



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Terceira Vice-Presidência

Recursos Especiais e Extraordinários Cíveis nº 0050905-48.2016.8.19.0000

Recorrentes: Fabrício Freitas dos Santos e outros
Recorridos: Sergio de Oliveira Cabral Santos Filho e outros

DECISÃO

Trata-se de recursos especial e extraordinário interpostos em face de acórdãos assim ementados:

“AÇÃO POPULAR. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE DECRETO ESTADUAL. INADEQUAÇÃO DA AÇÃO POPULAR PARA DECLARAÇÃO DE ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. EXTINÇÃO DA AÇÃO, DE OFÍCIO. A AÇÃO POPULAR É LIMITADA À ANÁLISE ESPECÍFICA DA LEGALIDADE DO ATO E NÃO PARA A DECLARAÇÃO DE ILEGALIDADE/INCONSTITUCIONALIDADE DE QUALQUER TIPO DE LEGISLAÇÃO. PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL DESSE TRIBUNAL. PROVIMENTO AO RECURSO.” (fls. 59/66).

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO POPULAR. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE DECRETO ESTADUAL. INADEQUAÇÃO DA AÇÃO POPULAR PARA DECLARAÇÃO DE ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. EXTINÇÃO DA AÇÃO, DE OFÍCIO. - Na hipótese dos autos, assiste razão ao primeiro embargante no que tange a ocorrência de pequeno erro material na parte dispositiva do acórdão que deve ser retificado nos presentes aclaratórios. - Assim, a parte dispositiva do acórdão embargado deve ser retificada, substituindo-se a expressão “julgando prejudicado o agravo de instrumento” para “dar provimento ao recurso”. - Não assiste razão, no entanto, aos segundos e terceiros embargantes. - Como cediço, os embargos de declaração prestam-se tão somente a sanar omissão, obscuridade, contradição ou erro material, o que inexistiu no caso em tela. A decisão embargada, com total coerência em sua fundamentação, bem como entre esta e a parte dispositiva, conclui pela inadequação da via eleita. - Em primeiro lugar os embargantes sustentam que na petição inicial da ação popular não houve pedido de declaração de inconstitucionalidade, mas de “nulidade ou anulabilidade do ato praticado pela administração”. -



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Terceira Vice-Presidência

*Contudo, o ato impugnado na referida ação: É O DECRETO 42.897/2013, conforme se verifica à fl.7, em que se lê: “o decreto Impugnado, portanto objeto do pedido e da causa de pedir, é o de nº42.897, de 24 de março de 2011”. - Assim, a nulidade ou anulabilidade pretendida pelos embargantes é a anulação de uma norma de efeitos gerais e abstratos como um decreto e não de um ato administrativo individual e concreto, em outras palavras, como afirmado nas razões do decisum vergastado, o que se pleiteia, na prática é uma declaração de inconstitucionalidade de decreto estadual, medida não cabível em sede de ação popular, mas sim, via de ação direta de inconstitucionalidade. - O segundo ponto que se deve rebater é a alegação de que o acórdão recorrido teria contrariado o precedente emanado do STF no ARE 824781, com repercussão geral, eis que a tese firmada no referido acórdão se refere a “ não condição para o cabimento da ação popular a demonstração de prejuízo material aos cofres públicos”, ou seja, a discussão e a tese firmadas no precedente em questão, não tem nada a ver com o que foi debatido no v. acórdão embargado que não julgou extinta a ação popular por falta de demonstração de prejuízo material aos cofres públicos mas sim, pelo fato de o ato atacado ser um ato normativo geral e abstrato. - Terceiro ponto a ser rebatido é o argumento de violação a dispositivos da lei 4.17/65 que teria prevalência sobre o código de processo civil a impedir a extinção de plano do processo. - Ora, não há nenhuma regra na ação popular que impeça a extinção do processo pela ilegitimidade das partes e do descabimento da via eleita. Ademais, o CPC é aplicável subsidiariamente à ação popular. - Também não devem prosperar o argumento de nulidade do acórdão recorrido por falta de intimação do MP, eis que, ao contrário do alegado, o MP foi intimado a se manifestar sobre o recurso, tendo apresentado o seu parecer às fls 41. - Ressalte-se que, ao invés de proferir o parecer sobre o mérito do agravo de instrumento na oportunidade que lhe cabia, o MP limitou-se a solicitar informações sobre o agravo de instrumento ao mesmo órgão atuante em primeiro grau que, diga-se de passagem, já tinha sido intimado anteriormente (fl.26) e não se manifestou no feito. - Sobre tal aspecto, constata-se que o Magistrado não é obrigado a intimar o MP novamente nos termos do artigo 1.019, inciso III do CPC. - Ademais, os autos do agravo de instrumento 00509050-48.2016.8.19.0000, interposto contra a mesma decisão ora embargada, também fora distribuído a essa Relatora, sendo certo que nesses autos a Douta Procuradoria de Justiça atuante em segundo grau exarou seu parecer quanto ao mérito do recurso, razão pela qual, se revela inócua e procrastinatória a assertiva de se anular o acórdão e se prolatar novo decisum. - Por fim, também não deve prosperar a alegação de suposta falta de intimação específica para a sessão de julgamento, pois houve publicação da pauta de julgamento na Imprensa Oficial, conforme se extrai do documento anexado aos autos (índ. 115 –pg.126). E, além da publicação da referida pauta, o próprio MP estava presente à sessão de julgamento. **ACOLHIMENTO DO PRIMEIRO RECURSO E REJEIÇÃO DOS DEMAIS RECURSOS.” (fls. 106/119).***



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Terceira Vice-Presidência

Em seu recurso extraordinário, com fulcro no art. 102, III, “a”, da CRFB/88, *Fabrcio Freitas dos Santos e outro* alegam violação aos arts. 5º, XXXV e LXXIII, 37, §§1º e 5º, e 93, IX, da Carta Magna, todos ao argumento de que a ação popular seria instrumento adequado ao pleito deduzido em juízo, sendo certo que o ato administrativo, quando eivado de ilegalidade, pode e deve ser revisto pelo Judiciário. Afirma que o acórdão recorrido não estaria suficiente e devidamente fundamentado, acarretando afronta a diversos princípios constitucionais e administrativos, em especial o da moralidade (**fls. 128/185**).

Em seu recurso especial, com fulcro no art. 105, III, “a” e “c”, da CRFB/88, *Fabrcio Freitas dos Santos e outro* alegam violação aos arts. 3º e 1.046, §2º, do CPC e aos arts. 1º, 5º, §4º, 7º, 11, 12, 18, 19, §§1º e 2º, e 22 da Lei 4.717/65, todos com base no argumento de que caberia ao Judiciário exercer o controle de legalidade dos atos administrativos, devendo anulá-los quando em descompasso com as leis, não sendo possível a extinção da presente ação popular. Aduz ser patente o cabimento da ação popular, pugnando pela reavaliação da prova com vistas a esse reconhecimento (**fls. 217/267**).

Em seu recurso especial, com fulcro no art. 105, III, “a”, da CRFB/88, o *Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* alega violação aos arts. 3º e 485, VI, do CPC e aos arts. 1º e 2º da Lei 4.717/65, ao argumento de que a ação popular seria a via processual adequada ao pedido formulado de ressarcimento aos cofres públicos em razão de alegada lesão ao erário. Afirma que o pedido não envolve a declaração de inconstitucionalidade de lei, mas a anulação de decreto com efeitos concretos (**fls. 275/296**).

Em seu recurso extraordinário, com fulcro no art. 102, III, “a”, da CRFB/88, o *Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* alega violação ao art. 5º, LXXIII, da Carta Magna, repisando o argumento de que a ação popular seria cabível no caso posto a debate nestes autos (**fls. 297/322**).

Contrarrazões às **fls. 341/350, 351/360, 361/369 e 370/378**.

**É O RELATÓRIO.
PASSO A DECIDIR.**

Consignou-se na origem que a ação popular seria via inadequada à pretensão deduzida em juízo, uma vez que, embora a referida ação comporte pedido de declaração incidental de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo, ela não



poderia ser usada quando essa declaração constituir o objeto principal da demanda, sob pena de a natureza da ação popular se transmutar para a de ação direta de inconstitucionalidade, usurpando a competência constitucionalmente atribuída ao Supremo Tribunal Federal.

De fato, existe orientação nos Tribunais Superiores de que a ação popular seria incabível nos casos em que se busque a declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo **como pedido autônomo ou principal**, como se apura dos seguintes precedentes:

*“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. POSSIBILIDADE. CONTROLE DIFUSO. CAUSA DE PEDIR. 1. Hipótese em que o Tribunal local entendeu por não caber na via eleita a declaração de inconstitucionalidade de lei em Ação Civil Pública. 2. O Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência firme e consolidada de 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. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 13.12.2004). Nesse sentido: REsp 1.569.401/CE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 15.3.2016; REsp 1.181.511/RS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 11.4.2014; AgRg no REsp 1.418.192/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 27.2.2014. 3. **Recurso Especial provido, sendo determinado o retorno dos autos à instância de origem para apreciação do mérito da demanda.**” (STJ, 2ª Turma, REsp 1.659.824/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, julg. 27/6/2017).*

*“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.) (...)” (STJ, 2ª Turma, AgRg nos EDcl no REsp 1.495.317/RS, Rel. Min. Humberto Martins, julg. 10/3/2016).*



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Terceira Vice-Presidência

No entanto, bem compulsando os autos, verifica-se que a pretensão deduzida em juízo pelo Ministério Público, embora envolvesse pedido de reconhecimento da inconstitucionalidade do Decreto Estadual nº 42.897/2011 – que reduziu em 100% a base de cálculo do ICMS na prestação interna do serviço de transporte aquaviário intermunicipal de passageiros –, buscava, **de forma autônoma e principal, a condenação dos réus-recorridos, de forma solidária, ao ressarcimento, em favor da Fazenda Pública Estadual, dos valores que deixaram de ser recolhidos a título de ICMS em razão do benefício instituído pelo aludido Decreto.** Noutras palavras, o acolhimento do pedido de ressarcimento passaria pela declaração **incidental** de inconstitucionalidade da norma, fato que não impediria sua análise pela câmara de origem, conforme jurisprudência da Corte Superior.

Sobre o ponto, aliás, em sede de recursos repetitivos, o **Superior Tribunal de Justiça**, ao enfrentar o mérito do **REsp 1.119.872/RJ**, paradigma do seu **Tema nº 430**, **fixou tese** neste sentido:

“No pertinente a impetração de ação mandamental contra lei em tese, a jurisprudência desta Corte Superior embora reconheça a possibilidade de mandado de segurança invocar a inconstitucionalidade da norma como fundamento para o pedido, não admite que a declaração de inconstitucionalidade, constitua, ela própria, pedido autônomo.”

Apesar de o tema repetitivo acima se referir a mandado de segurança, suas conclusões são perfeitamente aplicáveis ao caso, eis que a discussão jurídica é exatamente a mesma, a saber: a impossibilidade de se usar um remédio ou uma ação constitucional para se atacar lei em tese, fazendo-o de sucedâneo de ação direta de inconstitucionalidade.

Nesse contexto, registre-se que a sistemática da repercussão geral e dos recursos repetitivos se aplica não apenas a questões fáticas absolutamente idênticas, mas também a situações similares, quando, realizado o cotejo da controvérsia contida no paradigma com a situação concretamente analisada, for constatada similitude que justifique a aplicação do tema. Nesse sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. MULTA CONFISCATÓRIA. REPERCUSSÃO GERAL. APLICAÇÃO DO ART. 543-B. IDENTIDADE DA CONTROVÉRSIA CONSTITUCIONAL A QUESTÕES FÁTICAS SIMILARES. POSSIBILIDADE. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – Atende a garantia constitucional da celeridade e razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF/1988) a aplicação da sistemática da repercussão geral a questões fáticas similares, tendo em vista a identidade da controvérsia constitucional a ser analisada com a do paradigma apontado em repercussão geral. II – Agravo regimental a que





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Terceira Vice-Presidência

se nega provimento". (STF, 2ª Turma, RE 801.843 AgR/PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julg. 24/6/2014).

E, portanto, diante do exposto, há aparente contrariedade do julgado à tese fixada no paradigma que autorizaria o prosseguimento da ação por nela haver pedido autônomo e principal voltado ao ressarcimento ao erário em virtude de suposta ilegalidade praticada.

Por conta de tais fundamentos, **DETERMINO O RETORNO DOS AUTOS À CÂMARA DE ORIGEM** para **eventual** exercício do juízo de retratação à luz do **Tema nº 430 do STJ**.

Publique-se.

Rio de Janeiro, 2 de março de 2018.

Desembargadora **MARIA AUGUSTA VAZ MONTEIRO DE FIGUEIREDO**
Terceira Vice-Presidente