

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 181.851 - MT (2012/0105250-5)

RELATOR : **MINISTRO BENEDITO GONÇALVES**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO**
AGRAVADO : **MUNICÍPIO DE CUIABÁ**
PROCURADOR : **ANA LÍDIA SOUSA MARQUES E OUTRO(S)**

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEI. POSSIBILIDADE. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL CONFIGURADO. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

DECISÃO

Trata-se de agravo em recurso especial interposto contra decisão do TJMT que inadmitiu recurso especial ao fundamento de obstado pelas Súmulas 280/STF e 284/STF.

O acórdão recorrido foi assim ementado (fls. 737/753):

RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – VENDA DE PRODUTOS, QUE NÃO MEDICAMENTOS, EM FARMÁCIAS E DROGARIAS – PERMISSÃO DE LEI MUNICIPAL EM CONFRONTO COM RESOLUÇÃO DA ANVISA – MATÉRIA CONTROVERTIDA – IMPOSSIBILIDADE DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI MUNICIPAL EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

Não cabe a esta Corte de Justiça, em sede de ação civil pública determinar que o Município afaste a aplicação de Lei municipal, eis que em vias transversas, seria o mesmo que declará-la inconstitucional. A ação civil pública deve ser intentada estritamente nas hipóteses legalmente previstas, dentre as quais não se divisa a de arguição de inconstitucionalidade de Lei municipal, para a qual a Constituição Federal prevê a via própria, ou seja, ação direta de inconstitucionalidade. Em face da existência de Lei Municipal que autoriza a comercialização de outros produtos em farmácias e drogarias, não se pode compelir o Município, bem como as farmácias e drogarias, por meio de Ação Civil Pública, simplesmente ignorar a referida lei, afastando a sua aplicação.

O recurso especial (fls. 764/781) foi interposto com fundamento no art. 105, III, "c" da CF à alegação de dissídio entre o julgado e a jurisprudência do STJ que entende possível o controle incidental de constitucionalidade em sede de ação civil pública, bem como em relação à vedação de comercialização de produtos diversos de medicamentos em farmácias e drogarias.

Contrarrazões do recorrido às fls. 799/812 pela inadmissão/improvemento do recurso.

Agravo contra a inadmissão do recurso especial às fls. 830/842.

Sem contraminuta (certidão às fls. 845).

É o relatório. Passo a decidir.

O acórdão do TJMT manteve a sentença de improcedência da ação civil pública ao único fundamento de que incabível a análise da constitucionalidade de lei em sede de ação civil pública:

Independente da lei municipal, ser ou não inconstitucional, tenho que tal análise não

Superior Tribunal de Justiça

pode ser analisada em sede de Ação Civil Pública, mesmo porque, dúvidas ainda existem quando há legalidade da referida resolução, bem como, entre a resolução e Leis municipais e estaduais, de qual deve prevalecer.

O pedido principal formulado pelo Ministério Público na inicial da ação civil pública não busca a expressa declaração de inconstitucionalidade, mas pretensão diversa, *in verbis*:

"2. Que esse juízo proceda à regular tramitação do presente feito, condenando-se o Réu a realizar, de forma definitiva e periódica, as providências elencadas por ocasião do pedido de tutela de urgência de forma a fazer cessar a comercialização ilícita de quaisquer produtos ou serviços por farmácias e drogarias que estejam agindo em desacordo com as normas federais de vigilância sanitária pertinentes ao assunto".

Com efeito, na hipótese, é notório o dissídio, pois a jurisprudência firmada neste STJ diverge do Tribunal "a quo", admitido o controle incidental de constitucionalidade em sede de ação civil pública:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEI MUNICIPAL. NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO. ELEIÇÃO DE VIA ADEQUADA. CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE. POSSIBILIDADE.

1. Trata-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público contra o Município de Duque de Caxias e contra algumas empresas de ônibus ao argumento de que o serviço de transporte coletivo vem sendo prestado pelas empresas mediante termo de compromisso e obrigações há mais de quarenta anos, sem respeito à Lei de Licitações e à Constituição Federal. Requer-se a nulidade de todos os instrumentos delegatórios outorgados às empresas de ônibus sem a observância do procedimento licitatório e a declaração incidental de inconstitucionalidade da Lei Municipal n. 1469/69.

2. É pacífico o entendimento nesta Corte Superior no sentido de que a inconstitucionalidade de determinada lei pode ser alegada em ação civil pública, desde que a título de causa de pedir - e não de pedido -, uma vez que, neste caso, o controle de constitucionalidade terá caráter incidental. Precedentes.

3. Como se observa, o Parquet pugnou pela nulidade de todos os instrumentos delegatórios outorgados às empresas de ônibus sem a observância do procedimento licitatório. É evidente que o pedido de nulidade de todos os instrumentos delegatórios outorgados às empresas de ônibus sem a observância do procedimento licitatório não incide na hipótese em que o objeto é da ação é a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos. Nesse caso, nada impede que, como fundamento para a decisão, ocorra o controle incidental de constitucionalidade.

4. Recurso especial provido.

(REsp 1222049/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 26/04/2011, DJe 05/05/2011)

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA VISANDO A ANULAR ATOS ADMINISTRATIVOS CONCESSIVOS DE BENEFÍCIO FISCAL A DETERMINADA EMPRESA. TUTELA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. SÚMULA 329/STJ. CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE. CABIMENTO.

1. A restrição estabelecida no art. 1º, parágrafo único da Lei 7.347/85 ("Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos (...) cujos beneficiários podem ser individualmente determinados") diz respeito a demandas propostas em favor desses beneficiários. A restrição não alcança ação visando a anulação de atos administrativos concessivos de benefícios fiscais, alegadamente ilegítimos e prejudiciais ao patrimônio público, cujo ajuizamento pelo Ministério Público decorre da sua função institucional estabelecida pelo art. 129, III da Constituição e no art. 5º, III, b da LC 75/93, de que trata a Súmula 329/STJ.

Superior Tribunal de Justiça

2. A ação civil pública não pode ter por objeto a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos. Todavia, se o objeto da demanda é a declaração de nulidade de ato administrativo concreto, nada impede que, como fundamento para a decisão, o juiz exerça o controle incidental de constitucionalidade.

3. Recurso especial provido.

(REsp 760.034/DF, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 05/03/2009, DJe 18/03/2009)

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEI DISTRITAL 754/1994. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. CABIMENTO. PRECEDENTES.

1. Adequação da Ação Civil Pública ajuizada, com fundamento na inconstitucionalidade da Lei Distrital 754/1994, para impedir ocupações irregulares e obter indenização por danos causados ao meio ambiente e ao patrimônio público, cultural, estético, paisagístico, arquitetônico e social. Precedentes do STJ.

2. A jurisprudência da Primeira Seção firmou-se no sentido do cabimento de Ação Civil Pública para declaração incidental de inconstitucionalidade, desde que a controvérsia constitucional seja causa de pedir, fundamento ou questão prejudicial à resolução do litígio principal.

3. O controle de constitucionalidade difuso ou incidenter tantum, sem eficácia erga omnes, pode ser exercido por meio de Ação Civil Pública.

4. Recurso Especial provido.

(REsp 437.172/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 28/10/2008, DJe 07/04/2009)

Caracterizado, pois, o dissídio quanto à possibilidade de, se o caso, declaração incidental de inconstitucionalidade de lei em sede de ação civil pública, fica prejudicada a pretensão de que seja apreciado o dissenso quanto à matéria de fundo (comercialização por drogarias e farmácias de produtos diversos de medicamentos), pois ainda não apreciada a questão à luz desse novo fundamento.

Diante do exposto, com fulcro no art. 544, § 4º, II, "c", do CPC, conheço do agravo para dar parcial provimento ao recurso especial, reconhecendo a possibilidade de apreciação incidental de inconstitucionalidade de lei em sede de ação civil pública, determinando o retorno dos autos à Corte de origem, para, superada a questão, novo julgamento da apelação como entender de direito.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 13 de junho de 2012.

Ministro BENEDITO GONÇALVES
Relator