

BOLETIM

Referências valiosas para você desenvolver o seu trabalho.

ISSN 2237-4515



CEPGE

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

MARÇO/ABRIL 2010

BOLETIM

Referências valiosas para você desenvolver o seu trabalho.



CEPGE

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

Expediente

Procuradoria Geral do Estado

Procurador Geral do Estado

Marcos Fábio de Oliveira Nusdeo

Procurador Geral do Estado Adjunto

Marcelo de Aquino

Procuradora do Estado Chefe de Gabinete

Carmen Lúcia Brandão

Subprocuradora Geral da Consultoria

Rosina Maria Euzebio Stern

Subprocurador Geral do Estado da Área do Contencioso Geral

Ary Eduardo Porto

Subprocurador Geral do Estado da Área do Contencioso Tributário-Fiscal

Eduardo José Fagundes

Procurador do Estado Corregedor Geral

José Luiz Borges de Queiroz

Procuradora do Estado Ouvidora Geral

Flávia Cherto Carvalhaes

Assessoria

Anadil Abujabra Amorim, Carla Maria Rossa Elias Rosa, Cristiana Correa Conde Faldini, Daniela Fernandes Anselmo Gonçalves Rodrigues, Fernanda Ribeiro de Mattos Luccas, Flávia Cherto Carvalhaes, Geraldo Alves de Carvalho, Guilherme Dario Russo Kohnen, Inês Maria Jorge dos Santos Coimbra, Jacqueline Zabeu Pedroso, Jaques Lamac, José Luiz Borges de Queiroz, Luciana Rita Laurenza Saldanha Gasparini, Olavo José Justo Pezzotti, Paola de Almeida Prado, Renato Kenji Higa, Renato Peixoto Piedade Bicudo, Rosely Sucena Pastore, Tatiana Gaiotto Madureira, Vera Lúcia Gonçalves Barbosa, Virgilio Bernardes Carbonieri e Wladimir Ribeiro Júnior.

Conselho da PGE

Marcos Fábio de Oliveira Nusdeo, Rosina Maria Euzebio Stern, Ary Eduardo Porto, José Luiz Borges de Queiroz, Eduardo José Fagundes, Marcos Mordini, Marcelo de Carvalho, Cristiana Margarete Wagner Mastrobuono, Antonio Augusto Benini, Clayton Eduardo Prado, Daniel Smolentzov, Fernando Franco, Rogério Pereira da Silva e José Renato Ferreira Pires.

Centro de Estudos

Procurador do Estado Chefe

Carlos José Teixeira de Toledo

Assessoria

João Carlos Pietropaulo, José Luiz Souza de Moraes e Roberto Ramos

Escola Superior da PGE

Diretora

Patricia Ulson Pizarro Werner

Vice-Diretora

Marily Diniz do Amaral Chaves

Comissão Editorial

Ana Paula Manenti Santos, Caio Cesar Guzzardi da Silva, Carla Maria Rossa Elias Rosa, Celso Luiz Bini Fernandes, Luciana Rita L. Saldanha Gasparini, Mara Regina Castilho Reinauer Ong, Maria Marcia Formoso Delsin, Patricia Ulson Pizarro Werner e Tatiana Capochin Paes Leme

Redação e Correspondência

Serviço de Divulgação do Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, procurador responsável José Luiz Souza de Moraes, Rua Pamplona, 227, 4º andar, CEP 01405-902 – São Paulo, SP, Tel. (11) 3286-7020, servicodedivulgacao@pge.sp.gov.br.

Projeto, produção gráfica e impressão

Imprensa Oficial do Estado de São Paulo

*Rua da Mooca, 1.921 – Mooca
03103-902 – São Paulo – SP – Brasil
sac 0800 01234 01
sac@imprensaoficial.com.br
livros@imprensaoficial.com.br
www.imprensaoficial.com.br*

Tiragem: 1.800 exemplares

As colaborações poderão der encaminhadas diretamente ao Serviço de Divulgação do Centro de Estudos. Os artigos jurídicos, pareceres e peças processuais somente serão publicados com a aprovação da Comissão Editorial, e as opiniões neles contidas são de exclusiva responsabilidade dos respectivos autores, não vinculando a Administração Pública.

Editorial

Corregedoria: Desafios e Metas	55
--------------------------------------	----

Cursos e Eventos

Cursos do Centro de Estudos.....	57
Eventos em parceria com outras instituições	59

Peças e Julgados

Sequestro de Rendas Públicas – Precatório Alimentar	61
---	----

Ementário

Consultoria.....	79
Contencioso Geral	82
Contencioso Tributário-fiscal	96

Corregedoria: Desafios e Metas

A Corregedoria Geral da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, como órgão superior da Instituição, pode e deve colaborar para o engrandecimento da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

Nomeado para o cargo de Corregedor Geral em 1º de março de 2010, estou plenamente convencido que a administração dos recursos humanos, no que concerne aos Procuradores do Estado, depende da Corregedoria Geral para identificação das múltiplas realidades existentes na Instituição.

Em meu discurso de posse procurei enfatizar que após vinte anos de carreira me sinto à vontade para confessar que fiz muitos amigos e que pretendo comandar a Corregedoria de forma serena e com muito equilíbrio.

Como primeiro desafio a ser enfrentado, destaco a necessidade de reiniciar, o mais rápido possível, o cronograma de correições ordinárias, com o objetivo de verificar o cumprimento das atribuições funcionais por parte dos Procuradores, a fim de que sejam colhidos subsídios visando ao estabelecimento de diretrizes para otimização da atuação institucional.

Ressalto a importância da presença do Corregedor Geral para conferir a realidade da Carreira, assim como identificar as dificuldades e as boas práticas, bem como a eventual falta de estrutura material e de pessoal nas instalações das Unidades, e aferir a conduta dos membros da Instituição, enfatizando uma atuação preventiva.

De outro lado, procurei deixar claro naquele pronunciamento que a Corregedoria Geral exercerá seu papel punitivo ou repressor sempre que considerar necessário para correção de eventuais desvios de conduta devidamente identificados.

No decorrer de minha vida profissional na Procuradoria Geral do Estado de São Paulo conheci e vivenciei a forma de atuar de vários Corregedores Gerais e pretendo extrair dessas experiências lições sobre a melhor forma de conduzir a Corregedoria Geral em minha gestão.

Confesso certa ansiedade pelo gigantismo e importância da tarefa, mas também a certeza de que procurarei me dedicar ao máximo para desempenhá-la da melhor forma, sendo que para o cumprimento dessa verdadeira missão considero absolutamente indispensável o auxílio das chefias.

De fato, tendo em vista a estrutura hierarquizada da Procuradoria Geral do Estado, não vejo nenhuma perspectiva de um desempenho satisfatório da

Corregedoria sem o auxílio das chefias, sejam as chefias de Unidade, de Subprocuradoria ou de Seccional, pois as vejo como os primeiros Corregedores, aqueles que estão mais próximo da realidade diária dos Procuradores e experimentam de perto as dificuldades materiais e humanas da estrutura da Carreira, motivo pelo qual conto com a colaboração e auxílio desses colegas abnegados que aceitaram o ônus do exercício de um cargo que mescla funções de zelador de prédio com terapeuta ocupacional especializado, ou verdadeiro psiquiatra com anos de experiência e advogados brilhantes.

Como se vê, a Carreira de Procurador do Estado é estimulante pelas possibilidades diárias do exercício da advocacia em diversos níveis de complexidade, e envolvente demais para não deixar saudades nos colegas que se afastaram dela, qualquer que tenha sido o motivo.

Sempre exerci o cargo de Procurador do Estado convencido de ter efetuado a escolha correta, pois sempre gostei da advocacia e me identifiquei plenamente com a advocacia pública, e, agora em nova e intrigante função, tenho a expectativa de ampliar essa identificação com o conhecimento mais aprofundado do funcionamento da Procuradora Geral do Estado de São Paulo.

Dessa forma, diante do desafio imenso que representa o desempenho da função de Corregedor Geral na Procuradora Geral do Estado de São Paulo de forma útil e equilibrada, tenho como meta o envolvimento de todos os colegas no correto cumprimento de suas atribuições funcionais, para o engrandecimento da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

JOSÉ LUIZ BORGES DE QUEIROZ
Corregedor Geral da Procuradoria Geral
do Estado de São Paulo

Cursos do Centro de Estudos

14.01 – Treinamento Concurso de Promoção de Servidores da PGE.

27, 28 e 29.01 – Contratos de Serviços de TI, em Brasília.

05.03 – Curso de Especialização *Lato Sensu* em Direito Constitucional: Apresentação do curso e fixação das regras para os seminários. Aula magna – Reflexão sobre o direito constitucional contemporâneo.

05.03 – Filosofia/TGD: Platão – Vida e obra. Notas introdutórias à filosofia. Platão – Livro I da República.

12.03 – Curso de Especialização *Lato Sensu* em Direito Constitucional: Seminário – História e desenvolvimento do constitucionalismo. Teoria da Constituição – uma visão geral dos autores clássicos e contemporâneos.

12.03 – Filosofia/TGD: Seminário: Método estruturalista em filosofia. Aristóteles – Vida e obra. Aristóteles – Ética a Nicômaco, Livro V.

18, 19, 20 e 21.03 – II Encontro Regional das Carreiras Jurídicas e Órgãos Técnicos do Estado de São Paulo com Atuação nas Áreas Ambiental e Urbanística.

19.03 – Curso de Especialização *Lato Sensu* em Direito Constitucional: Seminário – Hermenêutica constitucional: conceito e visão crítica.

19.03 – Filosofia/TGD: A crise da metafísica, imperativo categórico e reino dos fins. Kant e o direito.

26.03 – Curso de Especialização *Lato Sensu* em Direito Constitucional: Seminário – O princípio da dignidade da pessoa humana como vetor de interpretação. A interpretação constitucional dos direitos fundamentais sociais – limites da justiça x eficácia dos direitos fundamentais sociais.

26.03 – Filosofia/TGD: Elementos históricos do Estado. Fundamentos do Estado moderno.

30.03 - Curso de Especialização *Lato Sensu* em Direito Humanos: Liberdades individuais e direitos humanos.

30.03 – Curso de Especialização *Lato Sensu* em Processo Tributário: Competência do órgão do julgamento. Controle de constitucionalidade em matéria

tributária e o dever de ofício de aplicação da legislação tributária pelo agente fiscal de rendas. Dos recursos administrativos em geral.

31.03 – Curso de Especialização *Lato Sensu* em Direito Processual Civil: Tutela cautelar. Principais ações cautelares típicas para assegurar execução para pagamento de quantia: arresto, seqüestro e indisponibilidade de bens. Antecipação de tutela. Antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional fundada no perigo de dano. Efeitos antecipáveis. Antecipação de soma. Antecipação em ações declaratórias e constitutivas. Requisitos: receio de dano, verossimilhança da alegação e prova inequívoca da verossimilhança. Limites da irreversibilidade. A efetivação da tutela antecipatória e a quebra do princípio da tipicidade.

01.04 – Didática: Novos paradigmas para a educação do século XXI. Textos e vídeo de Edgar Morin.

01.04 – Filosofia: A virada paradigmática e a pós-modernidade: nova lógica. O direito na pós-modernidade.

09.04 – Curso de Especialização *Lato Sensu* em Direito Constitucional: A normatividade da Constituição Federal sob o paradigma do constitucionalismo contemporâneo.

09.04 – Filosofia/TGD: Marx – Introdução. Marx e o Estado.

16.04 – Curso de Especialização *Lato Sensu* em Direito Constitucional: Seminário – Conceito de princípios constitucionais: extensões e limites.

16.04 – Filosofia/TGD: Rawls – Vida e obra. Teoria da justiça em Rawls.

20.04 – Curso de Especialização *Lato Sensu* em Processo Tributário: Contencioso administrativo e processo judicial tributário. Independência e interferência de instâncias. Ações cíveis. Ações penais. Efeitos da decisão administrativa sobre as ações judiciais. Efeitos da decisão judicial sobre o procedimento administrativo.

20.04 – Curso de Especialização *Lato Sensu* em Direitos Humanos: Sistema de defesa do consumidor e direitos humanos. Poder Judiciário e efetivação dos direitos humanos.

22.04 – Filosofia: Aristóteles – Ética a Nicômaco, Livro V.

23.04 – Curso de Especialização *Lato Sensu* em Direito Constitucional: Princípios da ponderação e razoabilidade.

23.04 – Filosofia TGD: Weber – Vida e obra. Desmagnificação.

23.04 – Curso de Especialização *Lato Sensu* em Direito Constitucional: Hermenêutica constitucional, democracia e separação dos poderes. Weber – Legitimação e racionalidade.

23.04 – Curso de Especialização *Lato Sensu* em Direito Constitucional: Seminário – Princípios da ponderação e da razoabilidade.

23.04 – Filosofia/ TGD: Seminário – Rousseau – Vida e obra. Contratualismo. Do contrato social.

30.04 – Curso de Especialização *Lato Sensu* em Direito Constitucional: Seminário – Teoria do poder constituinte: introdução.

30.04 – Filosofia/TGD: Weber – Legitimação e racionalidade.

Eventos em parceria com outras instituições

01, 02, 03, 04, 05, 08, 09 e 10.02 – Treinamento para utilização do Sistema PGE.net, promovido pela Softplan.

22, 23, 24 e 25.02 – A Execução e a Fazenda Pública, promovido pela Associação dos Advogados de São Paulo.

24, 25 e 26.02 – Gestão Documental e Arquivo, promovido pela Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo.

22 e 23 e 25 e 26.02 – Treinamento para utilização do Sistema PGE.net, promovido pela Softplan.

01.03 – 1ª Reunião Preparatória para o XXXVI Congresso Nacional de Procuradores do Estado.

01, 02, 03, 04, 05 e 08.03 – Treinamento para utilização do Sistema PGE.net, promovido pela Softplan.

02 e 04.03 – O Novo Regime de Pagamento de Precatórios e as Obrigações de Pequeno Valor: Emenda dos Precatórios, promovido pela Associação dos Advogados de São Paulo.

06.03 – Nova Lei do Mandado de Segurança e Prática, promovido pela Escola Superior de Advocacia.

08, 09, 10, 11, 15, 16, 17 e 18.03 – Licitação e Gestão de Contratos, promovido pela Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo.

09.03 a 07.05 – Contabilidade Pública Governamental Avançada, promovido pela Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo.

15, 16 e 17.03 – III Congresso CONSAD de Gestão Pública.

15, 16 e 17.03 – IV Encontro Anual do Fórum Brasileiro de Segurança Pública.

15, 16, 17 e 18.03 – V Congresso Brasileiro de Pregoeiros, promovido pela NP Eventos e Serviços.

18 e 19, 25 e 26.03 – Gestão Orçamentária e Financeira, promovido pela Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo.

22 e 23, 24, 25 e 26.03 – Treinamento para utilização do Sistema PGE.net, promovido pela Softplan.

26.03 – I Encontro Gaúcho da Advocacia Pública e V Encontro Regional da IBAP.

25 e 26.03 – Treinamento para utilização do Sistema PGE.net, promovido pela Softplan.

29, 30 e 31.03 – Procedimento Disciplinar Administrativo, promovido pela Associação dos Advogados de São Paulo.

05, 06, 07, 08, 12, 13, 14 e 15.04 – Informática Básica, promovido pela Associação dos Advogados de São Paulo.

05, 06, 07 e 08.04 – Licitação e Gestão de Contratos.

12, 13, 14 e 15.04 – Treinamento para utilização do Sistema PGE.net, promovido pela Softplan.

14 e 15.04 - Seminário – O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas promovido pelo CEBEPEJ.

26, 27, 28, 29 e 30.04 – Treinamento para utilização do sistema PGE.net, promovido pela Softplan.

26 e 27.04 – Excel 2007 – Intermediário, promovido pela Compu-Class.

29 e 30.04 – Word 2007 – Intermediário, promovido pela Compu-Class.

29 e 30.04 e 01.05 – 8º Congresso Internacional de Direito Constitucional – Federalismo e Separação de Poderes: Avanços e Retrocessos, promovido pela EBEC.

Sequestro de Rendas Públicas – Precatório Alimentar

Excelentíssimo Senhor Doutor Desembargador Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Mandado de Segurança n. 169.247-0/0-00/São Paulo

Impetrante: Estado de São Paulo

Impetrado: Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo

O Estado de São Paulo, nos autos do processo em epígrafe, em que figura como impetrado o Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e, como litisconsorte, João Leite de Faria, em face do decidido no v. acórdão (...) que denegou a segurança pretendida, vem, mui respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, por seus Procuradores ao final assinados, com fundamento nos artigos 105, II, “b” da Constituição Federal, 866 do RITJESP e 539 e seguintes do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei n. 8.950/94, interpor recurso ordinário constitucional para o Colendo Superior Tribunal de Justiça, pelas razões de fato e de direito a seguir expostas, requerendo seu recebimento, regular processamento e remessa ao tribunal *ad quem*.

Nesses Termos,
Pede Deferimento
São Paulo, 20 de maio de 2009

WLADIMIR RIBEIRO JUNIOR
Procurador do Estado

FERNANDA RIBEIRO DE MATTOS LUCAS
Procuradora do Estado

LUCIA CERQUEIRA ALVES BARBOSA
Procuradora do Estado

SIDNEI PASCHOAL BRAGA
Procurador do Estado

Razões de recurso ordinário

Egrégio Tribunal,
Eminentes Ministros,

Do cabimento do recurso

A Carta Política em vigor inseriu em seu Título II, reservado para a enunciação dos direitos e garantias fundamentais, a norma do artigo 5º, consagrada à afirmação dos princípios da igualdade perante a lei, da garantia do direito à vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade. A concreção desses princípios encontra-se inscrita nos incisos do preceito, dentre os quais se destacam:

“XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

(...)

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

(...)

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”

Portanto, vê-se que a garantia constitucional do devido processo legal não se exaure com a decisão do tribunal *a quo*, mas vai além, abrangendo também o direito recursal de ver a decisão desfavorável submetida ao crivo dos tribunais superiores. De outro norte, a decisão que denegou a segurança pleiteada não foi prolatada em única ou última instância e, mesmo versando sobre matéria constitucional, eventual recurso extraordinário para o Colendo Supremo Tribunal Federal depende da matéria ser submetida primeiramente à apreciação do Colendo Superior Tribunal de Justiça, por meio de recurso ordinário.

Dos fatos

O Estado de São Paulo aviou *mandamus* com o objetivo de invalidar decisão do Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, monocraticamente, concedeu decisão liminar de sequestro de rendas formulado por João Leite de Faria, para a satisfação de precatório alimentar pendente de pagamento, apesar de não se configurar, e de nem sequer ter sido alegada, preterição de pagamento autorizadora de tão excepcional medida.

Alegando necessitar do seu pagamento imediato para o custeio de despesas com tratamento médico de moléstia de natureza grave, o requerente pediu o sequestro das rendas do recorrente, e, por ato do recorrido, obteve o seu deferimento liminar, do que adveio o sequestro de R\$ 439.256,41.

Veja-se que, a teor do disposto no parágrafo 2º do artigo 100 da Carta da República, que dispõe sobre o regime geral de execução contra a Fazenda Pública – no qual se enquadra o precatório cujo sequestro foi deferido –, o fato constitutivo do direito ao sequestro é a quitação de um precatório mais recente, a dano de um precatório melhor posicionado na ordem cronológica de apresentação. Já o fundamento acrescido pela Emenda Constitucional n. 30 para o deferimento de sequestro, nos termos do artigo 78, parágrafo 4º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, é o vencimento do prazo para pagamento ou a omissão na inclusão do décimo do crédito executado no orçamento público, sendo tal inovação aplicável, todavia, apenas aos precatórios submetidos ao parcelamento decenal estabelecido por aquele mesmo dispositivo, ou seja, apenas para os precatórios de natureza não alimentar, decorrentes de ações ajuizadas até 31 de dezembro de 1999, não se aplicando, portanto, ao precatório de que se cuida.

Além disso, veja-se que o sequestro de rendas é uma medida grave, que pressupõe não só a certeza da sua causa de pedir – qual seja, a *preterição de pagamento ou o seu inadimplemento*, como previsto nos artigos 100, parágrafo 2º, do corpo permanente, e 78, parágrafo 4º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal –, mas também a inequívoca demonstração da certeza, da liquidez e da exigibilidade do montante a ser sequestrado, de tal modo que o seu deferimento só pode ocorrer se presentes os requisitos constitucionais que o autorizam, não compadecendo o instituto com qualquer interpretação extensiva.

Todavia, resultou a efetivação do sequestro, em caráter liminar e cunho evidentemente satisfativo, sem que o recorrente tenha tido oportunidade para prévia manifestação e defesa. Com isso, o processado se deu à margem do procedimento previsto na legislação processual, resultando em inequívoca violação do devido processo legal e inaceitável supressão do direito de defesa do recorrente, que sequer foi chamado a integrar a relação processual, e só soube do processado em razão da constrição sofrida.

Portanto, com a devida vênia, o ato do Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo foi exarado com manifesto abuso de poder, e está eivado de ilegalidades, por violar o disposto pela Constituição Federal, não só em seu artigo 100, parágrafo 2º, que disciplina o pagamento de precatórios pela Fazenda Pública, mas também em seus artigos 165, 166 e 167, II e VI, que estabelecem as regras do orçamento e da realização das despesas públicas, bem como em seu artigo 5º, XXXV, LIV e LV, que assegura o direito à jurisdição e ao devido processo legal, e em seu artigo 2º, que estatui a separação e independência dos poderes da República, como adiante será minudentemente demonstrado.

Do direito

Da violação da disciplina do pagamento de precatórios (art. 100, § 2º, da CF)

Esclarece Pontes de Miranda que providência tão grave como o sequestro, que importa em transferência forçada de recursos públicos para o particular,

demanda a configuração plena dos seus pressupostos legais, sem comportar qualquer extensão subjetiva. Assim adverte o referido autor, *in verbis*:

“O sequestro é a medida de força, utilizada apenas no caso de preterição quanto à ordem dos pagamentos. No caso de a pessoa jurídica de direito público deixar de atender o disposto no parágrafo 1º do artigo 100 da Constituição Federal de 1988, a medida para satisfazer o débito não é absolutamente o sequestro. Isto é importante de ser comentado, em virtude de o dia a dia ter demonstrado a utilização do sequestro por parte de alguns tribunais e, até mesmo, por juízos singulares para satisfazer dívida executada não paga. Trata-se, certamente, de um absoluto equívoco ou má interpretação das disposições constitucionais.

O sequestro não pode ser utilizado no caso de as entidades de direito público não terem incluído no orçamento a verba necessária ao pagamento de seus débitos constantes de precatórios judiciais, apresentados até 1º de julho, e/ou não terem feito o pagamento até o final do exercício seguinte.” (grifos do recorrente)

A propósito, observe-se que o parágrafo 2º do artigo 100 da Constituição Federal, mesmo antes na nova redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional n. 30/2000, já estabelecia, de forma taxativa, que o sequestro somente é admissível na hipótese de preterimento do direito de precedência do credor. Confira-se a atual redação do dispositivo, *in verbis*:

“Artigo 100 - (...)
(...)

§ 2º - As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados diretamente ao Poder Judiciário, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão executiva determinar o pagamento segundo as possibilidades do depósito, e *autorizar, a requerimento do credor, e exclusivamente para o caso de preterimento de seu direito de precedência, o sequestro da quantia necessária à satisfação do débito.*” (grifos do recorrente)

Exsurge cristalino que tanto o constituinte originário quanto o reformador não foram pródigos na autorização do sequestro, prevendo-o *exclusivamente* para o caso de preterimento de direito de precedência, em hipótese que só se caracteriza pela quitação de um precatório posterior, antes de outro antecedente na ordem cronológica dos pagamentos da devedora.

A *única exceção* a tal regra está na hipótese de sequestro prevista no parágrafo 4º do artigo 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, acrescentado às disposições transitórias da Constituição Federal de 1988 pela Emenda Constitucional n. 30/2000, porém, conforme se deflui da sua interpretação sistemática, apenas aos casos excepcionados pelo próprio dispositivo, que somente pode ser aplicado, portanto, às prestações anuais e sucessivas em que serão liquidados os precatórios

não alimentares submetidos ao parcelamento decenal, sem comportar qualquer interpretação extensiva, dada a própria natureza no instituto do sequestro.

Desse modo, em se tratando de precatório de natureza alimentícia, conclui-se que é incabível o sequestro em decorrência de falta de pagamento no exercício financeiro correspondente (*caso em que a Constituição Federal prevê o instituto próprio, a saber, intervenção federal*), restando possível o sequestro somente no caso de preterimento de direito de precedência, na hipótese de quitação de um precatório posterior, antes de outro antecedente na ordem cronológica dos pagamentos da entidade devedora. Assim, claramente inadequada a via eleita pelo beneficiário do sequestro.

Vale reiterar que no pedido de sequestro de que se cuida, não foi indicado qualquer precatório paradigma, não havendo como se configurar, portanto, a única hipótese constitucionalmente aplicável para ensejar o sequestro de rendas públicas.

Não bastasse isso, vale observar que sobre essa matéria, ainda sob a égide da ordem constitucional anterior, decidiu o Supremo Tribunal Federal ser incabível o sequestro de rendas públicas em caso de inexistência de preterição a direito de preferência, como se vê do julgamento do Recurso Extraordinário n. 103.659/SP:

“Sequestro de rendas municipais, para atender à condenação em correção monetária (estipulada em Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional), a despeito de já ter sido pago o valor nominal, em cruzeiros. Impossibilidade da providência, por não ocorrer preterição do direito de preferência (art. 117, § 2º, da CF). Precedente do Supremo Tribunal Federal: RE n. 103.684 (Pleno).”

Se essa já era a exegese da regra em questão, com maior razão deve manter-se agora, tendo em vista a redação dada ao parágrafo 2º do artigo 100 da Constituição Federal, explicitando que o sequestro depende de requerimento do credor, cabendo exclusivamente para o caso de preterimento do seu direito de precedência. Com efeito, assim também já foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI n. 1662-7, em que foi suspensa a eficácia dos incisos III e XII da Instrução Normativa n. 11/97 do Tribunal Superior do Trabalho, por se entender que o sequestro de rendas públicas só é cabível em caso de preterição de pagamento, e não em razão do simples não pagamento do precatório. Confira-se, *in verbis*:

“Inconstitucionalidade. Instrução Normativa n. 11/97, aprovada pela Resolução n. 67, de 10.04.1997, do Órgão Especial do Tribunal Superior do Trabalho, que uniformiza procedimentos para a expedição de precatórios e ofícios requisitórios referentes às condenações decorrentes de decisões trânsitas em julgado.

1. Item III: *a equiparação da não inclusão no orçamento das verbas relativas a precatórios, ao preterimento do direito de precedência, cria, na verdade, nova modalidade de sequestro, além da única prevista na Constituição (parte final do § 2º do art. 100); além disto, não se*

concebe no direito constitucional brasileiro a efetivação de sequestro ouvindo-se exclusivamente o Ministério Público, sem observância do contraditório.

Na ocorrência da hipótese, a Constituição prevê intervenção federal no Estado (art. 34, VI).

2. *O mesmo ocorre com a equiparação que o item XII denomina de pagamento inidôneo (a menor, sem a devida atualização ou fora do prazo legal).*

3. O item VIII, alínea 'b', ao estabelecer que ao Presidente do Tribunal Regional compete: (...) b) determinar, de ofício a requerimento das partes, a correção de inexactidões materiais ou a retificação de erros de cálculo, alcança, apenas, a correção das diferenças resultantes de erros materiais ou aritméticos ou de inexactidões dos cálculos dos valores dos precatórios, não podendo alcançar o critério adotado para a elaboração dos cálculos nem a adoção de índices de atualização monetária diversos do que foram utilizados na primeira instância, tal como decidido por este Tribunal ao examinar o artigo 337, III, VI e VII, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça paulista (ADI n. 1.098, j. 11.09.1996).

4. Não é considerada discriminatória a exigência de cumprimento da obrigação prevista na Constituição paulista (art. 57, § 3º), no sentido de que os créditos de natureza alimentícia serão pagos de uma só vez, devidamente atualizados até a data do efetivo pagamento. Precedentes do Plenário (ADI MC n. 446/SP e RE n. 189.942/SP) e das Turmas.

5. Medida cautelar deferida, em parte, para suspender a eficácia dos itens III e XII, e para dar interpretação conforme à alínea 'b' do item VIII, todos da Instrução Normativa n. 11/97, do Tribunal Superior do Trabalho, com efeito *ex nunc*, até o julgamento final da ação." (STF – ADI MC n. 1.662/SP, Tribunal Pleno, rel. Ministro Maurício Corrêa, j. 11/09/1997, DJ, de 20.03.1998, p. 4) (grifos do recorrente)

O sequestro, porém, foi deferido com fundamento em alegada necessidade de pagamento imediato, e isso não pode ser confundido com preterição:

“O sequestro é a medida de força, utilizada apenas no caso de preterição quanto à ordem dos pagamentos. No caso de a pessoa jurídica de direito público deixar de atender o disposto no parágrafo 1º do artigo 100 da Constituição Federal de 1988, a medida para satisfazer o débito não é absolutamente o sequestro. Isto é importante ser comentado, em virtude de o dia a dia ter demonstrado a utilização do sequestro por parte de alguns tribunais e, até mesmo, por juízos singulares para satisfazer dívida executada não paga. Trata-se, certamente, de um absoluto equívoco ou má interpretação das disposições constitucionais.

O sequestro não pode ser utilizado no caso de as entidades de direito público não terem incluído no orçamento a verba necessária ao pagamento de seus débitos constantes de precatórios judiciais, apresentados até 1º de julho, e/ou não terem feito o pagamento até o final do exercício seguinte.” (Américo Luís Martins da Silva, *Do precatório-requisitório na execução contra a Fazenda Pública*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 129).

Como visto, a Constituição Federal estabelece de forma taxativa, no artigo 100, parágrafo 2º, que o sequestro somente pode ser decretado a requerimento do credor,

no caso de preterimento do seu direito de precedência. Dessa forma, impossível se confundir o quadro de não pagamento de precatório com aquele que legitima o sequestro, pois naquele caso a medida constitucional prevista é a intervenção federal. Neste, é patente a intenção da quebra da ordem de precedência, favorecendo credores recentes em prejuízo de antigos. Naquele, existe apenas o inadimplemento, que não pode ser solucionado pelo sequestro de rendas públicas.

Demonstrada, pelo exposto, a ausência de preterição, e tratando-se apenas de não pagamento de precatório, tem-se que a decisão que decretou o sequestro violou o artigo 100, parágrafo 2º, da Constituição Federal, e desafia a autoridade da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI n. 1.662-7, não podendo portanto prevalecer.

Da violação das regras do orçamento e da realização das despesas públicas (arts. 165, 166 e 167, II e VI, da CF)

A Constituição Federal, como já exposto, contém princípios e normas que não podem ser interpretados isoladamente, mas em consonância com o princípio da unidade e do efeito integrador do sistema constitucional.

Em razão dessa necessária integração, a Administração Pública, em suas atividades, está condicionada por uma série de princípios e diretrizes. Além dos inscritos no artigo 37 da Lei Maior, merecem destaque os princípios orçamentários da universalidade e periodicidade.

A Constituição Federal de 1988 conferiu importância ao orçamento como instrumento de governo, seja para o desenvolvimento econômico, seja para o social e político, antepondo à ação da Administração os seguintes preceitos:

- nada pode ser pago sem autorização orçamentária, nem além dos valores orçamentariamente limitados (art. 167, II);
- a desobediência de qualquer dessas duas limitações (despesa sem autorização ou além da autorização) constitui crime de responsabilidade (art. 85, VI);
- a abertura de créditos adicionais depende de autorização legislativa (art. 166);
- é vedada a abertura de crédito suplementar ou especial sem prévia autorização legislativa e sem indicação de recursos correspondentes (art. 67, V);
- é vedada a transposição, o remanejamento ou transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa (art. 167, VI).

O saudoso Celso Ribeiro Bastos ensina que:

“A regra geral fundamental é que a realização de despesa depende de previsão na lei orçamentária. O artigo 167 da Constituição proíbe, taxativamente, a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários

ou adicionais (inc. II), assim como o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual (inc. I). Daí resulta o princípio da legalidade: nenhuma despesa pode ser levada a efeito sem lei que a autorize e que determine o seu montante máximo. Note-se que a autorização para que se efetive a despesa não significa o dever de o administrador levá-la a efeito. Pode perfeitamente considerar não oportuna a sua realização. O controle dos limites máximos permanece, contudo, firmemente enfeixado nas mãos do Legislativo. Basta que se considerem os seguintes dispositivos constitucionais, que vedam: ‘a abertura de crédito suplementar ou especial sem prévia autorização do legislativo e sem indicação dos recursos correspondentes’ (art. 167, V).” (*Curso de direito financeiro e de direito tributário*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, p. 31-32).

Os valores devidos por conta de condenações judiciais, como todas as demais despesas públicas, devem ser previstos no orçamento anual, que constitui a autorização necessária e imprescindível para a aplicação dos recursos públicos. E, para pagamento de débito judicial que não seja de pequeno valor, a única forma constitucionalmente prevista para a inscrição de recursos no orçamento público é pela expedição de precatório, sempre incluído em orçamento vindouro, e atendido de acordo com a ordem cronológica de apresentação.

Afinal, o artigo 100 da Constituição Federal elege o princípio da anualidade e da anterioridade para o pagamento das sentenças judiciais, ao dispor ser “obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos constantes de precatórios judiciais, apresentados até 1º de julho”.

Devido ao sequestro, portanto, o recorrente teve verbas constrangidas sem previsão orçamentária e financeira, em detrimento do cumprimento de obrigações outras com previsão orçamentária, em função da medida inconstitucionalmente determinada, que fere os artigos 165, 166 e 167, II e VI, da Lei Maior, uma vez que obriga a Administração Pública a efetuar despesa não prevista no orçamento, pelo que, também sob esse prisma, o ato impugnado não tem como prevalecer.

Da violação do princípio da separação de poderes (art. 2º da CF)

Ao decretar sequestro sem previsão constitucional, pelo ato impugnado, o Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo não fez aplicação da norma, nem integrou lacuna existente no ordenamento. Mais do que isso, a um só tempo se substituiu ao legislador, ao admitir a possibilidade de sequestro em hipótese não prevista pela Lei Maior, e se substituiu ao administrador público, na ordenação da despesa correspondente – realizada a *manu militari* –, ferindo assim o princípio da separação de poderes, estatuído pelo artigo 2º da Lei Maior.

Da inobservância do direito à jurisdição e do direito ao devido processo legal (art. 5º, XXXV, LIV e LV, da CF)

Com efeito, e consoante já exposto, quando o curso do processo de sequestro se desviou do procedimento estabelecido no regimento interno do tribunal e na legislação processual, e pelo ato impugnado se determinou que fosse liminarmente efetivado, com caráter evidentemente satisfativo, sem que ao recorrente fosse dada oportunidade para prévia manifestação e defesa, houve inobservância do devido processo legal, com supressão do contraditório e cerceamento do direito de defesa, em flagrante e gravíssima violação dos princípios e garantias estatuídos no artigo 5º, XXXV, LIV e LV, da Constituição Federal.

O sequestro, apesar de ser uma medida atípica, é previsto constitucionalmente, regulado no regimento interno de cada tribunal, e também se submete aos regramentos das demais ações, consoante previsto na legislação processual. No caso presente, todavia, tal regramento não foi observado, pois o trâmite se deu em desacordo com o procedimento estabelecido, sem que o recorrente tenha sido chamado a prestar informações, ou sequer intimado do ato impugnado, que resultou na constrição de suas verbas.

Dessa forma, a falta de intimação da Fazenda Pública infringe a legislação processual e macula de nulidade insanável tudo o que se processou à sua revelia, por implicar em afronta ao devido processo legal, e evidente cerceamento de defesa. Veja-se a propósito que a Carta Política em vigor inseriu, dentre os direitos e garantias fundamentais enunciados em seu artigo 5º, o direito à jurisdição: “XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”

Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci comentam esse preceito: “Consagra-se neste, uma vez mais, e de modo inarredável, um dos mais importantes direitos subjetivos materiais conferidos pelo Estado aos membros da comunidade, qual seja o direito à jurisdição.” (*Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo*, São Paulo: Saraiva, 1989, p.12).

Após considerações acerca desse direito à jurisdição e da distinção entre ação da parte e processo, adiante os autores concluem:

“Isso expendido, não se pode deixar de ter presente, outrossim, que a Constituição Federal, no aludido artigo 5º, inciso XXXV, estabelece, *in genere*, relacionamento jurídico entre o Estado e o membro da comunhão social – relação de direito judiciário material. Nele, a titularidade do direito subjetivo (situação jurídica ativa), ou seja, do direito à jurisdição, é conferida à pessoa física ou jurídica, integrante da coletividade. E a do dever de prestação jurisdicional (situação jurídica passiva), ao Estado, que o efetiva pelos órgãos do Poder Judiciário.

Estabelecido em potência (como todo direito subjetivo – *facultas agendi*), o direito do jurisdicionado se dinamiza (coloca-se em ato) com o respectivo exercício, ou seja, pela ação da parte.

Esta – ação do autor – origina a ação judiciária, que se efetiva através do processo, único meio de aplicação do direito aos casos ocorrentes, por obra dos órgãos jurisdicionais, e complemento inarredável do preceito constitucional que o inspira, garantia concreta de sua realização.”

Essas considerações, naturalmente, conduzem para a caracterização da garantia do devido processo legal:

“Sendo, como visto, o processo a garantia outorgada pela Constituição Federal à efetivação do direito (subjetivo material e público) à jurisdição, impõe-se, já agora, sua consideração como encartado no *due process of law*.

Trata-se esta – em vernáculo, devido processo legal – de difundida locução mediante a qual se determina a imperiosidade, num denominado Estado de Direito, de:

- (a) elaboração regular e correta da lei, bem como de sua razoabilidade, senso de justiça e enquadramento nas preceituações constitucionais (*substantive due process of law*, segundo o desdobramento da concepção norte-americana);
- (b) aplicação judicial da lei através de instrumento hábil à sua interpretação e realização, que é o processo (*judicial process*);
- (c) assecuração, neste, da paridade de armas entre as partes, visando à igualdade substancial.

Apresenta-se ela, ademais, relativamente ao processo judicial, como um conjunto de elementos indispensáveis para que este possa atingir, devidamente, sua finalidade compositiva de litígios (em âmbito extrapenal) ou resolutória de conflitos de interesse de alta relevância social (no campo penal).

(...)

Em síntese, e naquilo que de perto interessa ao estudo desenvolvido, constituindo marcante página da história da liberdade, a garantia constitucional do devido processo legal deve ser uma realidade em todo o desenrolar do processo judicial, de sorte que ninguém seja privado de seus direitos, a não ser que no procedimento em que este se materializa se verifiquem todas as formalidades e exigências em leis previstas.”

Mas a Constituição em vigor foi mais longe e tornou explícita a garantia do *due process of law*, enunciando-a no referido artigo 5º: “LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;”

Vale mencionar, a propósito, que o direito de defesa é garantido não só pelo *due process of law*, mas também por disposição autônoma do mesmo artigo 5º: “LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”

O comentário é, ainda uma vez, de Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci:

“A garantia da defesa, que se faz, também, uma das exigências impostergáveis do *due process of law*, corresponde a um postulado considerado ‘eterno’, e, mais do que

qualquer outro, ‘encarna, no seio das mais diferentes culturas jurídicas, dois mil anos de história processual’.

Realmente, ninguém pode ser privado da liberdade ou de seus bens, sem que se lhe propicie a produção de ampla defesa (*nemo inauditus damnari potest*), e por via de consequência, esta só poderá efetivar-se em sua plenitude com o estabelecimento da participação ativa e contraditória dos sujeitos parciais em todos os atos e termos do processo.

(...)

A garantia da plenitude de defesa, como ressaltado, deve ser complementada pelo direito à prova – mais especificamente, direito à prova legitimamente obtida ou produzida –, do qual emerge o fundamento prático do contraditório.

Considera-o, destarte, a doutrina contemporânea como a faculdade reconhecida à parte de fazer encartar nos autos do processo todos os elementos de convicção de que dispõe, com a finalidade de demonstrar a verdade dos fatos que embasam suas alegações. Para tanto, e conforme precisa observação de Barbosa Moreira, devem ser concedidas a ambas as partes ‘iguais oportunidades de pleitear a produção das provas’, descartando-se qualquer ‘disparidade de critérios no deferimento ou indeferimento dessas provas pelo órgão judicial’, e ensejando-se aos interessados ‘as mesmas possibilidades de participar dos atos probatórios e de pronunciar-se sobre os seus resultados’.”

Como se observa dos ensinamentos colacionados, o direito de defesa não se resume ao devido processo legal, mas vai além, abrangendo também a garantia de igualdade de armas entre os litigantes, a garantia da citação inicial válida, feita na pessoa competente para recebê-la, e a observância dos prazos previstos em lei para a resposta. Tudo isso foi desconsiderado no procedimento que levou ao ato impugnado, como também no procedimento que se seguiu, e culminou no sequestro das rendas do recorrente, que não tem como prevalecer, em face das várias ilegalidades perpetradas.

Com efeito, e consoante já exposto, quando o curso do processo de sequestro se desviou do procedimento estabelecido no regimento interno do tribunal e na legislação processual, e pelo ato impugnado se determinou que fosse liminarmente efetivado, com caráter evidentemente satisfativo, sem que ao recorrente fosse dada oportunidade para prévia manifestação e defesa, houve inobservância do devido processo legal, com supressão do contraditório e cerceamento do direito de defesa, em flagrante e gravíssima violação dos princípios e garantias estatuídos no artigo 5º, XXXV, LIV e LV da Constituição Federal.

Logo, é evidente que a inobservância do devido processo legal, que acarretou a supressão do contraditório e o cerceamento da defesa do recorrente e, por conseguinte, a irregular constrição do seu patrimônio, maculou de nulidade insanável não só o ato impugnado, mas todo o processado no caso, com grave ofensa aos princípios e garantias estatuídos no artigo 5º, XXXV, LIV e LV, da Constituição Federal.

Ademais, não podemos perder de vista que foi sob o manto dos princípios norteadores do direito público, e fundado no princípio da igualdade, que o sistema

dos precatórios, antes de se tornar uma forma odiosa de pagamento aos credores, originou-se como uma *garantia ao cidadão*, na medida que assegura o pagamento dos créditos em ordem cronológica, em integral respeito à igualdade e à moralidade administrativa.

Esse instituto, genuinamente brasileiro, originou-se como forma de coibir que maus governantes excepcionassem um só cidadão em detrimento de outros, pagando apenas os créditos daqueles que bem lhe servissem. Não há como anular uma previsão constitucional ou legal, nem culpar com exclusividade os atos e omissões de um governante e um legislador que, para o exercício regular de suas funções, *legitimamente* foram escolhidos pelo povo para representá-los. Às vezes por mais de uma vez.

Não se pode admitir que desse mesmo povo, um indivíduo requiera que seja excepcionado da regra protetiva que ele mesmo, ainda que indiretamente, concordou em criar, sob pena de se anular todo o sistema inicialmente idealizado. *Temeroso* ainda que os tribunais locais, em sede administrativa, possam eleger, com critérios meramente subjetivos, os casos suscetíveis dessa modalidade de sequestro, sob pena de se criar *inúmeras filias paralelas* dentro dos precatórios alimentares: dos doentes, dos portadores de deficiência, dos desempregados, dos idosos... Ainda assim, se tais filias existissem, ainda seria mais justo do que o que está a ocorrer: o deferimento de *todos* os pedidos dessa modalidade, sem se observar se há algum melhor posicionado em situação fática semelhante ou mesmo pior que a do requerente, nem sequer a comprovação de que seus rendimentos são insuficientes para sua manutenção há, configurando clara quebra na ordem cronológica dos precatórios, o que, de forma irônica, era justamente o que pretendia o constituinte evitar quando previu a medida do sequestro.

Por óbvio, o recorrente tem ciência da magnitude que envolve a função jurisdicional e da nobreza que reveste aquele julgador que, com espírito elevado, se dispõe a ultrapassar a letra literal da lei quando em confronto com princípios grandiosos como o da dignidade da pessoa humana. *Contudo, da excepcionalidade, por tão drástica que se mostra a medida do sequestro, o deferimento passou a ser a regra*, o que merece cautela e atenção redobradas, mormente por se tratar de dinheiro público, pertencente a todos.

Da inobservância aos princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade

Ainda que se analise a questão sob a ótica do estado de necessidade do credor, chega-se à conclusão que o sequestro de rendas perpetrado se mostra desarrazoado.

Como mencionado em sede de mandado de segurança, o pedido de ventilação pelo credor se consubstanciou em verdadeira burla ao direito de credores melhor posicionados na ordem cronológica de apresentação. Com efeito, o alegado estado de necessidade a justificar a concessão da medida constritiva *haveria de ser*

excepcional e atual, já que o direito à vida que se pretende resguardar com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana se encontra em franca oposição ao direito à igualdade dos demais credores de precatório. Por tal motivo, caberia ao credor, de maneira categórica, demonstrar o *quantum* necessário à manutenção do tratamento médico que pretende e se seus rendimentos anuais realmente foram insuficientes para fazer frente ao tratamento médico.

Ademais, se o que se pretende assegurar com os famigerados sequestros humanitários é “um mínimo existencial” ou “um mínimo de tranquilidade” para a pessoa do credor, há que se definir parâmetros objetivos para seu delineamento, o que não aconteceu no caso concreto. Em outros dizeres, referidas expressões hão de se subsumir a parâmetros que as delimitem e observar os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil elencados no artigo 3º da Constituição Federal. Afinal, analisando a questão sob o enfoque da estrita proporcionalidade, quantas pessoas não poderiam se beneficiar da vultosa quantia de R\$ 439.256,41 sequestrados se o mesmo fosse empregado na rede pública de saúde?

Saliente-se ainda que o requerente do sequestro sequer possui interesse de agir no pedido de sequestro de rendas, o que evidencia ofensa ao disposto no artigo 267, VI, do Código de Processo Civil, pois, como bem observado pela douta Presidência do Tribunal de Justiça de São Paulo nos autos do sequestro n. 157.562.0/2001, “nem pelas doenças que acometem o requerente pode ser deferido o sequestro, pois o Poder Judiciário, em incontáveis decisões e em procedimento de natureza cautelar, tem determinado ao Poder Executivo que forneça o tratamento médico, remédios e aparelhos, que permitam o ‘mínimo existencial’, o que pode ser assegurado sem a violação das normas orçamentárias”.

Portanto, tem-se que a decisão que decretou o sequestro de rendas públicas não pode prevalecer, já que ofende os princípios constitucionais implícitos da razoabilidade e proporcionalidade, além de malferir o disposto no artigo 3º da Constituição Federal.

Do pedido

Posto isso, o Estado de São Paulo, ora recorrente, vem requerer a reforma do v. acórdão que denegou a segurança pretendida, para que a mesma seja concedida, declarando-se a ilegalidade/inconstitucionalidade da decisão que deferiu sequestro de rendas do erário paulista, com sua consequente anulação e retorno do valor sequestrado aos cofres do Estado.

Nestes termos,
Pede deferimento.

São Paulo, 20 de maio de 2009

WLADIMIR RIBEIRO JUNIOR
Procurador do Estado

FERNANDA RIBEIRO DE MATTOS LUCAS
Procuradora do Estado

LUCIA CERQUEIRA ALVES BARBOSA
Procuradora do Estado

SIDNEI PASCHOAL BRAGA
Procurador do Estado

DECISÃO

Recurso em Mandado de Segurança n. 30.332/SP (2009/0164226-7)

Relator: Ministro Herman Benjamin

Recorrente: Estado de São Paulo

Recorrido: José Leite de Faria

Trata-se de recurso ordinário interposto contra acórdão assim ementado:

Mandado de segurança. Sequestro de rendas públicas. Concessão de liminar ao credor de precatório alimentar. Esposa portadora de inúmeras e gravíssimas enfermidades. Cabimento. Proteção à dignidade humana que se sobrepõe às normas disciplinadoras do sequestro de rendas. Ordem denegada.

Em síntese, o Estado de São Paulo argumenta que o sequestro de verba pública para pagamento do precatório viola a disciplina constitucional do instituto, que prevê a medida apenas para o caso de preterimento do direito de precedência.

O MPF opinou pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

Decido.

Os autos foram recebidos neste Gabinete em 25.2.2010.

O presente *writ* foi impetrado contra ato do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, consubstanciado na ordem de sequestro de recursos do Estado para quitação do precatório do recorrido, sob o argumento de que o credor necessitava do pagamento imediato para custear despesas com tratamento médico de moléstia grave.

Ainda que seja deplorável o atraso no pagamento do precatório, é certo que não há previsão constitucional ou legal para sequestro de recursos na hipótese dos autos.

Não há dúvida de que o recebimento de precatório alimentar refere-se às necessidades básicas do cidadão e deveria ser prestigiado pelo Executivo.

No entanto, o artigo 100, parágrafo 2º, *in fine*, da Constituição Federal admite o sequestro apenas na hipótese de preterimento do direito de precedência (quebra da ordem cronológica), o que não ocorreu *in casu*.

Como bem salientado pela Corte Estadual, as precárias condições de saúde do impetrante merecem atenção do Poder Público.

No entanto, o pagamento antecipado acaba por prejudicar outros credores alimentares com precatórios mais antigos e, eventualmente, em situação pessoal análoga, exatamente o que é vedado pelo artigo 100, parágrafo 2º, da Constituição Federal.

Dito de outra forma, eventual juízo de equidade em favor do recorrido poderia redundar em grave injustiça contra credores que aguardam pagamento há mais tempo.

Este é o entendimento do egrégio Supremo Tribunal Federal:

“Reclamação. Pedido contra ato futuro: inadmissibilidade. Precatório. Vencimento do prazo para pagamento: sequestro. Impossibilidade.

1. Reclamação. Incabível contra possível atuação da autoridade reclamada, supostamente contrária à decisão desta Corte. Exigência de prática de ato concreto. Não conhecimento do pedido nesta parte.

2. Vencimento do prazo para pagamento de precatório. Hipótese que não se equipara à preterição da ordem de precedência, sendo ilegítima a determinação de sequestro em tal situação.

3. O Tribunal decidiu, de forma expressa, no julgamento de mérito da ADI n. 1.662/SP, que a previsão de que trata o parágrafo 4º do artigo 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988, na redação dada pela Emenda Constitucional n. 30/2000, refere-se exclusivamente aos casos de parcelamento de que cuida o *caput* desse dispositivo. Inaplicável, portanto, aos débitos trabalhistas de natureza alimentícia.

4. Ratificação da exegese de que *a única situação suficiente para motivar o sequestro de verbas públicas destinadas à satisfação de dívidas judiciais alimentares é a ocorrência de preterição da ordem de precedência, que se afigura ausente no caso concreto*. Reclamação parcialmente conhecida e, nesta parte, julgada procedente.” (STF – Rcl n. 1.859/SP, Tribunal Pleno, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 20.05.2002, DJ, de 02.08.2002, grifei).

É cediço que o artigo 78, parágrafo 4º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias prevê uma segunda hipótese para o sequestro de recursos: não pagamento da parcela constitucional.

Ocorre que o impetrante não comprovou que seu precatório foi parcelado na forma do artigo 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e, mais, que parcelas não foram pagas no prazo assinalado constitucionalmente.

Na verdade, por se tratar de precatório alimentar, não poderia haver esse parcelamento, por exclusão expressa do artigo 78, *caput*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Além do precedente do egrégio Supremo Tribunal Federal já citado (Rcl n. 1.859/SP), apresento outros julgados representativos da jurisprudência:

“Precatórios de natureza alimentícia. Decomposição e cessão de créditos. Vedação expressa no artigo 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal. Concessão de efeito suspensivo ao recurso extraordinário do Estado para suspender a execução do acórdão que afasta a ressalva das disposições transitórias constitucionais. Questão de ordem no sentido de se confirmar a decisão concessiva de liminar. Regimental não conhecido.” (STF – QO AgR MC AC n. 75/MG, 2ª Turma, rel. Min. Nelson Jobim, j. 02.03.2004, DJ, de 26.03.2004, grifei).

“Administrativo. Precatório alimentar. Atraso no pagamento. Inexistência de quebra de ordem. Sequestro. Inviabilidade. Fato novo. Impossibilidade de conhecimento. Dilação probatória inviável.

1. Hipótese em que os agravantes impetraram o *writ* contra o Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, pleiteando o sequestro de recursos para pagamento de seu precatório, por dois fundamentos: ‘a) estado caótico de saúde da impetrante e de seu marido, bem como vida financeira à míngua (...); e b) o montante referente ao parcelamento imposto pela Emenda Constitucional n. 30/2000’.

2. Ainda que seja deplorável o atraso no pagamento de precatório alimentar emitido em 1991, inexistente previsão constitucional ou legal para sequestro de recursos por atraso no pagamento.

3. O artigo 100, parágrafo 2º, *in fine*, da Constituição Federal admite o sequestro apenas na hipótese de preterimento do direito de precedência (quebra da ordem cronológica), o que não ocorreu *in casu*.

4. As precárias condições de saúde dos impetrantes merecem atenção do Poder Público. No entanto, o pagamento antecipado acaba por prejudicar outros credores alimentares com precatórios mais antigos e, eventualmente, em situação pessoal análoga, exatamente o que é vedado pelo artigo 100, parágrafo 2º, da Constituição Federal.

5. Dito de outra forma, eventual juízo de equidade em favor dos recorrentes poderia redundar em grave injustiça contra outros credores que aguardam pagamento há mais tempo. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

6. É cediço que o artigo 78, parágrafo 4º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias prevê uma segunda hipótese para o sequestro de recursos: não pagamento da parcela constitucional. Ocorre que os impetrantes não comprovaram que seu precatório foi parcelado na forma do artigo 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e, mais, que as parcelas não foram pagas no prazo assinalado constitucionalmente.

7. Por se tratar de precatório alimentar, seria impossível o parcelamento, conforme dispõe expressamente o artigo 78, *caput*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

8. Inviável, em agravo regimental, inovar o fundamento jurídico do pedido e pretender exame de fatos novos (quebra de ordem no exercício de 2009), o que exigiria dilação probatória incompatível com o rito do *mandamus*.

9. Nada impede que esses fatos novos, desde que devidamente comprovados, instrua outro pleito judicial, pois inexistente coisa julgada material em relação a eles.

10. Agravo regimental não provido.” (AgR RMS n. 28.034/ES, 2ª Turma, rel. Ministro Herman Benjamin, j. 02.06.2009, *DJe*, de 21.08.2009).

Assim, inviável o sequestro de verbas deferido pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o que evidencia a inexistência de direito líquido e certo a ser tutelado por esta via.

Diante do exposto, nos termos do artigo 557, parágrafo 1º-A, do Código de Processo Civil, dou provimento ao recurso ordinário.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília (DF), 26 de fevereiro de 2010.

MINISTRO HERMAN BENJAMIN

Relator

Consultoria

29) Ato Administrativo – Anulação

Da aplicação do entendimento perflhado no Parecer GPG n. 14/2008 resulta que: (i) a partir do momento em que a Faenquil foi “incorporada ao Sistema Estadual de Ensino Superior como autarquia de regime especial” – ou seja, na data da publicação do Decreto n. 33.873, de 27.09.1991 – os então “componentes do quadro de pessoal da Fundação de Tecnologia Industrial que passaram a prestar serviços à Faenquil” passaram a fazer jus ao adicional por tempo de serviço concedido por quinquênios, a teor do artigo 94 da Lei Complementar n. 180/78, aplicável aos funcionários e servidores da Administração direta e das autarquias do Estado, inclusive celetistas; (ii) inexistente fundamento legal para a concessão, aos ex-componentes do quadro de pessoal da Fundação de Tecnologia Industrial que passaram a prestar serviços à Faenquil, de novos anuênios após a estadualização da Faenquil. Tratando-se, pois, em consonância com entendimento aprovado no âmbito da Procuradoria Geral do Estado, de atos ilegais, a providência cabível é a sua invalidação, eis que inviável a convalidação na espécie. (Parecer PA n. 140/2008. Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 29.09.2009).

30) Ato Administrativo – Anulação

Prazo decadencial da Lei estadual n. 10.177, de 30 de dezembro de 1998. Transcurso. Invalidação do ato na esfera judicial. Possibilidade. Aplicação do disposto no artigo 205 c.c o artigo 2.028 do Código Civil. Precedentes. (Parecer PA n. 148/2009. Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 01.10.2009).

31) Coisa Julgada

Regularidade jurídica do recebimento de vencimentos relativos a uma função de natureza técnica por servidor que não possui diploma universitário, tendo em vista que tal critério de cálculo dos seus vencimentos foi estabelecido em sentença transitada em julgado e não mais passível de rescisão. Nos termos do artigo 469 do Código de Processo Civil, não faz coisa julgada os motivos que fundamentam a decisão judicial irrecorrível. (Parecer PA n. 121/2009. Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 21.08.2009).

32) Constitucionalidade – Processo penal

Exame da constitucionalidade da Lei Estadual n. 13.558/2009, que

determina adoção de medidas de proteção a vítimas e testemunhas, nos procedimentos de inquérito policial (preservação da identidade, imagem e dados pessoais). Interpretação das regras de competência estipuladas nos artigos 22, inciso I, e 24, inciso XI e parágrafos 1º e 2º, da Constituição Federal. Competência legislativa estadual que deve restringir-se ao desdobramento da legislação federal sobre procedimentos em matéria processual, na medida que admita tal legislação suplementar. Matéria atinente à proteção de vítimas e testemunhas de crimes amplamente regulada por legislação federal, sem deixar espaço para a edição de normas estaduais de desdobramento. As normas disciplinadoras do procedimento de inquérito policial devem ser consideradas processuais, em sentido amplo e por conexão, para efeito da aplicação dos dispositivos constitucionais concernentes ao rateio da competência legislativa. Precedente no âmbito do Supremo Tribunal Federal: ADI n. 3.896-6/SE. Conclusão no sentido da inconstitucionalidade orgânica do diploma legal examinado. Viabilidade da propositura de ação direta de inconstitucionalidade, tomando-se como parâmetro de confronto a Constituição Federal. (Parecer PA n. 141/2009. Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 16.09.2009).

33) Constitucionalidade - Cargo público. Provedimento. Nacionalidade

Exame da constitucionalidade da Lei Estadual n. 13.180/2008, que assegurou aos brasileiros naturalizados e estrangei-

ros em situação regular e permanente a igualdade de condições no acesso aos cargos, empregos e funções públicas estaduais, relativamente ao brasileiro nato, benefício esse também estendido aos portugueses aos quais tenha sido deferida a inclusão no denominado estatuto da igualdade. Matéria atinente ao regime jurídico dos servidores públicos, notadamente no que diz respeito ao provimento de cargos e ao preenchimento de funções-atividade. Lei resultante de projeto de iniciativa parlamentar. Usurpação de iniciativa legislativa reservada ao chefe do Poder Executivo caracterizada. Inconstitucionalidade formal diante de norma constitucional estadual (art. 24, § 2º, n. 4) que reproduz, de modo simétrico, disposição idêntica veiculada em nível constitucional federal e associada ao princípio da separação dos poderes. Conceituação do que seja brasileiro nato ou naturalizado, nacional português e estrangeiro em situação regular e permanente para os efeitos da própria lei analisada. Inexistência de ofensa à competência privativa da União para legislar sobre nacionalidade, cidadania e naturalização (art. 22, XIII, da CF). Viabilidade da propositura de ação direta de inconstitucionalidade em face do diploma legal examinado, tanto em nível federal, quanto em nível estadual. Legitimação ativa do Governador do Estado. (Parecer PA n. 152/2009. Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 05.10.2009).

34) Processo Administrativo Disciplinar

Funcionário policial ao qual foi aplicada pena de suspensão cumulada

com remoção compulsória. Suplente de vereador que não estava no exercício da vereança quando da remoção compulsória. A garantia estabelecida no artigo 134 da Constituição Estadual (“o servidor, durante o exercício do mandato de vereador, será inamovível”) não se estende ao suplente que não se encontra no exercício do mandato. Recurso que deve ser improvido, sem prejuízo do integral cumprimento de decisões judiciais favoráveis ao interessado. (Parecer PA n. 140/2009. Aprovado pelo Subprocurador Geral da Consultoria em 08.09.2009).

35) Processo Administrativo Disciplinar – Prescrição

Uma vez extinta a punibilidade da falta disciplinar pela prescrição, descabe o exame do mérito da imputação que ensejou o processo administrativo disciplinar. Proposta modificação de entendimento anteriormente aprovado (Parecer PA n. 208/2005). (Parecer PA n. 181/2008. Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 27.08.2009. Alterada orientação anterior).

36) União de Cônjuges

A remoção por união de cônjuges jamais poderá ter como motivação doença do pai do servidor removido, sob pena de nulidade, por desvio de poder. Face ao disposto no artigo 226, parágrafo 3º, da Carta Magna, e à vista do princípio da interpretação conforme a Constituição, deve-se entender que

o termo “cônjuge”, contido no artigo 130 da Constituição Paulista abrange também o companheiro, em caso de união estável. O artigo 40 da Lei Orgânica da Polícia do Estado de São Paulo estabeleceu ser “preferencial, na união de cônjuges, a sede de exercício do policial civil, quando este for cabeça do casal”. Descabendo, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, falar-se em “cabeça do casal” (§ 5º do art. 26 da Carta Magna), e não sendo lícito ao intérprete, “a partir da supressão seletiva de fragmentos do discurso normativo inscrito naquele dispositivo legal, proceder à criação de outra regra legal, substancialmente divorciada do conteúdo material que lhe deu o próprio legislador”, o artigo 40 da Lei Complementar n. 207/79 deve ser tido como inteiramente revogado. Os requisitos legais para o deferimento da remoção por união de cônjuges, prevista no artigo 130 da Constituição Estadual, limitam-se a que o cônjuge ou companheiro do servidor requerente seja também servidor e que exista vaga no local de residência do cônjuge ou companheiro; presentes tais requisitos, está a Administração obrigada a deferir o pleito formulado por qualquer dos membros do casal de servidores. (Parecer PA n. 15/2009. Aprovado parcialmente pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 17.08.2009, com entendimento de que é necessária também a avaliação do interesse público para deferimento da medida).

Contencioso Geral

37) Administrativo – Desapropriação. Juros moratórios e compensatórios. Incidência. Período. Taxa. Regime atual. Decreto-Lei n. 3.365/41, artigo 15-B. Artigo 100, parágrafo 12 da Constituição Federal (Redação da EC n. 62/2009). Súmula Vinculante n. 17 do Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 408 do Superior Tribunal de Justiça

1. Conforme prescreve o artigo 15-B do Decreto-Lei n. 3.365/41, introduzido pela Medida Provisória n. 1.997-34, de 13.01.2000, o termo inicial dos juros moratórios em desapropriações é o dia “1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do artigo 100 da Constituição”. É o que está assentado na jurisprudência da 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, em orientação compatível com a firmada pelo Supremo Tribunal Federal, inclusive por súmula vinculante (Enunciado n. 17). 2. Ao julgar o REsp n. 1.111.829/SP, DJe, de 25/05/2009, sob o regime do artigo 543-C do Código de Processo Civil, a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça considerou que os juros compensatórios em desapropriação são devidos no percentual de 12% ao ano, nos termos da Súmula n. 618 do Supremo Tribunal

Federal, exceto no período compreendido entre 11.06.1997 (início da vigência da MP n. 1.577, que reduziu essa taxa para 6% ao ano), até 13.09.2001 (data em que foi publicada decisão liminar do Supremo Tribunal Federal na ADI n. 2.332/DF, suspendendo a eficácia da expressão “de até seis por cento ao ano”, do *caput* do artigo 15-A do Decreto-Lei n. 3.365/41, introduzido pela mesma medida provisória). Considerada a especial eficácia vinculativa desse julgado (art. 543-C, § 7º, do CPC), impõe-se sua aplicação, nos mesmos termos, aos casos análogos. A matéria está, ademais, sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça (Súmula n. 408). 3. Segundo jurisprudência assentada por ambas as Turmas da 1ª Seção, os juros compensatórios em desapropriação somente incidem até a data da expedição do precatório original. Tal entendimento está agora também confirmado pelo parágrafo 12 do artigo 100 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 62/2009. Sendo assim, não ocorre, no atual quadro normativo, hipótese de cumulação de juros moratórios e juros compensatórios, eis que se trata de encargos que incidem em períodos diferentes: os juros compensatórios têm incidência até a data da expedição de precatório,

enquanto que os moratórios somente incidirão se o precatório expedido não for pago no prazo constitucional. 4. Recurso especial parcialmente provido. Recurso sujeito ao regime. (STJ – REsp n. 1.118.103/SP (2009/0079516-8) – j. 24.02.2010 – Rel. Min. Teori Albino Zavascki).

38) Administrativo – Exame da Ordem. Em regra não cabe ao Poder Judiciário revisar os critérios adotados pela banca examinadora. Legítima consolidação da situação fática. Teoria do fato consumado

1. O Poder Judiciário não pode substituir a banca examinadora na análise do mérito das questões em concurso público, salvo se a questão impugnada pelo candidato apresentar-se dissociada dos pontos constantes do edital ou teratológica. 2. Todavia, ainda que a instância ordinária incida em desacerto, a Primeira Seção desta Corte Superior tem entendido que as situações consolidadas pelo decurso de tempo devem ser respeitadas, sob pena de se causar à parte excessivo prejuízo. Trata-se da aplicação da teoria do fato consumado, que privilegia o princípio da segurança jurídica e a estabilidade nas relações sociais. 3. A teoria do fato consumado, contudo, não pode ser aplicada indiscriminadamente sem uma análise sobre as particularidades de cada caso. Há situações em que o princípio da boa-fé objetiva impõe o seu afastamento. A título de exemplo, não se poderia considerar consolidada uma situação de fato resultado de conduta antijurídica premeditada. O

direito não pode premiar a torpeza. 4. *In casu*, todavia, não há elementos no acórdão que permitam a conclusão de que o recorrido violou o princípio da boa-fé objetiva, nem de que se valeu de meios espúrios para forçar a sedimentação de uma situação de fato, com o fim de obter, posteriormente, o benefício da aplicação da teoria do fato consumado. Recurso especial improvido. (STJ – REsp n. 1.130.985/PR (2009/0058017-9) – j. 17.12.2009 – Rel. Min. Humberto Martins).

39) Administrativo – Licitação. Dissídio jurisprudencial. Serviços gerais. Vedação à participação de cooperativas. razoabilidade da exigência. Inexistência de ilegalidade

1. A legislação trabalhista e previdenciária atribui aos tomadores de serviço a condição de responsáveis solidários pelo pagamento de salários atrasados e tributos não recolhidos. 2. Há acordos celebrados perante a Justiça do Trabalho, entre a Caixa Econômica Federal e a União, comprometendo-se a não contratar cooperativas para prestação de serviços, se presentes elementos da relação de emprego. 3. Legalidade da previsão editalícia proibindo a participação das cooperativas em licitações para prestação de serviços à administração pública. 4. Acórdão do Tribunal de Contas da União com caráter normativo, chancelando a vedação em questão. Precedentes da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça em suspensão de segurança. 5. Recurso especial parcialmente conhecido e nesta parte provido. (STJ – REsp n. 1.141.763/RS

(2009/0098786-6) – j. 23.02.2010 – Rel. Min. Eliana Calmon).

40) Administrativo – Poder de polícia. Trânsito. Sanção pecuniária aplicada por sociedade de economia mista. Impossibilidade

1. Antes de adentrar o mérito da controvérsia, convém afastar a preliminar de conhecimento levantada pela parte recorrida. Embora o fundamento da origem tenha sido a lei local, não há dúvidas que a tese sustentada pelo recorrente em sede de especial (delegação de poder de polícia) é retirada, quando o assunto é trânsito, dos dispositivos do Código de Trânsito Brasileiro arrolados pelo recorrente (arts. 21 e 24), na medida que estes artigos tratam da competência dos órgãos de trânsito. O enfrentamento da tese pela instância ordinária também tem por consequência o cumprimento do requisito do prequestionamento. 2. No que tange ao mérito, convém assinalar que, em sentido amplo, poder de polícia pode ser conceituado como o dever estatal de limitar-se o exercício da propriedade e da liberdade em favor do interesse público. A controvérsia em debate é a possibilidade de exercício do poder de polícia por particulares (no caso, aplicação de multas de trânsito por sociedade de economia mista). 3. As atividades que envolvem a consecução do poder de polícia podem ser sumariamente divididas em quatro grupo, a saber: (i) legislação, (ii) consentimento, (iii) fiscalização e (iv) sanção. 4. No âmbito da limitação do exercício da propriedade e da liber-

dade no trânsito, esses grupos ficam bem definidos: o Código de Trânsito Brasileiro estabelece normas genéricas e abstratas para a obtenção da Carteira Nacional de Habilitação (legislação); a emissão da carteira corporifica a vontade o Poder Público (consentimento); a Administração instala equipamentos eletrônicos para verificar se há respeito à velocidade estabelecida em lei (fiscalização); e também a Administração sanciona aquele que não guarda observância ao Código de Trânsito Brasileiro (sanção). 5. Somente os atos relativos ao consentimento e à fiscalização são delegáveis, pois aqueles referentes à legislação e à sanção derivam do poder de coerção do Poder Público. 6. No que tange aos atos de sanção, o bom desenvolvimento por particulares estaria, inclusive, comprometido pela busca do lucro – aplicação de multas para aumentar a arrecadação. 7. Recurso especial provido. (STJ – REsp n. 817.534/MG (2006/0025288-1) – j. 10.11.2009 – Rel. Min. Mauro Campbell Marques).

41) Administrativo – Recurso especial. Responsabilidade civil do Estado. Vistoria que considera regular a situação do veículo. Posterior apreensão por se tratar de veículo furtado. Adulteração de chassi. Falha na vistoria. Pretendida responsabilidade civil do Estado

1. Esta Corte possui entendimento no sentido de que a perda do bem por ato administrativo da autoridade policial, em razão de se tratar de veículo furtado, não pode ser imputada ao ór-

ção de trânsito que registrou o bem. 2. Ainda que a vistoria tenha sido realizada e considerada regular a situação do veículo, posterior apreensão por se tratar de veículo furtado não revela nexo de causalidade para a configuração da responsabilidade objetiva do Estado. 3. O Estado não pode ser responsabilizado por ato criminoso de terceiros ou pela culpa do adquirente de veículo de procedência duvidosa se a Administração não concorreu com ação ou omissão para a prática do ato ilícito, não respondendo pelos danos deste decorrentes. 4. Recurso especial conhecido e provido. (STJ – REsp n. 859.183 - RS (2006/0118537-0) – j. 24.11.2009 – Rel. Min. Eliana Calmon).

42) Administrativo – Recurso ordinário em mandado de segurança. Concurso público. Serviços notariais e de registro. Valoração da prova de títulos. Diminuição da nota pela comissão organizadora. Critério de correção. Mérito Administrativo. *Reformatio in pejus*. Ausência. Autotutela da Administração. ADI n. 3.522-3. Lei n. 11.183/98. Exclusão total dos pontos correspondentes à atuação, como preposto, em serventias extrajudiciais. Atribuição de pontos aos que exerceram advocacia, magistratura e promotoria. Finalidade dos títulos. Violação

1. No *mandamus*, o impetrante insurge-se contra decisão da Comissão Permanente dos Concursos de Ingresso e Remoção para os Serviços Notariais e de Registro, que procedeu à reavaliação dos títulos apresentados pelo

impetrante na terceira fase do certame, reduzindo a pontuação obtida anteriormente. 2. Os critérios de correção de provas, atribuição de notas e avaliação de títulos adotados pela Comissão de Concursos, em regra, não podem ser revistos pelo Judiciário, cuja competência se restringe ao exame da legalidade, ou seja, à observância dos elementos objetivos contemplados no edital e na lei que regem o certame. A justiça ou injustiça da decisão da Comissão Permanente de Concursos é matéria de mérito do ato administrativo, sujeita à discricionariedade técnica da autoridade administrativa. Precedentes. 3. Neste caso, os critérios adotados pela comissão examinadora para interpretar o que está consignado nos itens 5 (magistério em disciplina jurídica vinculada ao exercício da função notarial) e 6 (publicação de livros e artigos em revista jurídica sobre temas diretamente relacionados com a função) da tabela de títulos do Edital n. 2/2004, aplicados objetivamente a todos os candidatos do concurso público, em obediência à razoabilidade e à proporcionalidade, não são passíveis de reapreciação judicial. 4. Não houve violação da norma contemplada no artigo 31 do regulamento do concurso, Ato n. 2/99, do Conselho da Magistratura e, consequentemente, ao princípio da *reformatio in pejus*, pois o novo enquadramento dos pontos não fora realizado na fase recursal. Com a retificação do procedimento utilizado anteriormente, passou-se a apreciar originariamente todos os títulos apresentados, atribuindo-se, segundo critérios objetivamente

definidos, a correspondente pontuação aos mesmos. Assim, a diminuição dos pontos inicialmente conferidos ao impetrante decorreu do regular exercício da autotutela pela Administração Pública. Incidência da Súmula n. 473 do Supremo Tribunal Federal (RMS n. 22.141/RS, rel. Min. Humberto Martins, *DJe*, de 18.09.2008). 5. Outrossim, no que concerne à exclusão total dos pontos concedidos pela atuação como preposto em serventia notarial, para que se observe a finalidade da prova de títulos e o edital do certame – sem se afastar do que foi consignado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI n. 3.522-3 –, deve-se atribuir ao impetrante a pontuação por haver comprovado o exercício da aludida atividade, nos termos regradados no item 2 da tabela de títulos, limitando-a, contudo, ao valor máximo conferido ao exercício da advocacia, da magistratura e da promotoria. 6. Com efeito, a exclusão total dos pontos daqueles que possuem experiência na atividade notarial, ao mesmo tempo em que é atribuído valor à atuação do candidato em funções totalmente distintas (promotor, procurador, juiz, por exemplo), contraria inequivocamente a finalidade da exigência de títulos, qual seja, demonstrar que o candidato reúne atributos e conhecimentos técnicos que o coloca, ainda que em tese, numa posição de maior capacidade para o exercício das atividades em relação a seus concorrentes. Apreciando situação similar, *a contrario sensu*, confirmam-se os precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal: RMS n. 24.509/RS,

rel. Min. Castro Meira e Rcl n. 4.426/RS, rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJU*, de 08.06.09). 7. Recurso ordinário em mandado de segurança provido em parte. (STJ – RMS n. 23.878/RS (2007/0068184-7) – j. 23.02.2010 – Rel. Min. Castro Meira).

43) Constitucional – Administrativo. Mandado de segurança. Rescisão unilateral de contrato administrativo. Ampla defesa e contraditório. Inobservância. Concursos de prognósticos e loterias. Inconstitucionalidade da legislação estadual. Súmula Vinculante n. 2. Manutenção do contrato. Impossibilidade

1. O *mandamus* foi impetrado com o fito ser mantido o contrato de prestação de serviços de operacionalização do sistema de concursos de prognósticos na modalidade denominada videoloteria, que fora rescindido unilateralmente pelo ente estatal, em decorrência do Decreto n. 1.047/2003, editado pelo governador do Estado do Paraná. Aduz que a exploração da atividade de videoloterias possui previsão na legislação estadual – Leis ns. 11.668/97 e 12.323/98 – e que a contratação foi precedida de regular procedimento licitatório. 2. Ao mesmo passo que a Constituição impõe à Administração Pública a observância da legalidade, atribui aos litigantes em geral, seja em processos judiciais seja administrativos, a obediência à garantia fundamental do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV). Todavia, não se deve confundir o poder de agir de ofício, ou seja, de iniciar um procedimento independentemente de provocação das

partes, com a tomada de decisões sem a prévia oitiva dos interessados. É nesse contexto, portanto, que se inserem os enunciados das Súmulas ns. 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal. Desarte, a rescisão unilateral do contrato administrativo deve observar o devido processo legal, no qual seja conferido ao administrado o direito à ampla defesa e ao contraditório. 3. O Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante n. 2, a qual preceitua: “É inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias”. 4. Embora se observe a existência de vício procedimental na rescisão do contrato administrativo, a concessão da segurança fica obstada, pois, nos termos do que foi decidido pelo egrégio Supremo Tribunal Federal, não é possível o prosseguimento da contratação lastreada em legislação inconstitucional. Ressalte-se que o pedido deduzido no *mandamus* refere-se à continuidade da execução do contrato, em que todo o arcabouço normativo que lhe conferia sustentação foi considerado inconstitucional pela Corte Suprema. 5. Ademais, não é possível a dedução de pedido reparatório no âmbito do presente remédio heroico, uma vez que o mandado de segurança tem perfil processual específico e não é substituto de ação de cobrança. 6. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido. (STJ – RMS n. 20.385/PR (2005/0117908-1) – j. 09.02.2010 – Rel. Min. Castro Meira).

44) Direito Constitucional, Administrativo e Ambiental – Recurso extraordinário. Desapropriação. Indenização de cobertura florestal. Artigo 5º, LIV e LV, e 93, IX, da Constituição Federal. Ofensa reflexa. Prova de potencial madeireiro. Súmula n. 279 do Supremo Tribunal Federal. Juros moratórios e compensatórios: não incidência, no caso

1. A possível violação aos postulados da prestação jurisdicional, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da motivação das decisões judiciais configura ofensa reflexa à Constituição Federal. 2. A discussão atinente à indenização da cobertura florística resolvida com base em laudo do perito é matéria que demanda revolvimento de material fático-probatório, ao que se aplica a Súmula n. 279 do Supremo Tribunal Federal. 3. Descabimento, no caso, dos juros moratórios e compensatórios, haja vista o depósito prévio feito e levantado pelos expropriados ter sido superior ao valor fixado na indenização. 4. Recurso extraordinário parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido. (STF – RE n. 522501/MT – 2ª Turma – Rel. Min. Ellen Gracie – j. 15.12.2009) *DJe*, n. 40, de 04.03.2010.

45) Recurso Extraordinário – Nulidade de concurso declarada pela Administração Pública

Recurso Extraordinário. 2. Nulidade de concurso declarada pela Administração Pública. Atos normativos julgados inconstitucionais pela Corte Superior do Tribunal de Justiça

do Estado de Minas Gerais. Invalidez e ineficácia dos atos baseados nos dispositivos legais declarados nulos. 4. Recurso extraordinário conhecido e provido. (STF – RE n. 348468/MG – 2ª Turma – Rel. Min. Gilmar Mendes – j. 15.12.2009) *DJe*, n. 30, de 18.02.2010.

46) Processo Civil e Administrativo – Violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil. Não ocorrência. Ação de reintegração de posse. Inviabilidade. Bem afetado ao serviço público. Desapropriação indireta. Conversão

1. Não há violação do artigo 535 do Código de Processo Civil quando o Tribunal de origem resolve a controvérsia de maneira sólida e fundamentada, apenas não adotando a tese do recorrente. 2. Trata-se de ação reintegratória ajuizada contra a Comlurb/RJ com a finalidade de recuperar a posse de imóveis contratualmente cedidos ao ente da Administração indireta por tempo determinado. 3. A instância ordinária atestou que os imóveis estão afetados ao serviço público – servindo de aterro sanitário –, sendo, portanto, inviável a pretensão reintegratória. 4. Com a ocupação e a destinação do bem ao serviço público fica caracterizada a desapropriação indireta, remanescendo ao autor a buscar da indenização por danos, que no caso envolve responsabilidade de cunho contratual e extracontratual. 5. A jurisprudência desta Egrégia Corte e do Supremo Tribunal Federal, com fundamento nos princípios da economia e celeridade

além da tutela das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa certa distinta de dinheiro, consagrou a orientação de que é possível que a ação reintegratória seja convertida em ação de indenização por desapropriação indireta. 6. Na espécie, havendo pedido, é possível que a ação reintegratória seja convertida em ação de indenização em respeito aos princípios da celeridade e economia processuais. 7. Recurso especial parcialmente provido. (STJ – REsp n. 1.060.924/RJ (2008/0113189-7) – j. 03.11.2009 – Rel. Min. Castro Meira).

47) Processual Civil e Administrativo – Contrato administrativo de obra pública. Nova Casa de Detenção do Carandiru. Preliminar de carência da ação afastada. Condições da ação aferidas positivamente *in status assertionis*. Continência. Tese prejudicada. Ofensa a diversos dispositivos de matriz constitucional. Recurso especial. Via inadequada. Discussão de fatos e de cláusula contratual. Incidência das Súmulas ns. 5 e 7 desta Corte Superior. Ofensa a Súmulas do Tribunal de Contas da União e do Supremo Tribunal Federal. Extensão do conceito de “lei federal para fins de interposição do recurso especial. Ofensa à Lei estadual n. 8.524/93, caracterização de força maior e ilegalidade da multa cobrada. Discussão que não esbarra nas Súmulas ns. 5 e 7 do Superior Tribunal de Justiça e na Súmula n. 280 do Supremo Tribunal Federal, esta por analogia. Fatos que, além de notórios, foram bem descritos pelo

acórdão combatido. Multa contratual vs. aplicação da Lei n. 8.666/93. Princípio da legalidade. Artigo 79, parágrafo 2º, da Lei de Licitações e Contratos. Prejuízos que precisam ser comprovados

1. Tem-se, aqui, hipótese em que foi firmado contrato administrativo para a construção da Nova Casa de Detenção do Carandiru. Contudo, em razão dos trágicos episódios no referido complexo prisional, foi elaborado um programa de desativação do presídio. A Administração Pública entendeu pela inconveniência da manutenção do contrato administrativo, sem, entretanto, rescindi-lo unilateral ou amigavelmente. 2. As constantes suspensões da execução do objeto licitado e contratado levaram a parte recorrida a notificar o Poder Público acerca de sua intenção de rescindir o contrato administrativo com base em cláusula contratual, reservando-se o direito de exigir multa de 10% sobre o valor restante (a cumprir) do contrato. 3. Nas razões do recurso, a recorrente (Administração) alega: (a) carência da ação (falta de interesse processual), uma vez que não foram cumpridos os requisitos estabelecidos no contrato que autorizassem a incidência de sua Cláusula 5.4 – rescisão unilateral pelo Poder Público antecedida de notificação prévia –, porque quem rescindiu o contrato foi a parte recorrida e não houve notificação prévia; (b) continência com o REsp n. 710.078/SP, distribuído ao Desembargador convocado Paulo Furtado, integrante da Terceira Turma desta Corte; (c) inocorrência de rescis-

são unilateral por parte da Administração Pública, pois nunca houve manifestação da recorrente no sentido de pôr fim ao contrato (invalidade de eventual ato administrativo que ensejasse a rescisão unilateral, tendo em conta que, se o silêncio da recorrente pudesse ser encarado como manifestação nesse sentido, não teria havido obediência à forma e à motivação); (d) impossibilidade de rescisão unilateral por parte da empresa contratada (ora recorrida) porque tal prerrogativa é exclusiva da Administração Pública; (e) incidência da Súmula n. 205 do Tribunal de Contas da União – segundo a qual “[é] inadmissível, em princípio, a inclusão nos contratos administrativos de cláusula que preveja, para o Poder Público, multa ou indenização em caso de rescisão –, o que acarretaria a invalidade da Cláusula 5.4 do contrato que regia a relação entre as partes; (f) impossibilidade de continuar a execução do contrato em razão da edição da Lei estadual n. 8.524/93 – a qual desafetou a área onde se realizava a obra e determinou sua alienação (Carandiru) –, fato que acabou por conferir legitimidade à suposta rescisão unilateral por parte do Poder Público (fato do príncipe); (g) caracterização de força maior (suficiente para afetar a construção de novo presídio) em decorrência de rebeliões no presídio do Carandiru (tendo tais eventos resultado na Lei estadual n. 8.524/93); e (h) ilegalidade e irrazoabilidade da multa contratual aplicada em função do contrato – devendo pagamento de 10% sobre o valor faltante da execução da obra ficar

condicionado à comprovação dos prejuízos que a parte recorrida efetivamente sofreu. 4. Em primeiro lugar, cabe análise da tese de carência da ação (item “a” do relatório). A discussão acerca do cumprimento dos requisitos para aplicação de cláusula contratual não é matéria preliminar, mas confunde-se com uma das questões de mérito da demanda (aferir a possibilidade de o particular rescindir o contrato unilateralmente escorado em cláusula contratual que autoriza tal medida apenas à Administração Pública) – conforme bem se verá em seguida –, motivo pelo qual está plenamente configurado, *in status assertionis*, o interesse processual da parte recorrida em ajuizar ação que objetiva a condenação da parte recorrente ao pagamento de multa prevista no contrato administrativo para os casos de rescisão unilateral. Precedentes. 5. Na esteira do que foi asseverado pela instância ordinária, em voto condutor analítico, “as partes são legítimas, na medida que respondem pelo pactuado no contrato firmado entre elas. Há possibilidade jurídica do pedido, uma vez que a autora pede o cumprimento do contrato, que é ‘lei’ entre as partes. E, por fim, indubitavelmente presente o interesse de agir, eis que a ré nega-se a arcar com a multa pactuada, sendo imprescindível à autora socorrer-se da jurisdição, para rescisão judicial do contrato”. 6. Em segundo lugar, em relação ao item (b) do relatório, prejudicada a análise da continência com o REsp n. 710.078/SP, uma vez que tal recurso se encontra também sob minha relatoria, em razão

da incompetência do relator original e da prevenção com o especial que ora se enfrenta. 7. Em terceiro lugar, os argumentos lançados em razão dos itens (c) e (d) do relatório podem ser avaliados conjuntamente. 8. Sobre tais pontos, importante destacar que o recurso especial foi fundamentado quase que integralmente no descumprimento dos termos da referida cláusula, várias vezes transcritas e pormenorizadamente analisada à luz dos fatos. 9. Ocorre que discutir se os requisitos arrolados em determinada cláusula contratual para fins de rescisão e indenização requer, de início, a análise do contrato que regeu a relação entre as partes, o que é vedado pela Súmula n. 5 desta Corte Superior. 10. No mais, saber (i) se houve ou não manifestação da recorrente no sentido de pôr fim ao contrato, (ii) se foi ou não realizada notificação feita pela empresa recorrida a outra parte e (iii) se os dispositivos legais apontados restaram violados envolve reapreciação do conjunto fático-probatório carreado aos autos, situação que encontraria óbice na Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça. 11. Em quarto lugar, quanto ao item (e) do relatório, as súmulas não se enquadram no conceito de “lei federal” para fins de interposição de recurso especial, motivo pelo qual não se pode conhecer de ofensa à Súmula n. 205 do Tribunal de Contas da União. Precedentes. 12. Contudo, e em quinto e último lugar, no que tange aos itens (f), (g) e (h) do relatório – lei estadual que desafetou a área onde se realizava a obra e determinou sua alienação (Carandiru), ca-

racterização de força maior no caso concreto e condicionamento do pagamento da multa à comprovação dos prejuízos suportados pelo recorrido –, assim se manifestou a origem: “Trata-se de contrato administrativo firmado entre as partes (na origem Consórcio Sergen/Construbase e CDHU, sendo esta última substituída em direitos e deveres pela Companhia Paulista de Obras e Serviços – CPOS), após a realização da devida licitação, para a construção da Nova Casa de Detenção do Carandiru. Depois de iniciada a execução do contrato, em 21.12.1990, esta foi sucessivamente suspensa, a partir de 22.12.1993. Isto em função de estudos e programa de desativação do Complexo Prisional do Carandiru. As reiteradas suspensões por parte da CPOS levaram o Consórcio Sergen/Construbase a notificá-la de que, caso não fosse dada continuidade à execução do contrato, seria este considerado rescindido unilateralmente por parte da CPOS, incidindo a Cláusula 5.4 e seguintes do contrato, na qual está prevista a multa aqui cobrada. Houve contranotificação. Daí a presente ação. (...) Depreende-se dos autos que o contrato firmado vinha sendo regularmente cumprido pela autora, que executava as obras a contento. Em dado momento, de acordo com critérios de conveniência e oportunidade mensurados exclusivamente por parte da ré, a execução das obras e serviços foi reiteradamente suspenso”. 13. Como se observa, os fatos estão bem delineados pela instância ordinária. Muitos deles, inclusive, podem ser caracterizados

como notórios, dispensando prova e análise de lei local (Súmula n. 280 do STF, por analogia), notadamente aqueles que dizem respeito à opção da Administração Pública de não prosseguir na construção de uma Nova Casa de Detenção do Carandiru em função das rebeliões sangrentas que tomaram lugar no complexo prisional, sobretudo em função de sua localização em perímetro urbano. 14. Daí porque avaliar se, no caso, ficou ou não caracterizada a força maior – a ensejar o afastamento de cláusula contratual para atrair a incidência da Lei n. 8.666/93 – não esbarra nas Súmulas ns. 5 e 7 do Superior Tribunal de Justiça, na medida que não há controvérsia acerca dos fatos, mas sim acerca de sua qualificação jurídica. 15. No ponto, assiste razão à parte recorrente. 16. Sem adentrar na aplicabilidade da cláusula contratual multicitada – que, como já dito anteriormente, incorreria na vedação imposta aos membros desta Corte Superior por suas Súmulas ns. 5 e 7 –, a verdade é que a constatação da incidência do artigo 79, parágrafo 2º, da Lei n. 8.666/93, reconhecida pela origem em razão da caracterização do descrito no artigo 78, inciso XIV, do mesmo diploma normativo, jamais levaria *ipso facto* à aplicação de multas previstas no contrato. 17. Ao contrário, a Lei de Licitações e Contratos (Lei n. 8.666/93) é clara ao asseverar que, reconhecida a suspensão irregular e prolongada do contrato, ou mesmo a ocorrência de força maior, como pretende a recorrente, a parte contrária faz jus apenas aos prejuízos que venha a

comprovar nos autos. 18. Em outras palavras: pouco importa, para os deslindes que aqui se pretende, se se trata de aplicação do inciso XIV (enquadramento feito pela origem), do inciso XVII (enquadramento que pretende a recorrente) ou do inciso XII (outro possível enquadramento) do artigo 78 da Lei n. 8.666/93, porque, nos três casos, haveria a incidência do parágrafo 2º do artigo 79 da mesma Lei, segundo o qual a parte recorrida só teria direito à devolução de garantia, aos pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão e ao pagamento do custo da desmobilização, além daquilo que efetivamente comprovar a título de prejuízo. 19. Em contratos administrativos, embora deva ganhar relevância a vontade das partes, não se pode esquecer da existência da Lei n. 8.666/93. Não pode existir cláusula contratual que afaste a lei, até porque a Administração está premida pelo princípio da legalidade (CR/88, art. 37, *caput*) – longe de lícita, este tipo de conduta, a que coloca a vontade contratual do particular no âmbito do Poder Público acima e/ou contra a lei, poderia inclusive configurar crime. Daí porque impossível condenar a Administração com fundamento na cláusula contratual pura e simples, sem levar em conta o artigo 79, parágrafo 2º, da Lei n. 8.666/93. 20. Obviamente, pode vir a ser que, em liquidação, a parte recorrida consiga comprovar que os prejuízos sofridos equivalem ao valor imposto a título de multa pela cláusula contratual controversa. No entanto, trata-se de

matéria de prova que deverá ser avaliada na fase processual adequada, e não questão que possa ser resolvida com incidência objetiva e pontual de cláusula do contrato administrativo, a despeito das considerações legais pertinentes ao caso. 21. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido em parte apenas para excluir a multa de 10% sobre o valor restante (a cumprir) do contrato. (STJ – REsp n. 1.112.895/SP (2007/0055799-8) – j. 17.11.2009 – Rel. Min. Mauro Campbell Marques).

48) Processual Civil e Administrativo – Recurso especial. Ação de desapropriação indireta. Não configuração. Decreto n. 750/93. Limitações administrativas. Prazo prescricional

1. As limitações administrativas impostas ao uso da propriedade, à luz da jurisprudência, correspondiam à desapropriação indireta, por isso que, consequentemente, aplicava-se, antes do novo Código Civil, o prazo de vinte anos para a prescrição da ação indenizatória, posto considerada demanda de natureza real (Súmula n. 119 do STJ). Precedente: REsp n. 1.016.925, 1ª Turma, DJe, de 24.04.2008. 2. A natureza real da ação é conjurada, posto inexistente o desapossamento, *et pour cause*, a ação através da qual se pretende indenização pela limitação do uso da propriedade ostenta natureza pessoal. 3. *In casu*, posto tratar-se de simples limitação administrativa, incidem as disposições incertas no artigo 1º do Decreto n. 20.910/32, que dispõe “todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda

Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for a sua natureza, prescreve em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem”. 4. A restrição ao uso da propriedade, no caso *sub judice*, foi imposta pelo Decreto n. 750/93, de efeitos concretos, publicado em 11.02.1993, e a ação foi proposta em 08.04.2006, revelando-se a consumação da prescrição. 5. A 1ª Seção, em caso análogo assentou que: “Administrativo – Limitação administrativa ou desapropriação indireta. Proibição do corte, da exploração e da supressão de vegetação primária ou nos estágios avançado e médio de regeneração da mata atlântica. Decreto estadual n. 750/93. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é unânime, sem divergências, de que as limitações administrativas à propriedade geram obrigação de não fazer ao proprietário, podendo ensejar direito à indenização, o que não se confunde com a desapropriação. 2. A desapropriação indireta exige, para a sua configuração, o desampossamento da propriedade, de forma direta pela perda da posse ou de forma indireta pelo esvaziamento econômico da propriedade. 3. A proibição do corte, da exploração e da supressão de vegetação primária ou nos estágios avançado e médio de regeneração da mata atlântica (Dec. n. 750/93) não significa esvaziar-se o conteúdo econômico. 4. Discussão quanto aos institutos que se mostra imprescindível quando se discute o prazo prescricional. 5. Na limitação administrativa a prescrição da pretensão indenizatória segue o disposto no artigo 1º do Decreto

n. 20.910/32, enquanto a desapropriação indireta tem o prazo prescricional de vinte anos. 6. Embargos de divergência não providos. (REsp 901319/SC, rel. Min. Eliana Calmon, 1ª Seção, j. 24.06.2009, *DJe*, de 03.08.2009)”. 5. A *legitimatio ad causam* restou solvida com juridicidade ao assentar a instância *a quo* que: “I. A União Federal detém legitimidade passiva *ad causam* quando demonstrado que o pedido da inicial decorre exclusivamente das limitações ambientais à exploração impostas pelo Decreto n. 750/93. II. O Ibama não pode ser considerado litisconsorte passivo necessário, se evidenciado que o pleito não decorre de qualquer ato concreto de fiscalização ambiental por ele perpetrado”. 7. Recurso especial provido. (STJ – REsp n. 1.015.497/SC (2007/0299454-6) – j. 09.02.2010 – Rel. Min. Luiz Fux).

49) Processual Civil – Desapropriação. Perito judicial inapto. Ausência de habilitação técnica. Ausência de conhecimento do juiz sobre a não qualificação. Necessidade de conhecimentos específicos em engenharia. Artigo 145, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil. Nulidade. Preclusão. Vício insanável. Nulidade do processo

1. É nula perícia realizada por profissional inabilitado, exigindo-se nas ações de desapropriação a atuação de prova pericial realizada por engenheiro habilitado. 2. Perícia realizada por técnico de nível médio, sem habilitação adequada, servindo o laudo por ele fornecido de base para a estipulação

das indenizações constantes da sentença. 3. Nulidade absoluta da prova e do processo por ela contaminado, sendo insanável por decurso de tempo, por assentimento das partes ou pela indução do Juízo a erro. 4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. (STJ – REsp n. 1.127.949/SP (2009/0119125-1) – j. 03.11.2009 – Rel. Min. Eliana Calmon).

50) Processual Civil – Administrativo. Recursos especiais. Demarcação de terras indígenas. Ação civil pública. Violação do artigo 535 do Código de Processo Civil. Não ocorrência. Fixação de prazo razoável para o encerramento do procedimento demarcatório. Possibilidade

1. Não viola o artigo 535 do Código de Processo Civil, tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adotou, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia. 2. O aresto atacado abordou todas as questões necessárias à integral solução da lide, concluindo, no entanto, que é possível a fixação, pelo Poder Judiciário, de prazo razoável para que o Poder Executivo proceda à demarcação de todas as terras indígenas dos índios guaranis. 3. A demarcação de terras indígenas é precedida de processo administrativo, por intermédio do qual são realizados diversos estudos de natureza etno-histórica, antropológica, sociológica, jurídica, cartográfica e ambiental, necessários à compro-

vação de que a área a ser demarcada constitui terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. O procedimento de demarcação de terras indígenas é constituído de diversas fases, definidas, atualmente, no artigo 2º do Decreto n. 1.775/96. 4. Trata-se de procedimento de alta complexidade, que demanda considerável quantidade de tempo e recursos diversos para atingir os seus objetivos. Entretanto, as autoridades envolvidas no processo de demarcação, conquanto não estejam estritamente vinculadas aos prazos definidos na referida norma, não podem permitir que o excesso de tempo para o seu desfecho acabe por restringir o direito que se busca assegurar. 5. Ademais, o inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional n. 45/2004, garante a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. 6. Hipótese em que a demora excessiva na conclusão do procedimento de demarcação da Terra Indígena Guarani está bem evidenciada, tendo em vista que já se passaram mais de dez anos do início do processo de demarcação, não havendo, no entanto, segundo a documentação existente nos autos, nenhuma perspectiva para o seu encerramento. 7. Em tais circunstâncias, tem-se admitido a intervenção do Poder Judiciário, ainda que se trate de ato administrativo discricionário relacionado à implementação de políticas públicas. 8. “A discricionariedade administrativa é um dever posto ao

administrador para que, na multiplicidade das situações fáticas, seja encontrada, dentre as diversas soluções possíveis, a que melhor atenda à finalidade legal. O grau de liberdade inicialmente conferido em abstrato pela norma pode afunilar-se diante do caso concreto, ou até mesmo desaparecer, de modo que o ato administrativo, que inicialmente demandaria um juízo discricionário, pode se reverter em ato cuja atuação do administrador esteja vinculada. Neste caso, a interferência do Poder Judiciário não resultará em ofensa ao princípio da separação dos poderes, mas restauração da ordem jurídica.” (REsp n. 879.188/RS, 2ª Turma, rel. Min. Humberto Martins, *DJe*, de 02.06.2009). 9. Registra-se, ainda, que é por demais razoável o prazo concedido pelo magistrado de primeiro grau de jurisdição para o cumprimento da obrigação de fazer – consistente em identificar e demarcar todas as terras indígenas dos índios guaranis situadas nos municípios per-

tencentes à jurisdição da Subseção Judiciária de Joinville/SC, nos termos do Decreto n. 1.775/96, ou, na eventualidade de se concluir pela inexistência de tradicionalidade das terras atualmente ocupadas pelas comunidades de índios guaranis na referida região, em criar reservas indígenas, na forma dos artigos 26 e 27 da Lei 6.001/73 –, sobretudo se se considerar que tal prazo (vinte e quatro meses) somente começará a ser contado a partir do trânsito em julgado da sentença proferida no presente feito. 10. A questão envolvendo eventual violação de preceitos contidos na Lei de Responsabilidade Fiscal (LC n. 101/2000), a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi examinada pela Corte de origem, carecendo a matéria, portanto, do indispensável prequestionamento. 11. Recursos especiais parcialmente conhecidos e, nessas partes, desprovidos. (STJ – REsp n. 1.114.012/SC (2009/0082547-8) – j. 10.11.2009 – Rel. Min. Denise Arruda).

Contencioso Tributário-Fiscal

51) Constitucional – Tributário. Imposto sobre Circulação de Mercadorias. ICMS. Importação. Sujeito ativo. Estado em que localizado o destinatário jurídico ou Estado em que localizado o destinatário final da operação (estabelecimento onde haverá a entrada do bem). Artigo 155, parágrafo 2º, IX, “a”, da Constituição Federal

Nas operações das quais resultem a importação de bem do exterior, o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) é devido ao Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário jurídico do bem, pouco importando se o desembaraço ocorreu por meio de ente federativo diverso. Recurso extraordinário conhecido e provido. (STF – RE n. 405.457/SP – 2ª Turma – Rel. Min. Joaquim Barbosa – j. 04.12.2009) *DJe*, n. 22, de 04.02.2010.

52) Processual civil e tributário. Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis*. Reexame de contrato e de fatos. Inviabilidade. Súmulas ns.5 e 7 do Superior Tribunal de Justiça. Revisão do lançamento por erro de fato (valoração do imóvel). Possibilidade

1. Hipótese em que a proprietária de imóvel rural pretendia dividi-lo e beneficiar seus dois únicos herdeiros: um casal de filhos. 2. Para isso, formalizou contrato de compra e venda de 50% do imóvel, ajustando o valor de R\$ 3.146.000,00. No mesmo instrumento, doou à filha os direitos relativos ao valor da venda, a título de adiantamento da legítima, com a concordância do outro filho. 3. Ocorre que a genitora faleceu antes da conclusão da divisão do imóvel. A alíquota estadual sobre doações é de 2%, e a incidente sobre transmissão *causa mortis* é de 4% (questão incontroversa). 4. O filho apresentou em juízo guia de recolhimento do Imposto Estadual sobre Transmissão *Causa Mortis* relativo à sua metade do imóvel, cujo valor seria R\$ 1.464.196,82. 5. A filha entendeu que houve doação em relação à sua parcela, e não transmissão *causa mortis*. Apresentou comprovante de recolhimento do imposto, considerando R\$ 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais) como valor de sua parcela do imóvel (base de cálculo) e a alíquota de 2%, relativa à doação. 6. O Tribunal de origem considerou que a filha teria recebido sua metade por doação, incidindo a alíquota de 2%

sobre o valor da venda realizada antes do falecimento da mãe, qual seja, R\$ 3.146.000,00 (e não sobre o valor declarado pela contribuinte). O filho teria recebido sua metade por transmissão *causa mortis*, de modo que se aplicou a alíquota de 4% sobre o valor de preenchimento da guia, qual seja, R\$ 1.464.196,82. O valor da parcela do filho não poderia ser revisto, pois teria sido fornecido pela própria autoridade fiscal. 7. O Estado impugna o acórdão e defende que a referida parcela da filha deve ser tributada pela alíquota de 4%, pois houve transmissão *causa mortis*, e não doação, considerando que a propriedade somente foi adquirida após o falecimento da genitora. Ademais, defende que a tributação sobre a mencionada parte do filho leve em consideração o mesmo valor da parte de sua irmã, ou seja, R\$ 3.146.000,00. 8. É inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal de origem. Incidência da Súmula n. 211 do Superior Tribunal de Justiça no que se refere aos artigos 108 e 2.017 do Código Civil e ao artigo 1.031, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil. 9. Em relação à alíquota aplicável à metade do imóvel cujos direitos foram transmitidos à filha, caberia analisar se houve doação em vida da mãe ou transmissão *causa mortis*. No primeiro caso, a alíquota é de 2% (como entendeu o TJ); no segundo caso, a alíquota é de 4% (como pretende o Estado). 10. A Corte Estadual analisou a venda de 50% do imóvel e

reconheceu que houve, efetivamente, doação à filha, com adiantamento da legítima. Rever esse entendimento demandaria profunda análise do contrato de compra e venda e do termo de doação, com sub-rogação em favor da herdeira, além de outros aspectos fáticos relacionados à execução dessas avenças. Incide, a propósito, o disposto nas Súmulas ns. 5 e 7 do Superior Tribunal de Justiça. 11. Quanto à base de cálculo relativa ao imposto devido pelo filho, a matéria é estritamente de direito. O Tribunal de origem afastou o pleito do Estado, pois considerou que o valor de R\$ 1.464.196,82 foi atribuído pelo próprio Fisco estadual, o que impossibilitaria a revisão. 12. O vício quanto à valoração do imóvel é erro de fato, que pode ser revisto durante o prazo decadencial, nos termos do artigo 149, VIII, do Código Tributário Nacional. 13. Se, após a avaliação inicial em R\$ 1.464.196,82, a autoridade administrativa soube da anterior alienação da outra metade do imóvel por mais que o dobro do preço (R\$ 3.146.000,00), nada impede que o Fisco retifique o lançamento, caso já tenha sido efetuado, e exija o recolhimento do tributo sobre o valor real do bem. 14. Inexiste, portanto, imutabilidade da valoração administrativa do imóvel, para fins de lançamento tributário. 15. O acórdão deve, nesse ponto, ser reformado. No entanto, não há como o Superior Tribunal de Justiça afirmar que o valor suscitado pelo Fisco para a parcela do imóvel herdada pelo filho está correto (R\$ 3.146.000,00, a mesma importância atribuída à metade da irmã). 16. O fato

de 50% da área ter sido transmitida ao filho não significa que seu valor equivalha ao da metade da filha, pela simples razão de que a avaliação não é necessariamente uniforme. É comum que uma parte de um imóvel valha mais que outra, ainda que a metragem seja idêntica, por conta de características topográficas, de qualidade do solo, de benfeitorias etc. 17. Ademais, não consta do acórdão recorrido que o bem é o único deixado pela falecida. 18. Assim, os autos devem retornar à origem para que, admitido o reexame da base de cálculo do Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* em relação ao filho, a Corte Estadual avalie, efetivamente, os valores apresentados pelo Estado e decida a respeito. 19. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido. (STJ – REsp n. 1.143.625/MS (2009/0107297-9) – j. 10.11.2009 – Rel. Min. Herman Benjamin).

53) Tributário – ICMS. Telefonía. Fornecimento de fichas, cartões e assemelhados. Utilização em “orelhões” públicos. Elemento espacial da obrigação tributária. Artigo 11, III, “b” da Lei Complementar n. 87/96. Fornecimento a revendedor terceirizado localizado em outro Estado da Federação e não a usuário final. Imposto devido ao Estado onde se localiza o estabelecimento da concessionária

1. A questão trazida no recurso especial resume-se em definir a que Estado pertence o ICMS-comunicação incidente sobre o fornecimento de fi-

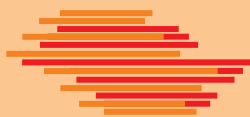
chas ou cartões telefônicos quando o estabelecimento revendedor está situado em Estado diverso daquele onde se localiza a sede da concessionária fornecedora dos cartões. 2. O acórdão recorrido adotou o critério da localização do estabelecimento que vende o cartão a usuário final, pois, segundo entende, é nesse Estado que será efetivamente prestado o serviço. Já a recorrente defende o critério da localização do estabelecimento da concessionária que fornece o cartão telefônico, ainda que para revendedor terceirizado situado em outro Estado. 3. Cabe à lei complementar, nos termos do artigo 155, parágrafo 2º, inciso XII, da Constituição Federal de 1988, dentre outras funções, fixar o critério espacial da obrigação tributária decorrente da incidência do ICMS, o que permitirá definir a que unidade federada deverá ser recolhido o imposto (sujeição ativa) e qual estabelecimento da empresa será responsável pelo seu pagamento (sujeição passiva). 4. O artigo 11, III, “b” da Lei Complementar n. 87/96 previu, para os serviços de comunicação prestados mediante o fornecimento de fichas, cartões ou assemelhados, que o ICMS será devido ao ente federativo onde se encontra o estabelecimento da empresa que forneça tais instrumentos. 5. A escolha desse elemento espacial – sede do estabelecimento da concessionária – tem por fundamento as próprias características da operação. Os cartões ou fichas telefônicas são títulos de legitimação, que conferem ao portador o direito à fruição do serviço telefônico dentro da franquia

de minutos contratada, sendo possível utilizá-los em qualquer localidade do país, integral ou fracionadamente, desde que, é claro, esteja o local coberto pela concessionária de telefonia responsável pelo fornecimento. 6. O cartão telefônico poderá ser adquirido em um Estado e utilizado integralmente em outro. É possível também que um mesmo cartão seja utilizado em mais de um Estado. Nesses termos, quando do fornecimento dos cartões, fichas ou assemelhados, não é possível saber qual será o efetivo local da prestação do serviço de telecomunicação, razão porque o legislador complementar, ciente dessas dificuldades, fixou como elemento espacial da operação a sede do estabelecimento da concessionária que fornece os cartões, fichas ou assemelhados, afastando o critério do local da efetiva prestação. 7. Como as fichas e cartões são utilizados em terminais públicos, sendo regra a pulverização de usuários e locais de uso, a lei complementar preferiu escolher um evento preciso ligado exclusivamente ao prestador, e não uma infinidade de pontos esparsos pelo território nacional. 8. Outro elemento desprezado pelo legislador complementar foi o do domicílio do usuário, até porque esse critério apresenta-se de pouca ou nenhuma valia, pois o tomador do serviço poderá – e é o que geralmente ocorre – utilizar o serviço distante de seu domicílio. 9. O fato de os cartões telefônicos serem revendidos por terceiros a usuário final não altera o critério espacial escolhido pela Lei Complementar n. 87/96, qual seja, o da sede do estabelecimento da

concessionária. A razão é muito simples: o contribuinte do ICMS pelo fornecimento de fichas e cartões telefônicos é a própria concessionária, que não tem qualquer controle sobre a venda posteriormente realizada por revendedores, até porque nada impede que essas empresas, ao invés de negociar diretamente com os usuários, revendam a terceiras empresas situadas em outra unidade da Federação. 10. Não há, portanto, qualquer critério seguro que permita à concessionária fixar com precisão o local onde será revendido o cartão telefônico a usuário final. Como o fato gerador ocorre no momento do fornecimento da ficha, cartão ou assemelhado, nos termos do artigo 12, parágrafo 1º, da Lei Complementar n. 87/96, e como nesse momento ainda não houve a revenda, estaria a concessionária impossibilitada de fazer o recolhimento do ICMS incidente sobre a operação, justamente por não ser possível definir o local da revenda e, conseqüentemente, o Estado titular da imposição tributária. 11. O Convênio ICMS 126/98 explicitou a regra do artigo 11, III, “b”, da Lei Complementar n. 87/96 para deixar claro que o imposto incide por ocasião do fornecimento da ficha, cartão ou assemelhado, ainda que a venda seja para terceiro intermediário e não para o usuário final. 12. Já o Convênio ICMS 55/2005 adotou regra expressa determinado que o pagamento do imposto deve ser feito ao Estado onde se localiza a concessionária de telefonia que fornece o cartão telefônico, ainda que o fornecimento seja para terceiros

intermediários situados em unidade federativa diversa. 13. Mesmo que a concessionária não entregue o cartão telefônico diretamente ao usuário, mas a revendedor terceirizado localizado em unidade federada diversa, o que é muito comum para facilitar e otimizar a distribuição, ainda assim, deverá o imposto ser recolhido ao Estado onde tem sede a empresa de telefonia. 14. A única exceção a essa regra ocorreria na hipótese em que a empresa de telefonia distribui as fichas e cartões, não por revendedores terceirizados, mas por meio de filiais localizadas em

outros Estados. Somente nesse caso, a concessionária, para efeito de definição do ente tributante a quem se deve recolher o imposto, será a filial, e não a matriz. 15. Como a hipótese é de venda por distribuidores independentes situados em outros Estados, não se aplica a exceção, mas a regra geral, devendo o imposto ser recolhido integralmente no Estado onde situada a concessionária que emite e fornece as fichas e cartões telefônicos. 16. Recurso especial provido. (STJ – REsp n. 1.119.517/MG (2009/0014022-6) – j. 09.02.2010 – Rel. Min. Castro Meira).



PGE
PROCURADORIA GERAL
DO ESTADO DE SÃO PAULO