de inconstitucionalidade exercida por meio difuso pelos Tribunais deve seguir o procedimento disposto nos artigos 480 e 481, do CPC, em respeito ao princípio da reserva de plenário, sendo autorizado somente ao Órgão Especial ou Plenário da Corte a emissão do juízo de incompatibilidade do preceito normativo com a Magna Carta Brasileira, restando os órgãos fracionários dispensados dessa obrigação apenas se a respeito da questão constitucional já houver pronunciamento do Órgão competente do Tribunal ou do Plenário do Supremo Tribunal Federal (AgRg no REsp 899.302/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Corte Especial, julgado em 16.09.2009, DJe 08.10.2009). 2. 'O princípio da reserva de plenário, que 'atua como verdadeira condição de eficácia jurídica da própria declaração de inconstitucionalidade dos atos do Poder Público' (STF, RE 488.033, Min. Celso de Mello, DJ de 19.10.06), deve ser observado não apenas quando o órgão fracionário reconhece expressamente a inconstitucionalidade da norma. Segundo reiterado entendimento do STF, 'reputa-se declaratório de inconstitucionalidade o acórdão que - embora sem o explicitar - afasta a incidência da norma ordinária pertencente à lide para decidi-la sob critérios diversos extraídos da Constituição' (STF, AgRg no Ag 467.270, Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 12.11.04).' (REsp 619.860/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 03.05.2007, DJ 17.05.2007). 3. Outrossim, a Súmula Vinculante 10/STF ostenta o seguinte teor: 'Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.' (...) 6. Recurso especial provido para anular o acórdão recorrido e determinar que seja observado o procedimento previsto nos artigos 480 e seguintes, do CPC." (REsp 976.549/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/3/2010, DJe 12/5/2010.)

PROCESSUAL CIVIL. RESERVA DE PLENÁRIO. ARTS. 480 A 482 DO CPC. VIOLAÇÃO. 1. Hipótese em que o Tribunal de origem declarou a inconstitucionalidade do art. 4º, § 1º, da LC 63/1993, mas deixou de observar a reserva de plenário (arts. 480 a 482 do CPC), pois 'a demanda não tem por objeto apenas a declaração de inconstitucionalidade'. 2. O desrespeito ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

princípio da reserva de plenário implica nulidade absoluta, por ofensa aos arts. 480 e 481 do CPC e 97 da Constituição Federal. Precedentes do STJ. 3. Recurso Especial provido.(REsp 995.235/MS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/9/2009, DJe 24/9/2009.)

PROCESSUAL CIVIL. ADMISSIBILIDADE. SÚMULAS N.ºS 282 E 284 DO STF E 211 DO STJ. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO E DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL. RESERVA DE PLENÁRIO. NULIDADE 1. A inconstitucionalidade apreciada incidenter tantum para justificar a procedência do pedido de anulação de atos administrativos autorizados pela regra acoimada de vício, reclama a obediência à cláusula de plenário pro força da Súmula Vinculante n.º 10, do E. STF, que assim dispõe: 'Viola a cláusula de reserva de plenário (cf, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte'. 2. A declaração de inconstitucionalidade exercida por meio difuso pelos Tribunais deve seguir o procedimento disposto nos arts. 480 e 482 do CPC, em respeito ao princípio da reserva de plenário, sendo autorizado somente ao Órgão Especial ou Plenário da Corte a emissão do juízo de incompatibilidade do preceito normativo com a Magna Carta Brasileira, restando os órgãos fracionários dispensados dessa obrigação apenas se a respeito da questão constitucional já houver pronunciamento do Órgão competente do Tribunal ou do Supremo Tribunal Federal. 3. A dispensa da reserva de plenário reclama que o Tribunal ou o próprio STF tenham se pronunciado sobre a norma em tese, vedada a equiparação analógica de thema iudicandum. 4. In casu, os pedidos sucessivos, formulados pelo Parquet, em sede de ação civil pública, tinham como pressuposto o pleito primeiro assim deduzido: "a) anular as nomeações efetuadas pelo Município de Nova Iguaçu ao exercício de cargos em comissão de agentes de trânsito, declarando-se, neste particular, a inconstitucionalidade das Leis Municipais n.º 2.884, de 12 de fevereiro de 1998, 2.956, de 18 de dezembro de 1998 e 3.012, de 14 de outubro de 1999;" 5. Consectariamente, houve violação da cláusula de reserva de plenário, por isso que merecedor de anulação o aresto recorrido para que se proceda, preliminarmente, o incidente no Tribunal a quo. 6. Recurso especial provido para, reconhecendo a violação à cláusula de plenário, declarar nulo o processo, nos termos da fundamentação, prejudicada a análise das demais questões suscitadas. (REsp 931.373/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJe 18/11/2010).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Diante do exposto, **dou parcial provimento aos Recursos Especiais para anular o acórdão recorrido e determinar que seja observado o procedimento previsto nos artigos 480 e seguintes do CPC.**

É como **voto.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2014/0059710-5

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.559.292 / ES

Números Origem: 024050023712 02405002371220130153 201300752968 23719020058080024
240000021432005 24020035492 24050023712 2405002371220130153

PAUTA: 02/02/2016

JULGADO: 02/02/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOSÉ FLAUBERT MACHADO ARAÚJO**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	: VIAÇÃO TABUAZEIRO LTDA
ADVOGADO	: EDUARDO LOWENHAUPT DA CUNHA E OUTRO(S)
RECORRENTE	: VIAÇÃO GRANDE VITÓRIA S/A
ADVOGADOS	: MARIA CAROLINA VALINHO DE MORAES CYNTIA D'AMBROSIO E OUTRO(S) CONRADO H M S PINTO E OUTRO(S)
RECORRENTE	: PARATODOS TRANSPORTE E TURISMO LTDA
ADVOGADOS	: CHRISTINA CORDEIRO DOS SANTOS ANNA PAULSEN E OUTRO(S)
RECORRENTE	: ZITUR-SANTA ZITA TURISMO LTDA
ADVOGADO	: EDUARDO LOWENHAUPT DA CUNHA E OUTRO(S)
RECORRIDO	: LUÍS FERNANDO NOGUEIRA MOREIRA
ADVOGADO	: LUÍS FERNANDO NOGUEIRA MOREIRA (EM CAUSA PRÓPRIA) E OUTROS
INTERES.	: MUNICÍPIO DE VITÓRIA
INTERES.	: LUCIENE MARIA BECACICI ESTEVES VIANA

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Serviços -
Concessão / Permissão / Autorização

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento aos recursos, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Diva Malerbi (Desembargadora convocada do TRF da 3a. Região) e Humberto Martins (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Assusete Magalhães.