



Inconstitucionalidade só vale se declarada por maioria absoluta

O artigo 97 da [Constituição Federal de 1988](#) determina que a declaração de inconstitucionalidade de uma lei só pode ser definida pela maioria absoluta dos membros da corte. Com esse entendimento, a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça anulou acórdão do Tribunal de Justiça do Espírito Santo que havia considerado inconstitucional uma lei de Vitória.

Uma ação popular contra a Prefeitura de Vitória questionava lei municipal que permitia a contratação de empresas de transporte público sem licitação. As contratações sem seleção pública ocorriam mesmo depois da promulgação da Constituição de 1988, que exige o certame para concessões de serviço público.

A ação, julgada procedente em primeiro e segundo graus, pedia que os atos do Executivo municipal feitos com base na lei questionada fossem anulados. Segundo os autores da ação, as contratações sem licitação prejudicam os moradores da capital capixaba, pois algumas concessões foram feitas com prazo de 25 anos e possibilidade de prorrogação por igual período.

Para o relator do recurso no STJ, ministro Herman Benjamin, o problema da causa não é o mérito, mas a forma como a decisão foi tomada. O magistrado destacou que a declaração incidental de inconstitucionalidade, embora seja cabível em ação civil pública, não poderia ter sido reconhecida sem observar a reserva de Plenário.

Segundo o artigo 97 da Constituição Federal, a declaração de inconstitucionalidade pode ser definida apenas pela maioria absoluta dos membros de um tribunal, ou seja, não são válidas decisões nesse sentido proferidas por órgãos fracionários, como câmaras e turmas, por exemplo.

No caso, a declaração foi feita com a justificativa de que o Supremo Tribunal Federal já tem posição pacificada sobre o assunto, sendo desnecessário remeter a questão a Plenário. Na tese que foi aceita pelos ministros, as empresas de transporte alegaram que a declaração não poderia ter sido feita com base em decisões “avulsas” do STF.

Para Herman Benjamin, os argumentos são válidos, já que a dispensa da reserva de Plenário não foi feita com base em Súmula Vinculante ou julgamentos, com Repercussão Geral, proferidos pelo STF. A decisão da 2ª Turma foi contrária ao parecer do Ministério Público Federal, que havia opinado pela rejeição dos recursos.

“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”, explicou Benjamin.



Nos demais pontos dos recursos, a posição dos ministros foi de referendar as decisões de primeira e segunda instância. Por unanimidade, os ministros reconheceram que a ação popular pode ensejar a declaração incidental de inconstitucionalidade e não há necessidade de provas adicionais para demonstrar o dano à coletividade, já que, no caso, há presunção de lesividade ao patrimônio público.

Com a decisão, o processo retorna ao TJ-ES para que seja observado o procedimento necessário para a declaração incidental de inconstitucionalidade, de acordo com a instrução prevista no [Código de Processo Civil](#).

Clique [aqui](#) para ler o voto do relator.

REsp 1.559.292

Date Created

06/09/2016