BOLETIM

Referências valiosas para você desenvolver o seu trabalho.

ISSN 2237- 4515

CEPGE

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

JANEIRO/FEVEREIRO 2009

BOLETIM

Referências valiosas para você desenvolver o seu trabalho.

CEPGE

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

www.pge.sp.gov.br - B. CEPGE v. 33 - n. 1- janeiro/fevereiro 2009

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
Maria Christina Tibiriçá Bahbouth

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
Nilson Berenchtein Junior

Procuradora do Estado Ouvidora Geral
Flávia Cherto Carvalhaes

Assessoria

Anadil Abujabra Amorim, Antonia Marilda Ribeiro Alborgheti, Carla Maria Rossa Elias Rosa, Célia Almendra Rodrigues, Cristiana Correa Conde Faldini, Cristina Maura Rodrigues Sanches Marçal Ferreira, Cyro Saadeh, 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, José Roberto de Moraes, Lúcia Cerqueira Alves Barbosa, Luciana Rita Laurenza Saldanha Gasparini, Olavo José Justo Pezzotti, Paola de Almeida Prado, Pasqual Totaro, 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, Maria Christina Tibiriçá Bahbouth, Ary Eduardo Porto, Nilson Berenchtein Junior, Eduardo José Fagundes, Marcos Mordini, Marcelo de Carvalho,Cristina Margarete Wagner Mastrobuono, Antonio Augusto Benini, 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 eTatiana 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, 1921 – Mooca
03103-902 – São Paulo – SP – Brasil
www.imprensaoficial.com.br
livros@imprensaoficial.com.br
SAC Grande São Paulo 11 5013-5108 / 5013-5109
SAC Demais Localidades 0800 0123 401

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.

Sumário

Editorial
Um Jovem Centro de Estudos 7

Jurisprudência
Desapropriação Indireta – Execução de Sentença. Cálculo do Saldo da Indenização. Incidência de Juros Compensatórios e Moratórios. Impossibilidade 9

Peças e Julgados
Liminar de Desocupação e Demolição de Construções Indevidas em Áreas de Preservação Ambiental do Estado. Possibilidade. Mera Detenção de Bem Público 15

Doutrina
Questões Atuais sobre as Perícias nas Ações de "Desapropriações Indiretas" Ambientais: Terceirização da Perícia e Perda de uma Chance 39

Ementário
Consultoria 57
Contencioso Fiscal 61
Contencioso Judicial 67

Um Jovem Centro de Estudos

O Centro de Estudos nasceu com a primeira Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado (LC n. 93, promulgada em 28 de maio de 1974), é o que nos informa o livro *Advocacia pública*: apontamentos sobre a história da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, obra editada por iniciativa da Doutora Márcia Semer, nossa antecessora na chefia do órgão, num gesto, sem dúvida, memorável (o duplo sentido aqui é proposital e adequado a essa circunstância).

Portanto, o Centro de Estudos já está na fase da maturidade, passados os 34 anos de vida intensamente produtiva, ao longo de muitas gestões. Essa retrospectiva seria capaz de causar alguma angústia, não fosse a constatação de que o Centro de Estudos é uma instituição *sempre jovem*.

A juventude do Centro de Estudos não decorre de uma recusa em encarar o necessário amadurecimento que os anos trazem – não é, portanto, um *adultescente*, figura tornada notória pelos colunistas que se dedicam à análise do comportamento social. Tampouco se pode atribuir tal juventude somente à oxigenação propiciada pelas sucessivas levas de jovens procuradores e procuradoras que frequentam suas salas de aula – visto que eles também vêem a maturidade se aproximar, com rapidez inesperada.

A juventude do Centro de Estudos é propiciada pelo fato de ser uma instituição *dedicada à missão de aprender*. O segredo da juventude está na disponibilidade para o aprendizado constante – é o que nos ensinam muitos dos colegas já aposentados que frequentam nossos cursos, compartilhando sua experiência e aprendendo ao lado de colegas décadas mais jovens. E o aprendizado é também uma *oportunidade social*, pois não existe o aprendizado solitário: a construção do conhecimento é tarefa coletiva por excelência.

Por reconhecer a dinâmica especial do processo de aprender – que é a *alma* do Centro de Estudos e faz dele o lugar afetivamente mais significativo de toda a Procuradoria Geral do Estado – que buscamos sintetizar nosso propósito em algumas diretrizes, que ora compartilhamos com os leitores deste informativo:

1. Foco: o Centro de Estudos deve mapear e atingir de forma eficiente o público de suas atividades; o Serviço de Aperfeiçoamento deve diagnosticar as necessidades dos diversos órgãos da Procuradoria Geral do Estado, para que as atividades propostas sejam efetivamente úteis aos seus participantes; o Serviço de

Divulgação deve refletir sobre a vocação de cada uma das publicações editadas, buscando aprimorá-las continuamente e tornar mais ágil a sua produção e distribuição.

2. Proximidade: o Centro de Estudos deve buscar sempre a proximidade com seu público: a distribuição cuidadosa de suas publicações, o relacionamento cordial com a comunidade profissional e acadêmica, a realização de programação compatível com a necessidade dos diversos públicos e a diminuição das distâncias físicas são meios de atingir esse objetivo.

3. Colaboração: o Centro de Estudos deve propiciar a atuação colaborativa de todos os Procuradores e servidores da Procuradoria Geral do Estado; além de buscar conhecimentos no âmbito externo, o Centro de Estudos deve estimular a circulação de ideias e informações dentro da nossa Instituição.

4. Memória: o Centro de Estudos deve ser o ponto de apoio da memória institucional da Procuradoria Geral do Estado, propiciando uma contínua reflexão sobre a trajetória da Procuradoria e de seus integrantes.

5. Inovação: cabe ao Centro de Estudos ser protagonista na disseminação de novos instrumentos e práticas profissionais e tecnológicas capazes de incrementar qualidade de vida e a eficiência funcional no ambiente de trabalho.

Ao se deixar guiar por essas diretrizes, a equipe atualmente responsável pelo Centro de Estudos faz sua profissão de fé: embora sejamos incapazes de desafiar individualmente a vertigem do tempo, voragem que constantemente nos consome, a obra que construirmos coletivamente permanecerá, cada vez mais plena em juventude.

São Paulo, fevereiro de 2009.

Carlos José Teixeira de Toledo
Procurador do Estado Chefe do
Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado

Desapropriação Indireta – Execução de Sentença. Cálculo do Saldo da Indenização. Incidência de Juros Compensatórios e Moratórios. Impossibilidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 743.330-5/2-00, da Comarca de Guarujá, em que é agravante Fazenda do Estado de São Paulo, sendo agravado Comercial e Empreendimentos Brasil S/A:

Acordam, em Sétima Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento parcial ao recurso, e determinaram a realização de novos cálculos pela contadoria judicial sem a incidência de juros moratórios e compensatórios em continuação, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores Moacir Peres e Nogueira Diefenthaler.

São Paulo, 12 de maio de 2008.

WALTER SWENSSON
Presidente e Relator

VOTO

Agravo de Instrumento n. 743.330-5/2/Guarujá
Agravante: Fazenda do Estado de São Paulo
Agravada: Comercial e Empreendimentos Brasil S/A

Desapropriação Indireta – Execução de sentença – Agravante que não concorda com o cálculo elaborado pela Contadoria Judicial – Admissibilidade em parte – Acórdão deste Egrégio Tribunal de Justiça que determinou a exclusão dos juros moratórios e compensatórios em continuação, do cálculo do saldo da indenização devida em ação de desapropriação – Impossibilidade de incidência de juros

compensatórios e moratórios após a Constituição Federal de 1988 – Orientação do Supremo Tribunal Federal – Precedentes desta Corte Paulista – Recurso parcialmente provido.

Agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo contra a r. decisão que, nos autos de ação de desapropriação indireta, já em fase de liquidação, que lhe move Comercial e Empreendimentos Brasil S/A, homologou o cálculo elaborado pela Contadoria Judicial e determinou a expedição de oficio requisitório complementar.

Sustenta, em síntese, a agravante, que os cálculos da Contadoria Judicial possuem graves erros, na medida que não consideram a data correta do trânsito em julgado da demanda; não incluem o pagamento da sexta parcela anual do precatório; e que fazem incidir juros moratórios e compensatórios em continuação.

Pede a concessão de efeito suspensivo e, ao final, seja provido o presente recurso para reformar a r. decisão agravada.

Recurso bem processado e recebido somente no efeito devolutivo.

É o relatório.

O recurso procede em parte.

No que diz respeito à não consideração da data correta do trânsito em julgado da demanda e à não inclusão do pagamento da sexta parcela anual do precatório, a Fazenda do Estado não comprovou o fato constitutivo do seu direito (art. 333, I, do CPC).

Já no que se refere à não incidência de juros moratórios e compensatórios em continuação, reporto-me aos Mandados de Segurança ns. 155.211.0/0-00/São Paulo, 153.997.0/0-00/São Paulo, 153.771.0/0-00/São Paulo, 150.838.0/4-00/São Paulo, 150.148.0/5-00/São Paulo e 148.245.0/8- 00/São Paulo, que decidi quando em substituição no Colendo Órgão Especial:

"Após referir-se à possibilidade de *relativização da coisa julgada material*, Cândido Rangel Dinamarco, bem lembrado no judicioso parecer da ilustrada Procuradoria Geral de Justiça, aduz (*Instituições de direito processual civil*, São Paulo: Malheiros, 2005, v. 3, p. 308):

'O Supremo Tribunal Federal aplicou a regra de *mitigação dos rigores da coisa julgada material*, ao enunciar que 'não ofende a coisa julgada a decisão que, na execução, determina nova avaliação para atualizar o valor do imóvel, constante de laudo antigo, tendo em vista atender à garantia constitucional da justa indenização'. Em outro caso, o Superior Tribunal de Justiça *admitiu a superação da coisa julgada em um caso no qual a Fazenda do Estado de São Paulo fora condenada* (ação de desapropriação indireta), em razão de fraude na perícia, a prestar indenização por haver-se apossado de área que depois se evidenciou ser de propriedade dela própria (Min. José Delgado).'

A sublimação dada pela doutrina à coisa julgada não pode espelhar a força absoluta que lhe tem sido dada, sob o argumento que há de se fazer o império da segurança jurídica.

Há de se ter como certo que a segurança jurídica deve ser imposta. Contudo, essa segurança jurídica cede quando princípios de maior hierarquia postos no ordenamento jurídico são violados.

Nosso ordenamento, a propósito, admite tal circunstância, eis no Código de Processo Civil a chamada coisa julgada inconstitucional, *verbis*:

'Artigo 741 - Na execução fundada em *título judicial*, os embargos só poderão versar sobre:

(...)

II - inexigibilidade do título;

Parágrafo único - *Para efeito do disposto no inciso II deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal*.'

Observando tal situação, a jurisprudência desta Corte vem afastando a incidência dos juros compensatórios e moratórios computados pelo DEPRE no cálculo destinado à apuração do montante a ser seqüestrado, em relação aos débitos alcançados pela Emenda Constitucional n. 30/2000.

Em outra oportunidade, tal matéria já foi minuciosamente analisada por este C. Órgão Especial, no teor seguinte:

'A questão que se coloca aqui para debate, a exemplo de tantos precedentes, está ligada aos efeitos das decisões anteriores e à possibilidade de revê-las, se contrárias à atual orientação dos tribunais superiores.

Anoto, desde logo, na linha do entendimento do Desembargador Paulo Franco, no voto proferido no Mandado de Segurança n. 123.665-0/1, que não se formou coisa julgada no tocante ao valor requisitado à Municipalidade devedora, uma vez que os cálculos impugnados foram realizados pelo DEPRE, tendo a homologação caráter meramente administrativo e não jurisdicional (Súmula n. 311 do E. STJ).

Mas, à guisa de argumentação, nem mesmo a coisa julgada seria óbice à revisão de cálculo elaborado contra a Constituição Federal e a jurisprudência, sob pena de neutralizar a intenção que inspirou a regra do artigo 475, II, do Código de Processo Civil, tornando obrigatório o reexame necessário das decisões contra a União, o Estado e o Município. Regra que teve o saudável objetivo de proteger o povo que, em última análise, paga todas as contas, dando liberdade ao julgador para corrigir eventuais equívocos não detectados nos recursos voluntários.

A propósito, não me canso de citar o ensinamento do Ministro José Augusto Delgado, do E. Superior Tribunal de Justiça, no trabalho 'Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais', publicado na *RDR* n. 19, de jan/abr 2001, que transcrevo:

'A segurança da ordem jurídica impõe certeza. Esta não se apresenta devidamente caracterizada no mundo jurídico quando não ostentar, na mensagem sentencial, a qualidade do que é certo, o conhecimento verdadeiro das coisas, uma convicção sem qualquer dúvida. A certeza imposta pela segurança jurídica é a que gera estabilidade. Não a que enfrenta a realidade dos fatos. A certeza é uma forma de convicção sobre determinada situação que se pretende objetiva, real e suficientemente subjetiva. Ela demonstra evidência absoluta e universal, gerando a verdade. Há de prevalecer o manto sagrado da coisa julgada quando esta for determinada em decorrência de caminhos percorridos com absoluta normalidade na aplicação do direito material e do direito formal. A injustiça, a imoralidade, o ataque à Constituição, a transformação da realidade das coisas, quando presentes na sentença, viciam a vontade jurisdicional de modo absoluto, pelo que, em época alguma, ela transita em julgado. Os valores absolutos de legalidade, moralidade e justiça estão acima do valor segurança jurídica. Aqueles são pilares, entre outros, que sustentam o regime democrático, de natureza constitucional, enquanto esse é valor infraconstitucional oriundo de regramento processual'.

No caso dos autos, não seria justo admitir-se que fossem computados, na conta, juros moratórios e compensatórios em continuação contra o disposto na Constituição Federal de 1988, a Emenda Constitucional n. 30/2000 e a jurisprudência do C. Supremo Tribunal Federal (...)' (Mandado de Segurança n. 123.663-0/2, rel. designado Des. Laerte Nordi, j. 02.02.2006, m.v.).

Destarte, à luz da inovação trazida ao sistema constitucional pela Emenda Constitucional n. 30/2000, deveria o cálculo do DEPRE a ela se adequar, cingindo-se ao cômputo da correção monetária dos valores reclamados e, se o caso, incluir tão somente os juros moratórios a partir do momento em que a Municipalidade de Diadema se encontrava em efetivo atraso com o pagamento das parcelas.

Ora, na hipótese sob exame, não seria lógico admitir que fossem computados juros moratórios e compensatórios relacionados ao período posterior à promulgação da Constituição Federal de 1988.

O crédito reclamado, vale dizer, não se reveste dos atributos básicos de liquidez, certeza e exigibilidade, pois a quantia sobre a qual recaiu o seqüestro, apurada pelo DEPRE, não se limitou a atualizar os valores oriundos do juízo da execução, mas também fez incidir, como apontado, juros moratórios e compensatórios em continuação, o que não era permitido.

Em apoio a essa orientação:

'Já em 25.02.1997, a E. Primeira Turma da mais alta Corte do país, relator Min. Celso de Mello, assinalava que, 'no julgamento do RE n. 155.979/SP, o Plenário, além de admitir a aplicação da norma do artigo 33 do ADCT ao crédito decorrente de desapropriação, decidiu no sentido da exclusão dos juros moratórios e compensatórios relacionados ao período posterior à promulgação da CF/88' (RE n. 197.852, *RTJ* 175/326).

No mesmo sentido, acórdão relatado pelo Ministro Marco Aurélio, no RE n. 154.093, Segunda Turma: 'Artigo 33 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. O preceito no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias encerrou uma nova realidade. Facultou-se ao Estado a satisfação dos valores pendentes de precatórios, neles incluídos os juros remanescentes. Observadas as épocas próprias das prestações – vencimentos – impossível é cogitar da mora, descabendo, assim, a incidência dos juros, no que pressupõem inadimplemento e, portanto, a *mora solvendi*. Os compensatórios têm a incidência cessada em face da referência apenas aos remanescentes e às parcelas tidas como iguais e sucessivas.' (j. 15.12.1998 e publicado na *RTJ* 178/613).

(...)

Do mesmo teor: STF, RE n. 395.318-4, rel. Min. Nelson Jobim, RE ns. 141.543-6/SP e 161.728-4/SP, rel. Min. Carlos Velloso; TJSP, MS n. 114.304-0/4, rel. Des. Ruy Camilo, AI n. 278.562-5/6, rel. Des. Menezes Gomes, AI ns. 248.144-5/4, 246.770-5/6 e ED n. 245.465-5/0, rel. Des. Alberto Gentil, entre tantos outros.

Em função da preponderante jurisprudência que vem afastando a incidência dos juros moratórios e compensatórios, não há cogitar-se de afronta aos dispositivos constitucionais e legais invocados pelos impetrantes.

Correto, portanto, o deferimento do pedido de seqüestro, sem a incidência de juros moratórios e compensatórios?"

Isso posto, dá-se provimento parcial ao recurso, determinando-se a realização de novos cálculos pela Contadoria Judicial, sem a incidência de juros moratórios e compensatórios em continuação.

WALTER SWENSSON
Relator

Liminar de Desocupação e Demolição de Construções Indevidas em Áreas de Preservação Ambiental do Estado. Possibilidade. Mera Detenção de Bem Público

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

Agravo de Instrumento
Processo n. 157.01.2007.003726-0 (n. de ordem 595/2007)
Ação Ordinária Ambiental
4ª Vara Cível da Comarca de Cubatão/SP
Autora: Fazenda Pública do Estado de São Paulo
Réu: Milton Carlos Fernandes

A Fazenda Pública do Estado de São Paulo, por intermédio do Procurador do Estado infraqualificado, vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, dentro do prazo legal e em dobro, com fulcro nos artigos 188, 522 e ss. do Código de Processo Civil, presentes seus pressupostos, interpor o presente agravo de instrumento, com pedido de tutela antecipada recursal, consubstanciado nos motivos de fato e de direito constantes em anexo, em face do r. despacho interlocutório de fls. que indeferiu o pedido de tutela antecipada, sob o argumento judicial de que, à vista dos documentos que instruem a inicial, não há comprovação de que o esbulho ocorreu há menos de ano e dia.

O r. despacho ora combatido foi publicado no *Diário Oficial do Estado* no dia 14.12.2007, conforme cópias anexas, e, computando-se o prazo em dobro em favor do Estado, há tempestividade na interposição deste.

A forma por interposição deste recurso, por instrumento, é a única possível, porquanto a permanência da r. decisão causará grave lesão à agravante e de difícil reparação, na medida que o agravado continuará a causar danos ambientais consideráveis ao ambiente local, sendo a sua retirada a única medida capaz de evitar a situação danosa.

(...)

Requer-se o regular recebimento e processamento deste agravo, independentemente de custas ou preparo, acompanhado das anexas razões de reforma da r. decisão supramencionada.

Requer-se ainda a concessão de antecipação de tutela recursal (art. 527, inc. III, do CPC), determinando a desocupação do agravado do imóvel, bem como reintegrando a agravante na posse do bem de raiz e autorizando a demolição das construções existentes, por serem elas as únicas medidas eficazes para fazer cessar os danos ambientais e evitar novos prejuízos ao meio a ser preservado.

Os pressupostos autorizadores da antecipação restam configurados, nos termos dos artigos 527, inciso III, e 558, do Código de Processo Civil, porquanto o r. despacho representa fator de lesão grave e de difícil reparação aos objetivos de preservação ambiental da área, seguindo-se, abaixo, os relevantes fundamentos para a concessão.

Requer-se, outrossim, a intimação do andamento deste recurso aos seguintes Procuradores do Estado: deste subscritor, do Doutor Egídio Carlos da Silva, do Doutor Guilherme José Purvin de Figueiredo e do Doutor Orlando Gonçalves de Castro Júnior.

Termos em que p. deferimento.

Santos, 28 de dezembro de 2007.

Paulo Roberto Fernandes de Andrade
Procurador do Estado

MINUTA DE AGRAVO DE INSTRUMENTO

Agravante: Fazenda Pública do Estado de São Paulo
Patrono: Paulo Roberto Fernandes de Andrade, Procurador do Estado, dispensado de apresentar instrumento de mandato, *ex vi legis*.
Agravado: Milton Carlos Fernandes.
Patrono: Estevam Francischini Júnior, advogado.
Egrégio Tribunal,
Colenda Câmara,
Nobres Julgadores.

Tem o presente recurso o objetivo de reformar a r. decisão interlocutória de fls., que indeferiu o pedido de tutela antecipada, sob o argumento judicial de que, à vista dos documentos que instruem a inicial, não há comprovação de que o esbulho ocorreu há menos de ano e dia.

Tal decisão causa sérios gravames à recorrente, conforme se exporá abaixo.

Assim, a r. decisão ora combatida merece ser reformada, por não agir o MM. Juiz *a quo* com o costumeiro acerto, e não merece prosperar, porquanto deixou de analisar corretamente os fatos, resultando na incorreta aplicação do direito.

Síntese da demanda

A Fazenda do Estado tomou conhecimento, por meio de ofício, laudo de danos ambientais, fotos do local e cópia de termo circunstanciado pela prática de crime ambiental, que o réu estaria residindo no interior do Parque Estadual da Serra do Mar, Unidade de Conservação Integral.

A área invadida se localiza em próprio estadual, adquirido pelo Estado de São Paulo da Santa Casa de Misericórdia de Santos, em 09.03.1918, através de escritura pública lavrada no 2º Tabelião de Notas de São Paulo, denominada "Sítio Queiroz Pilões", com área de 1.116,34 alqueires, situado no Município de Cubatão e que se encontra devidamente transcrito sob o n. 16.536, no 1º Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Santos.

O réu praticou dano ao patrimônio ambiental do Estado, com a construção indevida, não permitida e irregular de uma residência constituída por dois barracos, além de proceder ao depósito de lixo e restos de construção em área contígua, com a finalidade de ocupá-la também, sem que houvesse, ademais, qualquer espécie de solução ambiental para a destinação de esgoto doméstico.

Com isso, causou impacto ambiental de ordem direta, tendo em conta a supressão de vegetação com a impermeabilização do solo, o impedimento da regeneração natural, a colocação de material inerte não permitido em área protegida e a compactação do solo, o que pode ser visto através das fotos que acompanham o laudo ambiental.

E é evidente que o réu causou também impactos de ordem indireta ao meio ambiente, em razão da alteração da paisagem e na indução de novas ocupações, à medida que abre espaços para novas outras construções.

A petição inicial foi acompanhada de diversos documentos comprobatórios da alegação da agravante, e, mesmo assim, foi determinado que a autora emendasse a inicial, o que foi efetivado.

No entanto, às fls. o MM. juiz *a quo* indeferiu a tutela antecipada, determinando a citação do réu.

A Fazenda interpôs embargos de declaração com referência ao r. despacho de fls., por não portar o ato jurisdicional a necessária fundamentação, impedindo de ser visualizado o motivo do indeferimento da tutela antecipada.

Às fls., o agravado apresentou sua contestação, procuração e documentos.

E, por fim, às fls., o MM. Juízo recebeu os embargos declaratórios e deu-lhes provimento, acrescendo à r. decisão de fls. o argumento de que, à vista dos

documentos juntados na inicial, não há comprovação de que o esbulho ocorreu há menos de ano e dia.

Dos danos. Da tutela antecipada. Da inexistência de posse do réu a ser preservada

Inicialmente, cabe alertar que se trata, o caso em questão, de área de preservação ambiental e de patrimônio do Estado, na qual o requerido construiu indevidamente e encontra-se praticando danos que causam enormes impactos ambientais.

O agravado praticou dano ao patrimônio ambiental do Estado, com a construção indevida, não permitida e irregular de uma residência constituída por dois barracos, além de proceder ao depósito de lixo e restos de construção em área contígua, com a finalidade de ocupá-la também, sem que houvesse, ademais, qualquer espécie de solução ambiental para a destinação de esgoto doméstico.

Com isso, causou impacto ambiental de ordem direta, tendo em conta a supressão de vegetação com a impermeabilização do solo, o impedimento da regeneração natural, a colocação de material inerte não permitido em área protegida e a compactação do solo, o que pode ser visto através das fotos que acompanham o laudo ambiental. E é evidente que o réu causou também impactos de ordem indireta ao meio ambiente, em razão da alteração da paisagem e na indução de novas ocupações, à medida que abre espaços para novas outras construções.

Assim, o indeferimento da tutela antecipada em primeira instância, e sua eventual manutenção em sede recursal, significa autorizar a continuidade do prejuízo ambiental na área em debate.

Ora, se a Constituição Federal de 1988 prevê o direito social à moradia, não permite invasões de área cuja propriedade se acha consolidada, pois a própria Carta Magna tutela a propriedade (art. 5º, XXII da CF), máxime quando ela é utilizada socialmente, como o faz o Estado de São Paulo, que, aliás, cabe lembrar, destinou tal bem, ora invadido, como bem de relevante interesse público ambiental, e está apenas procurando tutelá-lo, nos termos do artigo 225 da mesma Constituição Federal.

O agravado, outrossim, com seus indevidos atos, infringiu diversos princípios fundamentais do direito ambiental, que se manifesta mediante os princípios: do ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental da pessoa humana; da natureza pública da proteção ambiental; do controle do poluidor pelo Poder Público; da participação comunitária; do poluidor pagador; da prevenção; da função socioambiental da propriedade; do direito ao desenvolvimento sustentável; da cooperação etc.

Ora, como se sabe:

> "(...) no direito ambiental, diferentemente do que se dá com outras matérias, vigoram dois princípios que modificam profundamente as bases e a manifestação do poder de cautela do juiz: a) o princípio da prevalência do meio ambiente (da vida); e b) o princípio da precaução, também conhecido como princípio da prudência e da cautela." (Edis Milaré, *A ação civil pública 15 anos*: a ação civil pública por dano ao meio ambiente, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 243).

Para José Afonso da Silva, as normas constitucionais referentes ao meio ambiente geraram a formação de um novo direito fundamental. A proteção ao meio ambiente vai além da preservação da flora e fauna, mas implica em proporcionar ao homem direito a uma vida saudável. Discorrendo sobre o tema, o insigne jurista esclarece:

> "A proteção ambiental, abrangendo a preservação da natureza em todos os seus elementos essenciais à vida humana e à manutenção do equilíbrio ecológico, visa tutelar a qualidade do meio ambiente em função da qualidade de vida, como uma forma de direito fundamental da pessoa humana. Encontramo-nos, assim, como nota Santiago Anglada Gotor, diante de uma nova projeção do direito à vida, pois neste há de incluir-se a manutenção daquelas condições ambientais que são suportes da própria vida, e o ordenamento jurídico, a que compete tutelar o interesse público, há que dar resposta coerente e eficaz a essa nova necessidade social." (*Direito ambiental constitucional*, p. 36).

Patente, pois, a plausibilidade das alegações exordiais e posteriores do Estado, de ofensa a normas e princípios constitucionais e legais, em razão de o requerido ter invadido e danificado a área ambiental tratada.

As seguintes decisões jurisprudenciais embasam a pretensão da Fazenda do Estado, tanto com relação à concessão de provimento antecipado em matéria ambiental, como no que tange à demolição das construções indevidas em área de preservação:

> "Agravo de instrumento – Ação civil pública. Dano ao meio ambiente. Liminar deferida. Em se tratando de liminar em ação civil pública por dano ao meio ambiente, a regra é o provimento jurisdicional, impedindo a extensão do dano. Recurso a que se dá provimento." (TJMG – AI n. 1.0064.04.910501-4/002/Belo Vale, 3ª Câmara Cível, rel. Des. Lucas Sávio V. Gomes, rel. p/ acórdão Des. Kildare Carvalho, j. 24.02.2005, publ. 18.03.2005).

> "Tutela antecipada – Ação civil pública. Concessão. Determinação de suspensão de exploração de áreas tidas como de preservação ambiental permanente. Necessidade. Responsabilidade objetiva do adquirente de terras rurais que teve transferida a si, automaticamente, a responsabilidade pelo dano. Ocorrência. Recurso improvido." (TJSP – AI n. 521.821-5/4/Franca, Câmara Especial do Meio Ambiente, rel. Renato Nalini, j. 09.02.2006, v.u.).

"Ação Civil Pública – Dano ao meio ambiente. Liminar. Requisitos presentes. Deferimento. Constatado o dano ao meio ambiente, e presentes os requisitos, o deferimento da liminar em ação civil pública, para que se adotem as medidas necessárias para fazer cessar o dano." (TJMG – AI n. 1.0672.05.171865-4/001/Sete Lagoas, 4ª Câmara Cível, rel. Des. Antônio Hélio Silva, j. 10.11.2005, publ. 15.11.2005).

"Ação Civil Pública – Ambiental. Sentença que determinou ao proprietário de imóvel a demolição de construção clandestina levantada em área de proteção ambiental, com a retirada do material e recomposição do solo, julgado improcedente o pedido de condenação do Município. Ministério Público que pretende a condenação solidária do Município. Corréu proprietário do imóvel que busca a improcedência do pedido. Demolição necessária, pois constatado que a construção se deu clandestinamente e em área de proteção ambiental. Condenação solidária do Município apenas na retirada do entulho, sendo este o limite do pedido, o que afasta o conhecimento integral do apelo ministerial. Apelo ministerial provido na parte conhecida, não provido o apelo do corréu." (TJSP – AC n. 164.061-5/São José dos Campos, 9ª Câmara de Direito Público, rel. Geraldo Lucena, j. 25.04.2001, v.u.).

"Litisconsórcio – Ação civil pública. Meio ambiente. Como regra geral, litisconsortes necessários são aqueles alcançados pelo julgado, na hipótese, determinador de demolição de construções invasoras de área de preservação ambiental permanente, não atinente a outros infratores, uma vez que nem a lei nem a natureza da relação jurídica implicam em decisão uniforme para todas as partes. Preliminar rejeitada. Recurso não provido." (TJSP – AC c/Rev. n. 629.137-5/0/São José do Rio Pardo, Câmara Especial do Meio Ambiente, rel. Torres de Carvalho, j. 27.09.2007, v.u.).

"Ação Civil Pública – Meio ambiente. Loteamento irregular. Parcelamento do solo realizado em área de manancial. Infração de normas urbanísticas e ambientais. Ajuizamento da ação contra a associação comunitária que invadiu o imóvel e vendia os lotes à população, a associação de moradores que ocupa irregularmente o local, as pessoas dos empreendedores do loteamento, bem como a Prefeitura Municipal e a Fazenda do Estado. Existência de prova das ilicitudes e da responsabilidade dos empreendedores e da associação de moradores. Imposição das condenações da Lei n. 6.938/81, condenada à indenização a ser apurada em liquidação. Determinação ainda da demolição das construções erigidas irregularmente, bem como a apresentação de projeto de remodelação do loteamento que contemple propostas de recuperação ambiental da Bacia Billings. Ação procedente em parte. Recurso adesivo do Ministério Público provido para estes fins." (TJSP – AC n. 400.001-5/0/São Bernardo do Campo, Câmara Especial do Meio Ambiente, rel. J.G. Jacobina Rabello, j. 09.11.2006, v.u.).

"Ação Civil Pública – Meio ambiente. Aterros de construção não licenciados à margem de rio. Área de conservação permanente. Demolição do empreendimento e regeneração da vegetação. Necessidade. Recurso não provido. Prova. Laudo pericial. Nulidade. Inocorrência. Falta de assinatura do termo de encerramento.

> Irrelevância. Primeira folha subscrita e demais rubricadas. Preliminar rejeitada. Ambiental. Realização de aterros e de construção não licenciados à margem de rio. 1. Inexiste ilegalidade no julgamento antecipado, quando a pretendida prova oral mostra-se insuficiente para comprovação de fato desconstitutivo. 2. A ausência de assinatura do termo de encerramento do laudo longe está de configurar nulidade, estando a primeira folha subscrita pelo responsável e rubricadas as demais. 3. As construções levadas a efeito em área de conservação permanente caracterizam dano ao meio ambiente, subsistindo as obrigações de regeneração e de demolição do empreendimento. 4. Apelação desprovida." (TJSP – AC n. 243.924-5/8-00/Teodoro Sampaio, 1ª Câm. de Direito Público, rel. Des. Demóstenes Braga, j. 26.04,2005, v.u, *JTJ* 293/29, *BAASP* 2.477/433-m, de 26.06.2006).

Ademais, sendo a posse do réu, ora agravado, também indevida, injusta e de má-fé, não gera efeitos possessórios a embasar pretensão de permanência, de retenção ou de ressarcimento por benfeitorias, se é que a ocupação do requerido possa ser chamada de posse, o que é negado infra.

Isso porque, em se tratando de terras devolutas, há impossibilidade de posse sobre tal área, posto que onde não existe propriedade, não se fala em posse, já que estamos tratando de bem fora do comércio.

Há mera detenção de bem público, em obediência ao princípio da inalienabilidade dos bens públicos, de acordo com a lição de Tito Fulgêncio, expressamente acolhida na jurisprudência, como segue:

> "Posse – Bem público. Apropriação por particular. Inadmissibilidade. Bem fora do comércio. Aplicação do artigo 67 do Código Civil.
>
> Tratando-se de bens públicos de uso comum não pode haver posse do particular. Eles estão fora do comércio e, pois, sem potência passiva de apropriação.
>
> (...) em se tratando de bens públicos, o tema envolve considerações de outra natureza. Expõe Tito Fulgêncio a propósito que a aquisição da posse está sujeita às condições de validade dos atos jurídicos, especificadas nos artigos 81 a 85 do Código Civil; é o que dispõe o artigo 493, parágrafo único, do mesmo Código. Assim, tal aquisição exige agente capaz, objeto lícito e forma prescrita e não defesa em lei (art. 82 do CC).
>
> Aqui se põe em causa o segundo requisito (objeto lícito), sobre o qual Tito Fulgêncio expende as seguintes considerações: 'Posse e propriedade são perfeitamente paralelas; onde não há propriedade não pode haver posse; onde a propriedade é possível, a posse também o é, visto como afinal são comuns as condições de sua existência. Consequência: podem ser possuídas todas as coisas e direitos de exercício confundido com a posse material, que forem suscetível de compra e circulação econômica; não podem ser os fora do comércio, que se distribuem em duas classes (art. 69), as saber: I - as insuscetíveis de apropriação particular, onde se incluem: a) as de uso inexaurível como o ar, a

luz etc.; b) as públicas. Estas se subdividem conforme o artigo do Código criteriado pelo modo de serem utilizadas, em três ordens: 1ª) as de uso comum a todos, em que a propriedade é do povo cabendo a guarda e a gestão à Administração Pública. (...) 3ª) as dominiais. A União, o Estado ou Município exercem os direitos de propriedade, segundo o Direito Público, como terras devolutas, bens vagos e do evento, estradas de ferro, telégrafos etc. A inalienabilidade é caráter ou particularidade de todos esses bens, que somente a perderão nos casos e forma que a lei prescrever. Assim o dispõe indistintamente, o artigo 67 e, portanto, enquanto conservarem esses bens a sua inalienabilidade particular, não podem ser objeto de posse e estão isentos de usucapião que pressupõe um bem capaz de ser livremente alienado.'

(...)

Da mesma forma, Pontes de Miranda deixou perfeitamente explicitado: 'Coisas fora do comércio – Quanto às terras fora do comércio ou quaisquer outros bens extracomércio não cabe proteção possessória se a posse que alega é própria, salvo se o autor da ação é o Estado e o bem é extracomércio por lhe pertencer.' (Tribunal de Apelação do Amazonas, 26.09.1938, *Julgados e decisões*, 1938, II/439: Se o bem dominial não se presta à posse *ad usucapionen*, também não se presta à posse *ad interdicta* (por ausência, em um ou outro caso, do requisito *res habilitalis*).

(...)

Ensina Caio Mário da Silva Pereira que 'nem todo estado de fato relativo à coisa ou sua utilização, é juridicamente posse; às vezes o é, outras não passa de mera detenção, que muito se assemelha à posse, mas que dela se difere na essência como nos efeitos' (...)" (1° TACSP – AC n. 276.453, *RT* 556/108).

No mesmo sentido, vale transcrever:

"Agravo de Instrumento – Despacho que indeferiu liminar requerida pela Municipalidade em ação de reintegração de posse. Área pública invadida por particular. A ocupação de bem público por particular caracteriza detenção e não posse, esta última apenas exercida pelo Poder Público. Pode o Poder Público possuidor da área reivindicá-la de quem indevidamente detém a sua posse. Recurso provido." (TJSP – AI n. 218.274-5/2-00/São Paulo, 2ª Câmara de Direito Público, rel. Gamaliel Costa, j. 05.06.2001).

"Reintegração de posse – Bem público. Liminar mantida. Área comprovadamente pública. Impossibilidade de posse pelos particulares, mas de mera detenção. Questões atinentes à legitimidade da Municipalidade para figurar no pólo ativo da lide, poderão ser veiculadas no momento oportuno perante o juízo *a quo*, sob pena de violação do princípio constitucional do duplo grau de jurisdição. Agravo de instrumento não provido." (TJSP – AI n. 239.480-5/6/São Paulo, 9ª Câmara de Direito Público, rel. Geraldo Lucena, j. 15.08.2001).

> Agravo de Instrumento – Ação possessória que tem por objetivo a desocupação das áreas a serem transferidas aos remanescentes do quilombo do bairro "São Pedro". Decisão agravada que deferiu liminar de reintegração de posse em favor da Fazenda Pública. Admissibilidade. Bem público. Ocupação por particular em caracteriza mera detenção, e não posse. Desprovimento do agravo." (TJSP – AI n. 316.521.5-5/Eldorado Paulista, rel. Osvaldo Magalhães).

E como ensina o ilustre magistrado e professor Humberto Theodoro Junior, "não é possuidor e, pois, carece de legitimidade para os interditos, o simples detentor, que ocupa a coisa esbulhada por mera permissão ou tolerância do verdadeiro possuidor" (*Curso de direito processual civil*, 36. ed., Rio de Janeiro: Forense, v. 3, p. 132).

Por outro lado, não se pode olvidar que os imóveis e as terras de domínio público, tais como a presente área, em face do parágrafo 3º do artigo 183 e parágrafo único do artigo 191 da Constituição Federal de 1988, não podem ser possuídos como objetos que entram no patrimônio *in re familiari*.

Trata-se de bem fora de comércio e, como tal, insuscetível de apropriação, nos termos do artigo 100 do Código Civil, que ainda traz o artigo 102, estabelecendo serem os bens públicos não sujeitos a usucapião.

Assim, não se configura, em face das terras públicas, seja a prescrição extintiva, seja a aquisitiva, bem como qualquer pretensão ou autorização de permanência indevida, danosa e não autorizada.

Dos fundamentos jurídicos

O artigo 225 da Constituição Federal e seu parágrafo 3º declaram:

> "Artigo 225 - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.
>
> (...)
>
> § 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados."

Vale transcrever o parágrafo 5º do citado artigo da Constituição Federal:

> "§ 5º - São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais."

A Constituição Estadual de São Paulo, por sua vez, impõe:

> "Artigo 194 - Aquele que explorar recursos naturais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com a solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.
>
> Parágrafo único - É obrigatória, na forma da lei, a recuperação, pelo responsável, da vegetação adequada nas áreas protegidas, sem prejuízo das demais sanções cabíveis."

O artigo 203 da Constituição do Estado de São Paulo praticamente repete aquilo que consta do parágrafo 5º do artigo 225 da Constituição Federal, ou seja, declara indisponíveis as terras devolutas estaduais inseridas em unidades de conservação ou necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

O artigo 23 da Constituição Federal, por sua vez, outorga aos Estados a competência comum para proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas, bem como para preservar as florestas, a fauna e a flora.

A Lei federal n. 6.938/1981 indica a recuperação das áreas degradadas como um dos princípios da Política Nacional do Meio Ambiente, impondo ao predador e ao poluidor a obrigação dessa recuperação.

No Estado de São Paulo, a reposição florestal é tratada pela Lei estadual n. 10.780, de 9 de março de 2001.

A Lei federal n. 7.347/85 disciplina a ação de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, bem como a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, figurando o Estado como parte legítima para a propositura de tal medida judicial.

Também é oportuno salientar que o artigo 5º da Constituição Federal elenca a propriedade como garantia fundamental, impondo à mesma a obrigação de cumprir a sua função social.

O Parque Estadual da Serra do Mar constitui unidade de conservação ambiental de proteção integral, modalidade essa claramente definida pelos artigos 7º, 8º e 11 da Lei federal n. 9.985/2000.

Vale dizer que o objetivo básico de qualquer unidade de proteção integral é preservar a natureza, sendo admitido apenas o uso indireto dos seus recursos naturais, com exceção dos casos previstos nessa Lei.

Pedimos vênia para transcrever o *caput* e o parágrafo 4º do artigo 11 da Lei federal n. 9.985/2000, *verbis*:

> "Artigo 11 - O Parque Nacional tem como objetivo básico a *preservação de ecossistemas naturais de grande relevância ecológica e beleza cênica*, possibilitando a realização de pesquisas científicas e o desenvolvimento de atividades de educação e interpretação ambiental, de recreação em contato com a natureza e de turismo ecológico.

(...)

§ 4º - As unidades dessa categoria, quando criadas pelo Estado ou Município, serão denominadas, respectivamente, Parque Estadual e Parque Natural Municipal." (grifamos)

O Parque Estadual da Serra do Mar, como já dito, mas valendo reiterar, constitui unidade de conservação ambiental de proteção integral, cujos objetivos básicos são a preservação do ecossistema natural de grande relevância e a beleza cênica para fins de pesquisa e desenvolvimento de atividades de educação ambiental, modalidades essas claramente definidas pelo artigo 1º do Decreto n. 10.251/77.

Deve-se ressaltar, ademais, que o Parque Estadual da Serra do Mar é parte da Mata Atlântica, considerada patrimônio nacional pela Constituição Federal, conforme prevê o parágrafo 4º do seu artigo 255:

"§ 4º - A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais."

A Mata Atlântica também é protegida pelo Decreto n. 750/93, que no seu artigo 3º, assim a define:

"Artigo 3º - Para os efeitos deste Decreto, considera-se Mata Atlântica as formações florestais e ecossistemas associados inseridos no domínio Mata Atlântica, com as respectivas delimitações estabelecidas pelo Mapa de Vegetação do Brasil, IBGE 1988: Floresta Ombrófila Densa Atlântica, Floresta Ombrófila Mista, Floresta Ombrófila Aberta, Florestal Estacional Semidecidual, Floresta Estacional Decidual, manguezais, restingas, campos de altitude, brejos interioranos e encraves florestais do Nordeste."

A sua conservação é tão importante para o meio ambiente que o artigo 1º do Decreto n. 750/93 proíbe seu corte, supressão e exploração:

"Artigo 1º - Ficam proibidos o corte, a exploração e a supressão de vegetação primária ou nos estágios avançado e médio de regeneração da Mata Atlântica."

A Mata Atlântica já cobriu quase toda a faixa litorânea de norte a sul do Brasil. Hoje, o pouco que restou está protegido em parques, reservas e estações ecológicas.

De todas essas premissas, conclui-se que é de suma importância a preservação do Parque Estadual da Serra do Mar, visto que compreende uma das maiores áreas remanescentes da Mata Atlântica, campos de altitude, manguezais e todos os tipos de vegetação costeira.

Acrescente-se, ainda, que nessa área situa-se manancial de água que abastece as cidades de Santos, São Vicente e Cubatão. Verifica-se, dessa forma, a importância

do local e da preservação da flora e fauna locais, bem como pela conservação do abastecimento de água para as cidades da região.

Outrossim, o artigo 1.228 do novo Código Civil garante ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor da coisa, bem como o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

E o artigo 1.232 do citado Código declara que os frutos da coisa pertencem ao proprietário.

O *caput* do artigo 927 do Código Civil, por sua vez, declara:

> "Artigo 927 - Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo."

Tratando da indenização decorrente de esbulho, temos o *caput* do artigo 952 do Código Civil, *verbis*:

> "Artigo 952 - Havendo usurpação ou esbulho do alheio, além da restituição da coisa, a indenização consistirá em pagar o valor das suas deteriorações e o devido a título de lucros cessantes; faltando a coisa, dever-se-á reembolsar o seu equivalente ao prejudicado."

Já a posse do réu, nitidamente, é de má-fé, pois a posse do Estado é conhecida pelo mesmo, ou ao menos não é específica e eficazmente negada, e dessa forma não gera frutos, retenção ou indenizações, conforme preceitua o artigo 1.220 do Código Civil:

> "Artigo 1.220 - Ao possuidor de má-fé serão ressarcidas somente as benfeitorias necessárias; não lhes assiste o direito de retenção pela importância destas, nem o de levantar as voluptuárias."

Ademais, se supostamente o requerido recebeu posse ou garantia de posse por terceiros, em uma sucessão de transferência de posses, são elas viciadas, de má-fé, clandestinas e precárias, e não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância, assim como os atos clandestinos.

Nos termos do artigo 1.203 do Código Civil, a posse mantém o mesmo caráter com que foi adquirida, e como foi adquirida de má-fé, esbulhada, clandestina, precária, por supostos antecessores, mantém tais características a posse do réu, descabendo acessão de posse de má-fé, descabendo ainda tal posse gerar efeitos, nos termos dos artigos 1.210 e ss. do Código Civil.

E eventuais títulos de domínio da área, ou de transferência de posse, que contradizem as afirmações da autora, são nulos e sem eficácia, já que não derrubam a aquisição da requerente e até atentam contra o ato jurídico perfeito que externou ser a área do Estado, e contra a coisa julgada que processualmente decidiu lide específica, dando conta de ser a terra pública e estatal.

Ora, ressalte-se: não há como negar que o réu e familiares ocupam indevidamente imóvel do Estado destinado à preservação ambiental, com título soberano e cujos atos de posse se cristalizaram por atos de fiscalização, conservação, legislações a respeito e outros atos efetivos de tutela, dentre os quais a propositura da presente ação.

Outrossim, se a Constituição Federal de 1988 prevê o direito social à moradia, não permite invasões de área cuja propriedade se acha consolidada, pois a própria Carta Magna tutela a propriedade (art. 5º, XXII da CF), máxime quando ela é utilizada socialmente, como o faz o Estado de São Paulo, que, aliás, cabe lembrar, destinou tal bem, ora invadido, como bem de relevante interesse público ambiental, e está apenas procurando tutelá-lo.

O Estado de São Paulo é proprietário e possuidor da área e a utiliza com o intuito social, não se pode negar.

E não ocorreu qualquer inércia estatal no que se refere ao bem em litígio, já que o Estado não ficou inerte em suas atribuições de tutela do bem; o bem foi adquirido por meios legais e legítimos, valendo o que consta no título aquisitivo e exposto no registro de imóveis, e se trata a área de bem público, não passível de perda ou de usucapião.

Ademais, nos termos do artigo 83 da Lei n. 8.078/90, plenamente aplicável à presente demanda por analogia e por visar à preservação de bem ambiental difuso e de interesse geral, para a defesa dos direitos e interesses tratados no presente caso são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela, pelo que visa o Estado não só à recuperação do bem, mas ainda à retirada dos invasores, por se constituir na única medida definitiva e eficaz para fazer cessar os danos ao ambiente e impedir a continuidade da indevida ocupação, dando-se à área o destino público de direito.

Daí que não se objetiva apenas a reintegração, mas sim a tutela do bem ambiental como um todo, sendo, portanto, plenamente cabível a presente ação, que dá condições ao Estado de obter o que deseja e foi expresso na petição inicial.

Cabe ressaltar ainda que, por meio do competente órgão de proteção e de fiscalização do Estado, instaurou-se procedimento administrativo constatando-se a invasão, por parte do réu, de área ambiental, e de construção irregular, tudo sem autorização, infringindo leis e portarias ambientais, inclusive a Lei n. 9.605/98.

Por outro lado, permitir a permanência do réu, esposa, familiares e eventuais sucessores no local decerto incentivaria a ocupação indevida de outras pessoas, ante a sensação (embora equivocada) de inércia dos órgãos responsáveis na vigilância ambiental, abrindo um precedente sério no sentido de que outros invasores poderiam se sentir no direito de construir suas próprias edificações, gerando desenfreado, irregular e desordenado apossamento, aumentando ainda mais a degradação daquela importante e fundamental unidade de conservação.

O agravado, outrossim, com seus indevidos atos, infringiu diversos princípios fundamentais do direito ambiental, que se manifesta mediante os princípios: do ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental da pessoa humana; da natureza pública da proteção ambiental; do controle do poluidor pelo Poder Público; da participação comunitária; do poluidor pagador; da prevenção; da função socioambiental da propriedade; do direito ao desenvolvimento sustentável; da cooperação etc.

A posse do réu, esposa e demais familiares ocupantes, destarte, é indevida, injusta e de má-fé, não gerando efeitos possessórios a embasar sua pretensão de permanência, se é que a ocupação do requerido possa ser chamada de posse, o que é negado infra.

Isso porque, em se tratando de terras devolutas, há impossibilidade de posse sobre tal área, posto que, onde não existe propriedade, não se fala em posse, já que estamos tratando de bem fora do comércio.

Há mera detenção de bem público, em obediência ao princípio da inalienabilidade dos bens públicos, de acordo com a lição de Tito Fulgêncio supracitada

Por outro lado, não se pode olvidar que os imóveis e as terras de domínio público, tais como a presente área, em face do parágrafo 3º do artigo 183 e parágrafo único do artigo 191, da Constituição Federal de 1988, não podem ser possuídos como objetos que entram no patrimônio *in re familiari*.

Trata-se de bem fora de comércio e, como tal, insuscetível de apropriação, nos termos do artigo 100 do Código Civil, que ainda traz o artigo 102, estabelecendo serem os bens públicos não sujeitos a usucapião.

Assim, não se configura, em face das terras públicas, seja a prescrição extintiva, seja a aquisitiva.

Pois bem, de tudo o que foi dito, podemos obter as seguintes conclusões:

1) o Estado de São Paulo encontra-se legitimado a postular a desocupação da área invadida pelo réu, esposa, familiares e eventuais sucessores, uma vez que o imóvel *sub judice* integra o patrimônio ambiental de relevante interesse do Estado de São Paulo, não figurando o réu como detentor de direitos sobre a citada área;

2) o Estado de São Paulo encontra-se legitimado a postular a condenação do réu na recuperação ambiental da área degradada, uma vez que o mesmo foi o causador do dano ambiental ocorrido no interior do Parque Estadual da Serra do Mar (art. 193, inc. XIV, da CE).

3) o Estado de São Paulo encontra-se legitimado a postular a condenação do requerido no pagamento de indenização pelos danos materiais e morais causados ao seu patrimônio, uma vez que destruiu a cobertura vegetal pertencente ao Estado de São Paulo (danos materiais), acarretando inclusive prejuízos estéticos e paisagísticos ao Parque Estadual referido (dano moral);

4) o Estado de São Paulo encontra-se legitimado a promover ação civil pública, ação possessória e reivindicatória, bem como todos os provimentos necessários

para consecução dos fins supraexpostos, uma vez que a proteção ao meio ambiente, ao seu patrimônio, aos bens de valor estético, turístico e paisagístico constituem competências instituídas pelo sistema normativo que tutela os interesses difusos e coletivos.

5) o Estado de São Paulo encontra-se legitimado a postular a concessão da medida liminar prevista no artigo 12 da Lei n. 7.347/85, também plenamente aplicável ao caso em tela, presentes que estão seus requisitos, assim como a tutela antecipada do artigo 273 do Código de Processo Civil, na medida que se configura a hipótese de dano irreparável ou de difícil reparação, com a indevida ocupação e a atuação danosa do réu ao meio ambiente local, presentes a prova inequívoca e a verossimilhança de sua alegação.

Bens em confronto. Interesse ambiental vulnerado. Do pedido de antecipação de tutela recursal.

De outro lado, conforme faculta o artigo 527, inciso III, combinado com o artigo 558, ambos do Código de Processo Civil, a agravante requer ainda a concessão de antecipação de tutela recursal, determinando a desocupação do agravado, esposa e familiares do imóvel, bem como reintegrando a agravante na posse do bem de raiz e autorizando a demolição das construções existentes, por serem, essas, as únicas medidas eficazes para fazer cessar os danos ambientais e evitar novos prejuízos ao meio a ser preservado.

Os pressupostos autorizadores da antecipação restam configurados, nos termos dos citados artigos do Código de Processo Civil, porquanto o r. despacho representa fator de lesão grave e de difícil reparação aos objetivos de preservação ambiental da área, seguindo-se, abaixo, os relevantes fundamentos para a concessão.

Cumpre observar que, com a permanência do réu na área, ele prosseguirá com as atividades agressoras, vulnerando o interesse ambiental. E, na feliz expressão de Sérgio Ferraz, o meio ambiente é *res omnium*, coisa de todos (Responsabilidade civil por dano ecológico, *Revista de Direito Público*, n. 49-50, p. 34).

Ora, confrontando-se, no processo em tela, o interesse individual em manter-se alocado o agravado na área, enquanto corre o litígio, e o interesse coletivo, tutelado pela agravante, na recuperação da vegetação suprimida e na preservação do bem ambiental, cuja proibição de corte tem como fundamento a manutenção do equilíbrio das relações que se desenvolve no meio ambiente, deve este prevalecer.

O meio ambiente apresenta um frágil equilíbrio, e foi o que conduziu a uma rápida degradação da fauna e flora em todo o mundo, cujas consequências vão desde o assoreamento de rios, erosão e mudanças climáticas, até doenças que atingem o ser humano.

A reconstituição do meio florestal degradado não se faz apenas com dinheiro, que, mesmo sendo gasto sem limites, não devolverá o equilíbrio ambiental, por se tratar de campo ainda em estudos. Desmatada uma área, tal com a ora em litígio, há danos que impõem rápida recuperação, danos graves e geradores de relevantes prejuízos a toda a coletividade, especialmente aos proprietários das áreas, tal como o Estado.

Destarte, sopesados os bens colocados em confronto, verifica-se facilmente que o interesse na preservação do meio ambiente se sobrepõe, não podendo prevalecer entendimentos acautelatórios que objetivam manter o réu na área, sem motivo para tanto, e que geram a manutenção do dano e o perpetuamento da situação lesiva, em detrimento do interesse ambiental a ser tutelado.

Conclusão

Por todo o exposto, requer-se desse Egrégio Tribunal de Justiça seja concedida tutela antecipada, nos termos supraexpostos.

E espera-se, ao final, seja dado provimento ao presente agravo, para os fins de reformar a r. decisão interlocutória de fls., que indeferiu o pedido de tutela antecipada, e a outorgando, com fulcro nos motivos e fundamentos acima relatados.

Assim agindo, estar-se-á praticando a verdadeira *justiça* e a perfeita tutela jurisdicional.

Termos em que p. deferimento.

Santos, 28 de dezembro de 2007.

PAULO ROBERTO FERNANDES DE ANDRADE
Procurador do Estado

Excelentíssimo Senhor Doutor Desembargador Torres de Carvalho, Relator da E. Câmara Especial de Meio Ambiente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

O Estado de São Paulo, pela Procuradora do Estado que esta subscreve, vem à presença de Vossa Excelência, tempestivamente, interpor Agravo, com fundamento no artigo 557, parágrafo 1° do Código de Processo Civil, contra r. decisão de fls. proferida pelo Egrégio Tribunal de Justiça que negou seguimento ao agravo de instrumento com pedido de tutela antecipada recursal, pelos motivos expostos na minuta anexa.

Termos em que,
Pede deferimento.

São Paulo, 1º fevereiro de 2008.

ADRIANA RUIZ VICENTIN
Procuradora do Estado

Agravante: Fazenda Pública do Estado de São Paulo
Agravado: Milton Carlos Fernandes
Agravo de Instrumento n. 743.591.5/2
Processo de Origem n. 157.01.2007.003726-0
N. de ordem: 595/2007
4ª Vara Cível da Comarca de Cubatão-SP

MINUTA DE AGRAVO

Egrégio Tribunal
Colenda Câmara
Nobres Julgadores

Breve resumo

O ora agravado invadiu área pertencente ao Parque Estadual da Serra do Mar, imóvel próprio estadual, adquirido pelo Estado de São Paulo da Santa Casa de Misericórdia de Santos em 9 de março de 1918, conforme já comprovado na petição inicial, com a finalidade de fixar residência. Ocupou a área irregularmente, causando danos ambientais.

A tutela antecipada foi indeferida pelo MM. Juiz *a quo*, sem que houvesse fundamentação. Assim, a ora agravante interpôs embargos de declaração, sendo estes acolhidos, sob o argumento de que os documentos juntados na inicial não comprovavam havia ocorrido a menos de ano e dia.

Em seguida a agravante interpôs agravo de instrumento com pedido de tutela antecipada recursal. O nobre relator, com fundamento no artigo 557 do Código de Processo Civil, negou seguimento ao agravo, muito embora tenha reconhecido expressamente que o agravado é mero detentor, sendo que a detenção de área pública não recebe proteção legal. Não obstante o exposto, o ilustre relator ressaltou que o invasor está ocupando área inserta em Zona de Ocupação Temporária dentro do Parque Estadual. Como não havia esclarecimento suficiente com relação às características dessa Zona, que, pela simples análise do nome sugere permitir ocupação temporária, e como a agravante não esclareceu se igual conduta estava sendo tomada com relação aos demais ocupantes, vizinhos do agravado, entendeu que o momento processual não permitia a concessão de tutela antecipada recursal.

Em que pese o respeito que se tem para com o entendimento do nobre relator, sua decisão merece reforma, conforme demonstraremos.

Da definição de Zona de Ocupação Temporária

O Plano de Manejo do Parque Estadual da Serra do Mar (o qual está acessível para qualquer pessoa no *website* oficial do Governo do Estado de São Paulo, <http://www.iflorestal.sp.gov.br/Plano_de_manejo/PE_SERRA_MAR/index.asp>, define e regulamenta o zoneamento do Parque Estadual da Serra do Mar. Para realizar o zoneamento, os tipos e as denominações das zonas tiveram como base os descritos no roteiro metodológico elaborado pelo Ibama (IBAMA/GTZ, 2002). Dessa forma, cada zona do Parque Estadual da Serra do Mar (doravante PESM) tem características próprias, com propostas de manejo e normas individualizadas, e leva em consideração graus específicos de proteção e possibilidades de intervenção humana.

Para a sua elaboração foram considerados: (a) os objetivos do Parque como Unidade de Conservação de Proteção Integral (Lei n. 9.985/2000); (b) a avaliação da biodiversidade, do meio físico e dos vetores de pressão; (c) as demandas das instituições e comunidades locais, consensuadas nas reuniões de planejamento participativo; e, (d) a confecção de mapas intermediários, elaborados pelo cruzamento dos dados espacializados do meio físico, biótico, da ocupação antrópica, dos programas e objetivos de manejo, o que resultou no mapa síntese, com a identificação das diferentes zonas.

De acordo com as normas de zoneamento contidas no Plano de Manejo do PESM, o conceito de Zona de Ocupação Temporária é:

> "As zonas de ocupação temporária são as áreas ocupadas por posseiros ou titulares de registro imobiliário que ainda não foram indenizados e que se encontram em processo de regularização fundiária. Após a indenização e/ou reassentamento esta zona será incorporada a outras, conforme suas condições ambientais."

O objetivo de criação desta Zona foi o de minimizar as interferências no meio natural e compatibilizar ao máximo as ações humanas com a conservação e recuperação ambiental, regulamentando as atividades enquanto essa área não for definitivamente incorporada ao patrimônio do Estado.

Diante da definição acima, fica claro que as Zonas de Ocupação Temporária destinam-se à ocupação por parte de pessoas que já residiam no local antes da criação do PESM, e que ainda não receberam o valor integral da indenização devida, em virtude da desapropriação sofrida. Assim, a permanência dessas pessoas no Parque é tolerada tão-somente porque a desocupação de um imóvel desapropriado só se torna obrigatória após o pagamento integral da indenização correspondente.

Não obstante seja tolerada a permanência de pessoas que se enquadrem na situação acima relatada nas Zonas de Ocupação Temporária, não é permitida a realização de quaisquer tipos de obras, retirada de produtos florestais ou minerais, movimentação de terra, à exceção das atividades previstas no zoneamento, o lançamento ou depósito de lixo, ferro velho e qualquer outro tipo de resíduos sólidos ou líquidos resultantes de obras, eventos ou processamento de matéria prima, em locais que não sejam adequados ao seu processamento para reciclagem ou transporte regular autorizado pelos órgãos competentes.

Por fim, cumpre-nos ressaltar que, de acordo com o laudo de danos ambientais, a área invadida, além de estar inserida na zona descrita acima, está ciliada por zona constituída por ecossistemas parcialmente degradados e que devem ser recuperados, de forma a atingir um melhor estado de conservação. Essa é uma zona provisória que, uma vez restaurada, será incorporada a uma das zonas permanentes.

Do não enquadramento do agravado no conceito de ocupação permitida em Zona de Ocupação Temporária

Conforme o agravado confessa em sua contestação, ele já responde por processo criminal sob n. 036/2007, que tramita pela 1ª Vara da Comarca de Cubatão-SP, por prática de crime ambiental, em decorrência da ocupação irregular da área objeto da presente lide.

Não obstante estar ciente de que sua presença no PESM configura crime ambiental, o agravado alega que lá reside com sua família há apenas sete anos.

Tendo em vista que o PESM foi criado pelo Decreto n. 10.251, de 30 de agosto de 1977, e que, de acordo com as normas de zoneamento do PESM, só é permitida a ocupação humana nas Zonas de Ocupação Temporária para posseiros ou proprietários que já residiam no local antes da criação do PESM, é evidente que a ocupação do agravado é irregular, configurando verdadeira invasão.

Somente aqueles que ocupavam a área antes da criação do Parque Estadual da Serra do Mar podem permanecer nos respectivos imóveis até ocorrer a regularização fundiária, conforme as condições ambientais.

Constata-se, portanto, que a área é ocupada irregularmente pelo agravado, o qual, além disso, causou danos ambientais no local, uma vez que realizou atividades proibidas, como a construção de obras e depósito de lixo em áreas não adequadas.

Conclui-se, pois, que a detenção exercida pelo agravado na Zona de Ocupação Temporária do PESM não goza de qualquer proteção legal, sendo que permitir a continuidade dessa invasão corresponde a um incentivo à prática de crimes ambientais, o que não pode, de forma alguma, ser tolerado pelo Poder Judiciário.

Do esclarecimento a respeito da conduta tomada em relação aos demais ocupantes da área

Ao negar seguimento ao agravo, o nobre relator ressaltou que não sabe se igual conduta está sendo tomada pelo Estado de São Paulo em relação aos demais ocupantes da Zona de Ocupação Temporária, vizinhos do agravado.

Nesse sentido, esclarece o Estado de São Paulo que ingressou com a presente ação de reintegração de posse por provocação do diretor geral do Instituto Florestal que, com base em laudo de danos ambientais elaborado por uma engenheira florestal do PESM, denunciou a irregularidade da ocupação exercida tão-somente pelo agravado. O citado laudo foi elaborado por solicitação da MM. Juíza de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Cubatão, na qual tramita ação penal contra o agravado, por prática de crime ambiental.

O Estado de São Paulo tem como prioridade reprimir todo e qualquer processo de invasão, destruição e favelização do PESM. Sendo assim, o Estado de São Paulo adota a mesma postura com relação a todo e qualquer invasor que esteja ocupando área do PESM de forma irregular.

Ocorre que como a denúncia recebida pelo Estado de São Paulo no presente caso foi feita tão-somente com relação ao agravado, a presente ação de reintegração de posse foi proposta somente em face dele, o que não significa que outras ações idênticas sejam propostas ou venham a ser propostas em face de outros invasores.

Ademais, o fato da área ocupada pelo agravado ser também ocupada por outras famílias não significa necessariamente que o Estado de São Paulo também deva entrar com ação de reintegração de posse em face deles, pois pode ser que sua ocupação seja permitida, nos moldes do conceito de Zona de Ocupação Temporária.

Por fim, com todo o respeito que merece o entendimento do ilustre relator, o que se espera do Poder Judiciário é que, uma vez acionado e constatada a irregularidade de uma situação, seja ela desfeita o mais rápido possível, para enquadrar o infrator nos moldes da lei. E é exatamente isso que se espera com o presente recurso.

Do cabimento da tutela antecipada recursal

Diante de todo exposto, torna-se inegável que o agravado é um invasor que exerce detenção de área de preservação ambiental e patrimônio do Estado de São Paulo, em desacordo com as normas de zoneamento do PESM.

A cada dia de permanência do agravado na área em questão, mais lixo é depositado em locais inadequados, maior o risco do agravado ampliar suas construções e de degradar ainda mais o meio ambiente.

O impacto ambiental da ocupação irregular do agravado é evidente, uma vez que as construções favorecem a impermeabilização e compactação do solo,

impedem a regeneração natural da vegetação e favorecem o depósito de material inerte não permitido em áreas protegidas.

Considerando que é ponto pacífico que:

1. o agravado é um invasor que responde inclusive a processo criminal por prática de crime ambiental;

2. o agravado não é possuidor, mas tão-somente exerce detenção de imóvel público de proteção ambiental;

3. a ocupação do agravado não se enquadra no conceito de ocupação permitida nas Zonas de Ocupação Temporária do PESM;

4. cada dia de permanência do agravado no local significará maior agressão ao meio ambiente, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, por cuja conservação somos todos responsáveis; e

5. os danos ambientais causados pela permanência do agravado no local objeto desta ação certamente serão irreparáveis, ou, na melhor das hipóteses, de difícil reparação,

estão presentes todos os requisitos ensejadores da concessão da tutela antecipada recursal, quais sejam *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

Destarte, a fim de evitar maiores impactos ao meio ambiente, deve ser deferido o pedido de tutela antecipada recursal, determinando a desocupação imediata do local.

Pedido

Pelo exposto, requer seja conhecido o presente agravo, com a finalidade de concessão da tutela antecipada recursal.

E, ao final, seja dado provimento ao presente agravo, para reformar as r. decisões interlocutórias de fls., que indeferiram o pedido de tutela antecipada, outorgando-a, com base nos motivos e fundamentos supraexpostos.

Termos em que,
Pede deferimento.

São Paulo, 1º de fevereiro de 2008.

ADRIANA RUIZ VICENTIN
Procuradora do Estado

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento e Interno n. 743.591-5/2-00, da Comarca de Cubatão, sendo agravada a Fazenda do Estado de São Paulo, sendo agravado Milton Carlos Fernandes:

Acordam, em Câmara Especial do Meio Ambiente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria, deram provimento ao agravo interno e ao agravo de instrumento, vencido o relator sorteado. Relator designado o 2º juiz", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores Regina Capistrano (Presidente), Torres de Carvalho.

São Paulo, 8 de maio de 2008.

SAMUEL JÚNIOR
Relator Designado

Agravo Regimental n. 743.591.5/4-01 e
Agravo de Instrumento n. 743.591.5/2
4ª Vara Cível da Comarca de Cubatão
Processo n. 595/2007
Agravante: Fazenda do Estado de São Paulo
Agravados: Excelentíssimo Senhor Desembargador e Milton Carlos Fernandes

> Agravo regimental – Agravo de instrumento – Reintegração de posse – Danos ambientais – Indeferimento de liminar – Parque Estadual da Serra do Mar – Ocupação indevida de área de preservação permanente – Danos ambientais – Mera, precatória e irregular detenção de área pública, irrelevância de ocorrência de posse velha – Antecipação de tutela concedida – Agravos providos.

Trata-se de agravo regimental interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo, em face do v. acórdão que negou provimento ao agravo de instrumento interposto contra decisão que indeferiu liminar de reintegração de posse em área ocupada por Milton Carlos Fernandes.

Sustenta a recorrente, em síntese, que pelos fundamentos que articula, estariam presentes os requisitos necessários à concessão da liminar e que, em conformidade com o laudo, estariam comprovados os danos ambientais e que a área invadida estaria inserida na zona de ocupação temporária e ciliada por zona constituída por ecossistemas parcialmente degradados, devendo ser recuperados.

É o relatório.

O agravado está ocupando, indevidamente, área de preservação permanente, havendo demonstração de que vem causando danos ambientais, na medida que,

inclusive, fez um aterro no local, de aproximadamente 40 m², onde depositou material composto de terra e lixo.

E a área que invadiu, conforme demonstrado nos autos, está inserida no Parque Estadual da Serra do Mar, que não admite intervenções antrópicas.

Conquanto seja certo que outras pessoas ocupam temporariamente outras áreas nas proximidades, o certo é que elas se encontram em situação jurídica diversa, o que implica na conclusão de que o tratamento a elas dispensado em nada beneficia o agravado.

Por outro lado, por se tratar de mera, precária e irregular detenção de área pública, não há como se falar em ocorrência de posse velha, de sorte que não pode prevalecer a r. decisão agravada.

Ademais, como ressaltado às fls., "(...) o escopo maior da presente ação é a defesa do meio ambiente, em especial, da preservação do Parque Estadual da Serra do Mar – até porque os pedidos principais consistem em recuperar e indenizar o meio ambiente – sendo que o pedido de reintegração de posse do Estado de São Paulo na área em questão decorre logicamente de sua obrigação de preserva a citada Unidade de Conservação Estadual".

E, acrescente-se, nada há nos autos a indicar que o agravado possa ser classificado como morador tradicional, de sorte que não há como se sustentar a sua permanência na área.

Assim, impõe-se o provimento do agravo interno, para que, desde logo, seja concedida a antecipação de tutela pleiteada pela agravante, a fim de que o agravado seja compelido a desocupar imediatamente a área, com demolição das construções que lá erigiu.

No mais, na medida que presentes os elementos, acolhe-se também o agravo de instrumento interposto.

Dessa forma, para tais fins, dá-se provimentos aos recursos.

SAMUEL JÚNIOR
Relator designado

Questões Atuais sobre as Perícias nas Ações de "Desapropriações Indiretas" Ambientais: Terceirização da Perícia e Perda de uma Chance

José Ângelo Remédio Jr.[1]

Sumário: Intróito. 1.1 Considerações iniciais sobre a "terceirização" da perícia nas ações de "desapropriações indiretas" ambientais. 1.2 Do direito de defesa como elemento do processo. 1.3 Direito à prova pericial como garantia de acesso à justiça e princípio do contraditório. 1.4 Da prova pericial ilícita. 1.5 Exigência de conhecimento técnico do perito. 1.6 A inserção do artigo 431-B do Código de Processo Civil: perícia complexa. 1.7 Ausência de intimação da realização da perícia. 1.8 Do impedimento e suspeição do "terceirizado". 1.9 Sanções em face do perito e do "terceirizado". 1.10 Da nulidade da perícia e instrumentalidade do processo. 2.1 Considerações iniciais sobre perda de uma chance. 2.2 Da certeza do dano. 2.3 Da indenização pela perda de uma chance. Conclusões. Referências.

Intróito

Festejados juristas[2] e engenheiros[3] já tiveram a oportunidade de explanar sobre a produção da prova nas ações de "desapropriações indiretas" ambientais.

1 Procurador do Estado de São Paulo, classificado na Procuradoria Regional de Sorocaba. Especialista em Direito Constitucional pela Escola Superior de Direito Constitucional e em Direito Público pela Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo.

2 LAMAC, Jaques. Prova nas ações de desapropriação ambiental. In: Regularização imobiliária de área protegidas: doutrina e jurisprudência. Organização de Marcelo de Aquino e Pedro Ubiratan Escorel de Azevedo. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1999. v. 2, p. 55-62; AZEVEDO, Pedro Ubiratan Escorel de. Indenização de áreas de interesse ambiental: pressupostos e critérios. In: Seminário de Direito Ambiental Imobiliário, 1998. Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1998. p. 83-90.

3 CAMARGO, Júlio César F. de. Critérios de avaliação. In: Seminário de Direito Ambiental Imobiliário, 1998. Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1998. p. 45-60.

Por isso, neste ensejo, não serão revisitados os judiciosos estudos elaborados sobre o tema. Será trilhado caminho diverso e perquiridas questões atuais sobre a perícia nas referidas ações, que ainda são um pouco menos debatidas, apesar da sua transcendental importância.

Optou-se por dois temas específicos: a terceirização da perícia e a perda da chance, devido à relevância dessas questões jurídicas, como se passa a demonstrar.

1.1 Considerações iniciais sobre a "terceirização" da perícia nas ações ambientais

Terceirização é um vocábulo que adentrou no ordenamento jurídico pela seara do direito do trabalho, aproveitando-se de construção advinda da ciência de administração de empresas. É sabido de todos que significa, *grosso modo*, a transferência da execução de atividade-meio do empresário à pessoa que não esteja vinculada ao quadro de empregados da sociedade empresarial. À luz do pensamento de Mauricio Godinho Delgado, *in verbis*:

> "A expressão terceirização resulta de neologismo oriundo da palavra terceiro, compreendido como intermediário, interveniente. Não se trata, seguramente, de terceiro, no sentido jurídico, como aquele que é estranho a certa relação jurídica entre duas ou mais partes. O neologismo foi construído pela área de administração de empresas, fora da cultura do Direito, visando enfatizar a descentralização empresarial de atividades para outrem, um terceiro à empresa."[4]

Aliás, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho consolidou-se na Súmula n. 331, no sentido de que apenas a atividade-meio ou o trabalho especializado podem ser terceirizados, sem que fique caracterizado o vínculo de emprego. Essas ponderações servem para ilustrar o melindre que a questão deve ser tratada, e ainda com muito mais rigor ao ser transporta no seio de um poder do Estado Democrático de Direito, que é a função jurisdicional. Isso porque tem se tornado uma prática corrente a transferência de parcela da atividade pericial, no bojo de ação de indenização por limitação administrativa ambiental, a pessoa completamente estranha ao feito, sem que ela sequer esteja qualificada na função de auxiliar da Justiça, ou seja, legitimada pelo procedimento de nomeação judicial.

O Judiciário tem sido conivente com essa prática, que implica numa verdadeira "terceirização" da atividade pericial. Isso consiste, na fase de instrução, na nomeação como perito de um profissional que não conhece as especificidades exigidas para esse tipo de ação, *verbi gratia*, um engenheiro civil ou arquiteto que, por sua vez, contrata em regra um engenheiro florestal para fazer o laudo pericial. Assim, o perito pratica um ato judicial semelhante à nomeação feita por ato do

4 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004. p. 428.

juiz, ao contratar o "terceirizado", inobstante não ser competente para praticar o ato de nomeação, que é ato judicial privativo do juiz natural da causa. Chega-se ao ponto do "terceirizado" até indicar o valor da indenização, sendo que o *quantum* é simplesmente reproduzido pelo perito e subscrito cegamente, sem nenhum juízo crítico ou conhecimento da matéria avaliada pelo "terceirizado".

E o pior. Em algumas decisões, o Judiciário, em primeiro grau, simplesmente decidiu que cabe ao próprio perito dizer se possui (ou não) conhecimentos técnicos especializados para a perícia, indiferentemente da formação profissional do suposto *expert*.

A questão agrava-se ainda mais ao perceber que o Estado de São Paulo, em diversas ocasiões, foi condenado a indenizações milionárias, em localidades cujos imóveis são de baixo valor e de difícil ou impossível possibilidade de exploração econômica da propriedade. Aliás, em algumas ocasiões, a indenização foi superior à própria receita do Município onde estava localizado o imóvel que supostamente teria sido "apossado" pelo uso da restrição ambiental... E, não raramente, ao se debruçar os olhos com rigor sobre os autos desses processos, vai-se deparar com um "terceirizado" efetivamente elaborando o laudo pericial.

Torna-se manifesto que essa prática espúria infringe gritantemente princípios estruturantes do processo civil, cujos fundamentos estão na própria Constituição Federal e no Código de Processo Civil. Passa-se a esboçar, em breve síntese, as questões processuais relacionadas à matéria.

1.2 Do direito de defesa como elemento do processo

A positivação do modelo político como Estado Democrático de Direito traz como conseqüência básica a exigência de que as funções típicas dos poderes sejam cadenciadas com os princípios da Constituição Federal de 1988. Por conseguinte, de modo correlato ao direito de ação consubstanciado no artigo 5º, inciso XXXV, encontra-se o direito de defesa que, por sua vez, tem fundamento constitucional no artigo 5º, inciso LIV. Nelson Nery Junior assenta: "O texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o *direito de ação*, quanto o *direito de defesa* são manifestações do princípio do contraditório."[5]

No mesmo diapasão, Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco obtemperam: "Tanto como o direito de ação, a defesa é um direito público subjetivo (ou poder), constitucionalmente garantido

5 NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 125. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 382-383. (Curso de Processo Civil, v. 2).

como corolário do devido processo legal e dos postulados em que se alicerça o sistema contraditório do processo."[6]

Hodiernamente, tornou-se um dogma que o demandante tem direito de buscar tudo aquilo e exatamente aquilo que tem direito. Esse foi, em verdade, o norte das recentes reformas processuais, que tiveram por escopo dar maior celeridade ao processo, para assegurar essa finalidade.

É ínsito ao processo que, da mesma forma que o autor tem direito a buscar a tutela jurisdicional contra lesão ou ameaça a direito, o réu tem o direito de defesa, com os meios e recursos inerentes. Na precisa definição de Luiz Guilherme Marinoni:

> "*Isso quer dizer, desde logo, que o direito de defesa é o direito de efetivamente poder negar a tutela do direito, o qual apenas poderá ser limitado em hipóteses excepcionais, racionalmente justificadas pela necessidade de efetiva tutela jurisdicional do direito*. Nessa perspectiva, não há como deixar de perceber que o direito de defesa também consiste no direito de influir sobre o convencimento do juiz. E isso mediante alegações, requerimento de provas, participação na sua produção, consideração sobre os seus resultados etc."[7]

De toda sorte, o direito de defesa se manifesta, tal como o direito de ação, na prévia ordenação dos meios de defesas adequados, como, por exemplo, o procedimento adequado, e, mormente, na possibilidade de produzir provas.

Pode-se ilustrar uma violação corriqueira ao direito de defesa, na seara da produção de prova pericial nas ações indenizatórias ambientais, pela desídia do perito em responder aos quesitos apresentados pela defesa, ou mesmo pela mera resposta "sim" ou "não", sem uma motivação adequada para embasá-la.

É importante acentuar que a violação ao direito de defesa na fase de instrução da demanda ensejará a infração direta à própria Constituição Federal. E a relevância dessa ponderação advém do fato do Supremo Tribunal Federal não conhecer recursos extraordinários interpostos em face de violação indireta da Constituição Federal.

O aspecto mais relevante do direito fundamental de defesa consiste na sua utilização direta como norma e fator determinante na interpretação das regras do Código de Processo Civil referentes à perícia. Isso porque sempre que "terceiro" não puder sequer ser contraditado, e cujo labor tiver sido feito obscuramente, inexiste a concretização do direito de defesa.

---

6 CINTRA, Antonio Carlos de. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo.* 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 270.

7 MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 308. (Curso de Processo Civil, v. 1).

1.3 Direito à prova pericial como garantia de acesso à justiça e princípio do contraditório

O direito à prova tem respaldo normativo no princípio do devido processo legal, no direito de ação e de defesa e no princípio do contraditório, eis que é um direito fundamental, por derivação de outros direitos fundamentais, por aplicação do artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal.[8]

Por isso, o direito à prova é meramente instrumental e tem por escopo a prestação de uma tutela jurisdicional justa[9], no lapidar ensinamento de Dinamarco, Grinover e Araújo Cintra: "O processo deve ser manipulado de modo a propiciar às partes o acesso à justiça, o qual se resolve, na expressão muito feliz da doutrina brasileira recente, em *acesso à ordem jurídica justa*."[10]

Sem nenhum esforço de argumentação, infere-se que a interferência de um "terceiro" na produção da prova pericial, mediante a própria confecção do laudo pericial ou da colheita de elementos técnicos imprescindíveis para tal mister, esboroam o direito fundamental à prova, que fica sujeita a toda sorte de arbitrariedades e interesses obscuros.

Na mesma senda, o contraditório é emporcalhado, eis que sem a transparência dos atos processuais, amesquinha-se a oportunidade de participação e possibilidade de influência na formação da decisão.[11]

1.4 Da prova pericial ilícita

A Constituição Federal preceitua que são inadmissíveis no processo as provas obtidas ilicitamente, positivando uma das ideias básicas que integram o conceito de devido processo legal, segundo a lição de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio M. Coelho e Paulo Augusto Gonet Branco, pois: "A obtenção de provas sem a observância das garantias previstas na ordem constitucional ou em contrariedade ao disposto em normas fundamentais de procedimento configurará afronta ao princípio do devido processo legal."[12]

---

8 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Rafael Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada. Salvador: Juspodivm, 2007. v. 2, p. 23.

9 CINTRA, Antonio Carlos de. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel, *Teoria geral do processo*, cit., p. 25.

10 Ibidem, cit., p. 33.

11 DIDIER JR., Fredie. *Direito processual civil*: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2005. v. 1, p. 43.

12 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Augusto Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 640.

O Código de Processo Civil, por sua vez, dispõe que são admissíveis no processo todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos.

Interessa diretamente ao caso em apreço a questão da formação da prova. Indiscutivelmente, a delegação da realização da perícia a um "terceiro" viola uma série de normas processuais, como será demonstrado oportunamente. A principal lesão ao ordenamento jurídico nesses casos, entretanto, é muito mais grave do que isso.

A transferência da elaboração de parte central da perícia a um "terceiro" pode vir a caracterizar ato de improbidade administrativa, mormente se ficar comprovada a falsidade documental do conteúdo do laudo pericial, enquadrando-se, por exemplo, no crime de falsidade ideológica previsto no artigo 299 do Código Penal.

Evidencia-se que a transferência do labor de elaboração do laudo pericial a um "terceiro" não viola tão-somente as regras infraconstitucionais, lesando gritantemente princípios enraizados na Constituição Federal, a saber: a) direito fundamental de defesa; b) acesso à justiça; c) princípio do contraditório; d) princípio da moralidade administrativa; e) princípio da legalidade administrativa; entre outros.

A Lei de Improbidade Administrativa, por sua vez, reza que constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública qualquer ação ou omissão que viole deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade, e notadamente praticar ato visando a fim proibido em lei ou diverso do previsto na regra de competência.

Há de se ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça, em recente decisão relatada pelo Ministro Herman Benjamim, julgando agravo regimental em ação rescisória[13], ajuizada com fundamento na falsidade do laudo pericial, originado de condenação em ação de indenização por apossamento administrativo ambiental em desfavor do Estado de São Paulo, qualificou a questão como suposto ato de improbidade administrativa praticado pelo perito, *in verbis*:

> "A dúvida sobre o cabimento de ação rescisória (utilizada para se tentar anular uma decisão que já transitou em julgado) foi a principal questão levantada pelos ministros durante o debate. Entendendo ser a ação incompatível com o pedido, o relator votou contra a produção de uma nova prova, entendendo que, 'se muito, provaria a erronia de critérios adotados pela perícia, jamais a sua falsidade'. O voto vencedor, no entanto, defendeu que tal entendimento não poderia ser adotado no âmbito do Direito Público, 'pois o princípio constitucional da probidade administrativa, aplicável aos peritos, não se conformaria com essa modalidade de gradação', argumentou. 'O que está em jogo não é a punição do infrator, mas o desfazimento de vultosos prejuízos ao bolso do contribuinte', alertou o ministro

13 STJ – AgR AR n. 3.290/SP, acórdão ainda não publicado. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 21 set. 2007.

> Herman Benjamim, ao esclarecer que o fundamental, no caso em questão, é investigar a veracidade do laudo pericial. Segundo o ministro, há fortes indícios da falsidade. 'O Tribunal não pode negar ao Estado de São Paulo a possibilidade de provar a falsidade da perícia produzida que deu ensejo à condenação milionária'."

Cumpre esclarecer que no referido julgado não se adentrou no mérito se "terceiro" elaborou (ou não) o laudo pericial. Mas, de qualquer forma, a lógica do julgado se aplica com muito mais razão quando houver "terceirização" do laudo pericial.

A transferência da atividade de elaboração do laudo pericial para um "terceiro", portanto, constitui ato de improbidade administrativa, impregnando a prova de cabal ilicitude.

É importante realçar, ademais, que a gravidade da lesão é tamanha ao ordenamento jurídico, porquanto a própria Constituição Federal é violada, que torna possível o ajuizamento de ação rescisória, com fundamento no artigo 485, incisos V e VI, do Código de Processo Civil.

1.5 Exigência de conhecimento técnico do perito

Não bastassem os argumentos expostos, para ser nomeado perito na demanda, é imprescindível que tenha conhecimentos técnicos especializados sobre o objeto da perícia. A questão é pacífica na doutrina, como se pode observar na lição de mestres insuspeitos.

Moacyr Amaral Santos, com a peculiar precisão, averba:

> "Perito – do latim *peritus*, formado do verbo *perior*, que quer dizer experimentar, saber por experiência – é o sujeito ativo da perícia. Sua atividade se exerce no sentido de satisfazer às finalidades da perícia, verificando fatos relativos à matéria em que é versado ou prático. (...) É o perito uma pessoa que, pelas suas qualidades especiais que possui, geralmente de natureza científica ou artística, supre as insuficiências do juiz no que tange à verificação ou apreciação daqueles fatos da causa que para tal exijam conhecimentos especiais ou técnicos. (...) Além da capacidade dita jurídica, o perito deverá possuir *capacidade técnica*, ou *competência*, isto é, aptidão, idoneidade, conhecimentos suficientes para exercer com competência a função pericial, que lhe é cometida."[14]

Com a mesma clareza, Pontes de Miranda assevera: "A perícia serve à prova de fato que dependa de conhecimento especial, ou que simplesmente precise de ser fixado, não bastando a inspeção do juiz, ou a fotografia, ou a moldagem."[15]

---

14 SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 2. p. 472-473.

15 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. v. 4, p. 441.

À luz do direito italiano, Liebman também realça as funções do perito: "O juiz pode nomear um ou mais peritos quando, para a realização de atos isolados ou a qualquer tempo no processo, precisar fazer investigações para as quais se requeiram conhecimentos técnicos especializados, diferentes dos jurídicos e dos quais ele próprio não disponha."[16]

Por fim, Chiovenda põe pá de cal sobre a questão:

> "Peritos são pessoas chamadas a expor ao juiz não só as observações de seus sentidos e suas impressões pessoais sobre os fatos observados, senão também as induções que se devem tirar objetivamente dos fatos observados ou que se lhes dêem por existentes. Isto faz supor que eles são dotados de certos conhecimentos teóricos ou aptidões em domínios especiais."[17]

É até redundante, banal, asseverar que o perito que tem que "terceirizar" a execução de seu trabalho, por não dispor de conhecimentos técnicos suficientes, não serve para cumprir a função que se obrigou. Aliás, o Código de Processo Civil prevê expressamente como causa de substituição de perito, a carência de conhecimento técnico ou científico.

Não resta dúvida, dessarte, que o ato do perito – muitas vezes engenheiro civil ou arquiteto – em contratar um engenheiro florestal para avaliar o valor da terra e demais bens estará cabalmente admitindo carência de conhecimento técnico sobre o objeto pericial.

1.6 A inserção do artigo 431-B no Código de Processo Civil: perícia complexa

No ano de 2002, foi acrescido no Código de Processo Civil o artigo 431-B, admitindo expressamente que sendo complexo o objeto da perícia, por abranger mais de uma área de conhecimento especializado, possa haver a nomeação de vários peritos.

No entanto, o magistrado, detentor do poder de direção do processo, já podia fazer isso antes mesmo da referida reforma processual. O ensinamento de Humberto Theodoro Jr. corrobora o exposto, a saber: "A medida corresponde a uma necessidade lógica e intuitiva, e, por isso mesmo, já vinha sendo observada na prática forense, independentemente da previsão expressa da lei."[18]

Salta à vista que consiste numa verdadeira teratologia processual o fato do perito transferir suas atribuições para um "terceiro", estranho ao feito, ao invés de

16 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil.* 3. ed. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 120.

17 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1945. p. 173.

18 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 1, p. 434.

executar pessoalmente tão relevante função de auxiliar da Justiça. Assim, antes ou após o acréscimo do artigo 431-B ao Código de Processo Civil, jamais foi admissível a "terceirização" da elaboração da perícia.

Uma constatação empírica: mesmo após o acréscimo do artigo 431-B do Código de Processo Civil, continua a ocorrer a odiosa "terceirização" do laudo pericial. Triste realidade.

1.7 Ausência de intimação da realização da perícia

O Código de Processo Civil, com a reforma de 2001, passou a exigir que as partes fossem intimadas do dia e local para a realização da perícia. A finalidade dessa norma é evidente: concretização da ampla defesa e do contraditório.

É claro que com o laudo pericial sendo "terceirizado", esboroa-se o direito das partes acompanharem a produção da prova pericial, violando, outrossim, o artigo 431-A do Código de Processo Civil.

1.8 Do impedimento e suspeição do "terceirizado"

O fato de um terceiro elaborar o laudo pericial traz outro aspecto de conseqüências nefastas, que consiste na impossibilidade de oferecer exceção por suspeição ou impedimento, tal como seria possível em face do perito, aplicável a este por força do artigo 138 do Código de Processo Civil.

1.9 Sanções em face do perito e do "terceirizado"

O perito que oferecer laudo com informações falsas, devido mormente à "terceirização" da perícia, incorrerá numa série de sanções, como se passa a demonstrar.

Prescreve o artigo 147 do Código de Processo Civil, primeiramente, que o perito que, por dolo ou culpa, prestar informações inverídicas, responderá pelos prejuízos que causar à parte, ficará inabilitado por dois anos a funcionar em outras perícias e incorrerá na sanção que a lei penal estabelecer.

Alumia-se, destarte, três modalidades de sanções em face do perito: a) sanção civil; b) sanção processual; c) sanção penal. Pode-se incluir ainda, por força de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, uma quarta modalidade: d) sanção por improbidade administrativa, que tem especial importância no caso em apreço.

Na esfera civil, o perito pode ser responsabilizado por dolo ou culpa. Deverá ser proposta uma ação própria a esse fim. Há de se ressaltar que o Código de Processo Civil de 1939 exigia que houvesse culpa grave ou dolo do perito para que fosse responsabilizado, sendo questão superada na égide do Código de Processo Civil de 1973, pois basta a culpa, mesmo que levíssima, para estar configurado o dever de indenizar.[19]

19 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. v. 2, p. 430.

O Código Civil, ademais, permite que o "terceirizado" seja responsável solidário pelo ato ilícito praticado, na forma do artigo 942, parágrafo único.

Sob o prisma processual, o perito, de plano, deverá ficar inabilitado a funcionar em outras perícias por dois anos, sendo que essa sanção deve ser aplicada no bojo do próprio processo em que ocorrer a infração.

A gravidade da infração praticada pelo perito de "terceirizar" a perícia é de tamanha gravidade que pode dar azo à incidência das sanções previstas na Lei de Improbidade.

Mais uma vez, retoma-se a análise do julgado do Superior Tribunal de Justiça, em sede de agravo regimental em ação rescisória[20], ajuizada com fundamento na falsidade do laudo pericial, pois o Ministro Herman Benjamim assinalou a possibilidade de ocorrência de improbidade administrativa, já que "o princípio constitucional da probidade administrativa, aplicável aos peritos, não se conformaria com essa modalidade de gradação" de afronta ao erário público, mediante laudos apontando indenizações milionárias discrepantes da realidade.

A par disso, no âmbito penal, acentua-se, de imediato, que o perito apenas responderá pelo crime de "falsa testemunha ou perícia", caso agir com dolo, pois o delito não prevê a modalidade culposa.

Há sanções criminais que, ademais, poderiam ser impostas ao perito e não poderiam incidir sobre o "terceirizado". O crime de falso testemunho ou falsa perícia, por exemplo, tipifica a conduta do perito em fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral.

O princípio da estrita legalidade penal obsta que se realizem interpretações analógicas incriminadoras. Ou seja, não se poderia tipificar a conduta do "terceirizado" que subsumisse no crime do artigo 342 do Código Penal, porquanto é crime de mão própria.

O perito não pode responder pelo delito referido se não houver dolo na sua conduta. Tão-somente na hipótese de existir um conluio entre o perito e o "terceirizado", com o fim de fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade, é que se poderia cogitar em concurso de agentes, ensejando a incidência do artigo 342 do Código Penal. Assim, o laudo pericial estaria firmado em elementos falsos e o perito teria conhecimento desse fato e praticaria a conduta ilícita, enquanto que o "terceirizado" seria partícipe, causando o concurso de pessoas no crime de falso.

Com propriedade, Guilherme de Souza Nucci averba:

> "Entendemos perfeitamente admissível, na modalidade de participação, o concurso de agentes. Nada impede, tecnicamente, que uma pessoa induza, instigue ou

20 STJ – AgR AR n. 3.290/SP.

> auxilie outra a mentir em juízo ou na polícia. O crime é de mão própria: embora isso queira significar ter o autor de cometê-lo pessoalmente, nada impede tenha ele o auxílio de outrem."[21]

Entrementes, caso não haja dolo do perito, e considerando que o direito penal aboliu definitivamente a responsabilidade objetiva, inexistiria o crime de falso, malgrado a existência de dolo do "terceirizado" em induzir o perito a fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade no processo. Pode-se admitir que, inexistindo dolo ou culpa do perito, o "terceirizado" responda pelo crime de falsidade ideológica.

1.10 Da nulidade da perícia e instrumentalidade do processo

Por mais grave que sejam as ofensas ao ordenamento jurídico, não se pode perder de vista que o processo é um mero instrumento para a consecução de outras finalidades, não é um fim por si só. Dessa forma, inexistindo prejuízo ao Estado no laudo pericial, não há que se pleitear a nulidade da prova.

2.1 Considerações iniciais sobre a perda de uma chance

Nas ações indenizatórias por "desapropriação indireta" ambiental, o objeto litigioso da demanda refere-se primordialmente à questão da existência (ou não) do apossamento administrativo ambiental que provoque o esvaziamento do direito de propriedade, bem como sobre o valor da eventual indenização.

É importante frisar, ademais, a imprescindível necessidade da perícia na referida demanda para certificar questões tais como a titularidade do imóvel, identificação escorreita da propriedade, especificidade da restrição, certeza quanto ao agente público da restrição, prova inequívoca do domínio e da posse, temporalidade da aquisição, espacialidade da restrição, atividade econômica pré-existente ou viável, etc.

Nesse contexto, torna-se de valor inegável o trabalho que deve ser executado pelo assistente técnico, pois o Procurador do Estado, em regra, desconhece os elementos técnicos que serão debatidos no laudo pericial.

E, infelizmente, malgrado a diligência dos Procuradores do Estado incumbidos do patrocínio dessas demandas, é comum que o assistente pericial simplesmente não forneça os subsídios técnicos que lhe incumbem, não se desonerando de suas obrigações. Daí, também não é incomum que a demanda acabe sendo julgada em desfavor do Estado de São Paulo. Há caso, aliás, em que o próprio Tribunal de Justiça realçou que o réu-apelante não teria impugnado os valores e os elementos técnicos do laudo pericial, inferindo-se, por conseguinte, o grave prejuízo que a desídia do assistente técnico pode vir a causar.

---

21 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 1.103.

2.2 Da certeza do dano

A natureza do vínculo do assistente técnico com o Estado, em regra é contratual, sinalagmático, oneroso, tendo por objeto a prestação de serviço, ou seja, o fornecimento do parecer técnico, eis que apesar de credenciado e sujeito a determinadas peculiaridades, há uma avença entre o particular e o Poder Público, sujeita ao regime jurídico de direito privado. Mas, também o vínculo com o assistente técnico pode advir do regime estatutário do funcionalismo público, ou até mesmo por força das leis trabalhistas, em se tratando de empregado celetista público, o que não altera as ponderações expendidas abaixo.

Cumpre realçar, assim, que a inadimplência absoluta do contrato por culpa do perito enseja a obrigação de reparação por perdas e danos em favor do Estado. O Código Civil Reale, por sua vez, acolheu a doutrina dualista para disciplinar a responsabilidade civil, diferenciando, de um lado, a decorrente da inadimplência contratual da, de outro lado, derivada de ilícito extracontratual, malgrado existirem poucas diferenças entre as consequências de uma ou outra hipótese.

É cediço que para estar caracterizada a obrigação de indenizar, devem estar presentes os seguintes requisitos: a) ação ou omissão culposa; b) nexo de causalidade; e, c) dano, patrimonial ou extrapatrimonial.

Aprofundando a tese, o dano para ser indenizável deve conter: a) violação de um interesse patrimonial ou extrapatrimonial ; b) certeza do dano; e, c) subsistência do dano.

Isso se dá porque há a possibilidade do Estado lograr-se vitorioso na demanda e, por conseguinte, apesar do ato culposo do assistente técnico, ainda assim não ficar realizado o dano. Dessarte, quando o assistente técnico deixa de cumprir sua obrigação, surge tão-somente uma expectativa de dano em detrimento do Estado de São Paulo.

No pensamento de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho: "Somente o dano certo, efetivo é indenizável. Ninguém poderá ser obrigado a compensar a vítima por um dano abstrato ou hipotético. (...) Maria Helena Diniz, com propriedade, citando doutrina estrangeira, lembra que 'a certeza do dano refere-se à sua existência, e não à sua atualidade ou ao seu montante'."[22]

Nesses casos, assim, inexiste dúvida que o dano apenas estará definitivamente concretizado com o trânsito em julgado do processo, em razão da proibição em indenizar o dano hipotético. Infere-se dessa assertiva a efetiva possibilidade de pleitear a indenização por eventuais prejuízos que o Estado venha a sofrer em razão da omissão culposa do assistente pericial, como se passa a demonstrar no tópico seguinte.

22 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 3, p. 39.

2.3 Da indenização pela perda de uma chance

A inadimplência absoluta do contrato da prestação de serviços de assistência pericial acarreta consequências para o devedor porque, malgrado não seja possível a apuração imediata do valor do dano sofrido pelo Estado, é inequívoco que esboroou a oportunidade de impugnar valores e matérias *sub judice* que poderiam ter dado outro desfecho à demanda.

Assim, é certo que o assistente técnico, mediante seu ato culposo – incorreu em omissão ao não entregar o laudo –, causará vultoso prejuízo econômico ao Estado, cujas consequências serão praticamente insanáveis.

Evidencia-se, assim, que a perda de uma chance é gritante e inconteste. A doutrina já vem enfrentando essa questão, mormente sobre o prisma da responsabilidade do advogado, reconhecendo que o prestador de serviços faltoso deve responder pelo dano acarretado.

Pede-se licença para a transcrição da judiciosa lição de Sérgio Savi, a saber:

> "A Responsabilidade Civil por Perda de Chance é uma teoria que reconhece a possibilidade de indenização nos casos em que alguém se vê privado da oportunidade de obter um lucro ou de evitar um prejuízo. A teoria tem como característica principal reconhecer a existência de uma nova categoria de dano indenizável, um dano autônomo consistente na oportunidade (ou chance) perdida, o qual independe do resultado final. Atribui-se um valor econômico, de conteúdo patrimonial, à probabilidade de obter um lucro, sem que jamais se saiba se aquela probabilidade efetivamente se verificaria no caso concreto, pois um fato interrompe o curso normal dos acontecimentos antes que se pudesse constatar se aquela oportunidade se concretizaria. Não se concede a indenização pela vantagem perdida, mas sim pela possibilidade séria e real de conseguir esta vantagem. Para tanto, a teoria faz uma distinção entre resultado perdido e a chance de consegui-lo."[23]

Raimundo Simão de Mello, com a habitual proficuidade, também obtempera sobre o tema:

> "A solução para se aferir o dano e fixar a indenização, dependendo da situação, não é tarefa fácil para o juiz, que não pode confundir uma mera e hipotética probabilidade com uma séria e real chance de atingimento da meta esperada. Mas, é claro, a reparação da perda de uma chance não pode repousar na certeza de que a chance seria realizada e que a vantagem perdida resultaria em prejuízo. Trabalha-se no campo das probabilidades. Nessa linha, consagrou o Código Civil (art. 402), o princípio da razoabilidade, caracterizando, no caso, o lucro cessante como aquilo que razoavelmente a vítima deixou de lucrar, o que se aplica a essa terceira

23 Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/v1/index.php?id=entrevistas&identrevista=41>. Acesso em: 30 mar. 2008.

> espécie de dano, que para aquilatá-lo deve o juiz agir com bom senso, segundo um juízo de probabilidade, embasado nas experiências normais da vida e em circunstâncias especiais do caso concreto. A probabilidade deve ser séria e objetiva em relação ao futuro da vítima, em face da diminuição do benefício patrimonial legitimamente esperado."[24]

À luz do pensamento de Silvio de Salvo Venosa, *ab argumentandum auctoritate*, em lição a respeito da perda de uma chance aplicada à responsabilidade civil do advogado, plenamente aplicável ao caso em estudo, *in verbis*:

> "O erro do advogado que dá margem à indenização é aquele injustificável, elementar para o advogado médio, tomado aqui também como padrão por analogia ao *bonus pater familias*. No exame da conduta do advogado, deve ser aferido se ele agiu com diligência e prudência no caso que aceitou patrocinar."[25]

O caso mais famoso no Superior Tribunal de Justiça sobre o tema foi o aresto relatado pelo Ministro Fernando Gonçalves[26], enfrentando demanda ocorrida entre participante e a sociedade empresarial responsável pelo programa de televisão "Show do Milhão", cuja transcrição da ementa segue abaixo:

> "Recurso Especial – Indenização. Impropriedade de pergunta formulada em programa de televisão. Perda da oportunidade.
> 1. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo à terra reservado aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que deixou de lucrar, pela perda da oportunidade. 2. Recurso conhecido e, em parte, provido."

O Tribunal de Alçada de Minas Gerais, enfrentando questão semelhante ao objeto do presente estudo, decidiu que:

> "Indenização – Advogado – Negligência – Responsabilidade civil – Demonstrado nos autos que o advogado se houve com negligência no patrocínio da causa a ele confiada, verificando-se, inclusive, o desaparecimento de documento essencial

---

24 MELO, Raimundo Simão de. Indenização pela perda de uma chance. Disponível em: <http://www.jusvox.com.br/mostraArtigo.asp?idNoticia=3>. Acesso em: 30 mar. 2008.

25 VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 4. p. 176. No mesmo sentido: GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, *Novo curso de direito civil*: responsabilidade civil, cit., v. 3, p. 39. SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Perda de uma chance. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosc/Regina_perda.doc>. Acesso em: 30 mar. 2008.

26 STJ – REsp n. 788.459, j. 13.03.2006.

> ao desate da demanda, caracteriza-se a culpa grave, cumprindo-lhe indenizar seu cliente pelos prejuízos advindos."[27]

No mesmo diapasão, o extinto Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo também já enfrentou a questão:

> "Mandato – Indenização – Advogado – Ajuizamento pelo mandante – Desídia e culpa comprovada quanto ao mau exercício da função por negligência, imprudência ou imperícia – Cabimento. O contrato de prestação de serviços profissionais, no caso de advocacia, subordina-se ao Código de Defesa do Consumidor, e seu mau exercício, por negligência, imprudência ou imperícia, configura ato ilícito por culpa indenizável ao lesado."[28]

Ressalte-se, por fim, que a pretensão nasce com a violação do direito, pois "faz nascer, para esse titular, o poder de exigir do devedor uma ação ou omissão"[29]. Dessa forma, apenas com o trânsito em julgado ficará caracterizado definitivamente o dano, passível de indenização, dando ensejo à *actio nata*.[30]

A indenização deverá ser fixada por arbitramento, com base nos elementos colhidos na fase de instrução, que poderá apurar razoavelmente o prejuízo, permitindo a escolha daquele método processual de liquidação de sentença.

Depreende-se do exposto, por força do princípio da indisponibilidade do interesse público, que urge seja proposta ação indenizatória em face do assistente pericial devedor, tão logo haja o trânsito em julgado da demanda desfavorável ao Estado. Ademais, deve-se apurar previamente se o trabalho do assistente técnico poderia (ou não) influir no resultado da demanda, pois a demanda deve estar instruída com os documentos indispensáveis para a propositura da ação.

Conclusões

À guisa de finalizar, estas são as ponderações que submeto a apreciação dos estudiosos da matéria, assinalando que, após o trânsito em julgado da demanda, e concretizado o dano, deve ser proposta ação indenizatória em face do assistente pericial. É de bom alvitre a apuração do efetivo dano que a omissão do assistente técnico acarretou, com o escopo de fornecer elementos para o arbitramento judicial.

---

27 TAMG – AC n. 237.399-3/00, 4ª Câmara Cível, rel. Juiz Célio César Paduani, j. 25.06.1997.

28 2º TACSP – Apel. c/Rev. n. 685.670-00/4, 27.11.2001, 1ª Câmara, rel. Linneu de Carvalho.

29 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1. p. 470.

30 DUARTE, Nestor et al. *Código Civil comentado*. Coordenação do Ministro Cezar Peluso. Barueri: Manole, 2007. p. 125.

No que diz respeito ao primeiro estudo, sobre a "terceirização" da perícia, o critério básico para se apreciar a questão será a existência de prejuízo ao Poder Público. Caracterizado o dano, o Estado poderá desenvolver toda a argumentação exposta acima, pleiteando a nulidade do laudo pericial, bem como a aplicação das sanções cabíveis contra o perito e o "terceirizado".

Referências

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 2.

AZEVEDO, Pedro Ubiratan Escorel de. *Indenização de áreas de interesse ambiental*: pressupostos e critérios. In: SEMINÁRIO DE DIREITO AMBIENTAL IMOBILIÁRIO, 1998. Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1998. p. 83-90.

CAMARGO, Júlio César F. de. Critérios de avaliação. In: SEMINÁRIO DE DIREITO AMBIENTAL IMOBILIÁRIO, 1998. Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1998. p. 45-60.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1945. v. 3.

CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo.* 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTR, 2004.

DIDIER JR., Fredie. *Direito processual civil*: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 8. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com as súmulas do STF, STJ e TFR. Salvador: Juspodivm, 2005. v. 1.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Rafael Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada. Salvador: Juspodivm, 2007. v. 2.

DUARTE, Nestor et al. *Código Civil comentado.* Coordenação do Ministro Cezar Peluso. Barueri, SP: Manole, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 3.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1.

LAMAC, Jaques. *Prova nas ações de desapropriação ambiental.* In: REGULARIZAÇÃO imobiliária de área protegidas: doutrina e jurisprudência. Organização de Marcelo de Aquino e Pedro Ubiratan Escorel de Azevedo. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1999. v. 2, p. 55-62.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil.* 3. ed. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. (Curso de Processo Civil, v. 1).

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Processo de conhecimento. 6. ed. rev., atual. e ampl. da obra Manual do processo de conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Curso de Processo Civil, v. 2).

MELO, Raimundo Simão de. *Indenização pela perda de uma chance*. Disponível em: <http://www.jusvox.com.br/mostraArtigo.asp?idNoticia=3>. Acesso em: 30 mar. 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Augusto Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado.* 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. v. 2 e 4.

SAVI, Sérgio. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/v1/index.php?id=entrevistas&identrevista=41>. Acesso em: 30 mar. 2008.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 2.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Perda de uma chance*. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosc/Regina_perda.doc>. Acesso em: 30 mar. 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 1.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 4.

Consultoria

1) Constitucionalidade – Município. Estado membro. Segurança pública. Sistema penitenciário. Ação judicial. Ação direta declaratória de inconstitucionalidade

Exame da constitucionalidade da Lei n. 1.531, de 13 de janeiro de 2009, do Município de Taquarituba, que proibiu a instalação de presídios, casas de detenção, reformatórios de menores, centros de ressocialização ou de detenção provisória e similares, em todo o território da municipalidade. Inconstitucionalidade orgânica por colidência com normas gerais federais de direito penitenciário (Lei de Execuções Penais) e por ofensa à competência privativa da União para legislar sobre direito agrário. Inconstitucionalidade material consistente na inviabilização do dever do Estado de preservação da segurança pública (art. 144, *caput*, da CF). Precedentes da Procuradoria Administrativa: Pareceres PA-3 n. 137/97 e PA ns. 334/2002, 285/2006, 204/2007, 93/2008 e 126/2008. Viabilidade de propositura de ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça. Legitimação ativa do Governador do Estado. Fundamento: artigos 74, inciso VI, e 90, inciso I, da Constituição Estadual. (Parecer PA n. 28/2009 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 04.03.2009).

2) Constitucionalidade – Processo legislativo. Educação e ensino. Ação judicial. Ação direta declaratória de inconstitucionalidade

Arguição da inconstitucionalidade da Lei Estadual n. 10.893, de 28 de setembro de 2001, de iniciativa parlamentar, que dispõe sobre a criação do Programa Estadual de Saúde Vocal do Professor da Rede Estadual de Ensino, objetivando a prevenção de disfonias. Veto parcialmente rejeitado. Matéria inserida no campo de competência exclusiva do Poder Executivo. Atinente à organização e funcionamento da Administração, é matéria reservada ao poder regulamentar, na vertente do regulamento autônomo, ou deve ser disciplinada por lei de iniciativa reservada ao Governador do Estado se implicar criação e provimento de cargos e decorrente aumento da despesa pública. Artigos 2º, 24, IX e XII, 25, 61, parágrafo 1º, inciso II, alínea "b", e 84, incisos II, IV e VI, alínea "a", da Constituição Federal. Projeção de competências constitucionais. Artigos 5º, e 47, II, XIV e XIX, "a", da Constituição

do Estado. Vícios de inconstitucionalidade formal apontados no precedente Parecer PA n. 163/2006. Minuta de petição inicial da ação direta de inconstitucionalidade a ser proposta perante o Supremo Tribunal Federal, com pedido de medida cautelar. Legitimidade ativa do Governador do Estado. Fundamento constitucional: artigos 102, inciso I, alíneas "a" e "p", e 103, inciso V, da Constituição Federal. (Parecer PA n. 227/2008 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 10.02.2009).

3) Férias – Procurador autárquico, sob regime trabalhista. Afastamento para cargo em comissão. Exoneração posterior. Benefício não integralmente usufruído. Indenização

O servidor celetista que, afastado para o exercício de cargo em comissão, retornar ao vínculo laboral uma vez exonerado daquele, faz jus à verba indenizatória correspondente às férias, ou parte das mesmas, a que tinha direito quando submetido ao regime estatutário, caso ainda não as tenha usufruído integralmente. (Parecer PA n. 233/2008 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 20.02.2009).

4) Polícia Militar – Perda da graduação de praça

Entendimento da PGE (Parecer PA-3 n. 141/95) no sentido de que "o poder disciplinar da Administração não foi atingido pela norma constitucional do parágrafo 4º do artigo 125 da Carta Federal. Tratando-se de infração administrativa, a punição correspondente há de ser aplicada validamente pelo Poder Público, ainda que a sanção cabível se constitua em demissão ou expulsão do servidor militar. Quando a perda de graduação for consequente à apuração de crime militar, então necessária será a intervenção da Justiça Militar, que sobre ela decidirá em processo específico". Exegese posteriormente consagrada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Ante o entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que "a prática de ato incompatível com a função policial militar pode implicar a perda de graduação como sanção administrativa, assegurando-se à praça o direito de defesa e o contraditório", juridicamente correta se revela a Portaria do Comandante Geral da Polícia Militar que, interpretando o artigo 23, II, "a", do RDPM, modificou orientação anterior para estabelecer que "a aplicação da demissão exige processo regular". (Parecer PA n. 190/2008 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 13.02.2009).

5) Procurador do Estado – Promoção. Contagem de tempo. Licença. Tratamento de saúde. Direito intertemporal

Concurso de promoção instaurado pelo Conselho da Procuradoria Geral do Estado, relativo ao exercício de 2009 (condições de 31.12.2008), em que incide a nova disciplina da matéria imposta pela Lei Complementar n. 1.082/2008. Solicitação de parecer

sobre a interpretação do disposto no parágrafo 1º do artigo 78 da Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado, referente à contagem de afastamentos do serviço por licença-saúde, não excedentes a noventa dias por período de permanência em cada um dos níveis da carreira. Possibilidade de cômputo de períodos de licença contínuos ou descontínuos, desde que não ultrapassado o limite máximo de dias estipulado em lei, a ser aferido em cada interstício de nível. Efeitos retroativos restritos da norma legal, que requalificou períodos de licença-médica pretéritos, permitindo a sua contagem para efeito de concursos de promoção relativos a exercícios subsequentes à entrada em vigor da Lei Complementar n. 1.082/2008. Tempo que deve ser computado tanto para o perfazimento do interstício mínimo no nível (condição para inscrição ao concurso de promoção), quanto para a apuração do tempo de serviço no nível, na carreira e no serviço público estadual, para efeito de promoção por antiguidade (critério de classificação na lista de antiguidade). Retroatividade compatível com a garantia do artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal, por não ser lesiva a direito adquirido, ato jurídico perfeito ou coisa julgada. Exame das situações concretas objeto de reclamações opostas à lista de antiguidade. Proposta de revisão de ofício da lista pelo Conselho da Procuradoria Geral do Estado, com a extensão da orientação que vier a ser fixada às demais situações individuais. (Parecer PA n. 30/2009 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 18.03.2009).

6) Serviço Público – Concessão patrocinada. Parceria Público-Privada

Metrô. Linha 4. Interpretação de cláusulas contratuais. Determinação da data base de atualização de obrigações assumidas pelo poder concedente. Divergência entre a Consultoria Jurídica dos Transportes Metropolitanos e da Secretaria da Fazenda. Análise da matéria após retorno dos autos com a diligência proposta no Parecer PA n. 217/2008. Interpretação sistemática das normas editalícias que aponta que a data a ser considerada é o primeiro dia do mês da apresentação das propostas. (Parecer PA n. 10/2009 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 09.02.2009).

7) Tempo Ficto – Direito Adquirido. Contagem para fins de aposentadoria. Delegada de polícia

Os servidores que ingressaram em período anterior à entrada em vigência da Emenda Constitucional n. 20/98, que alterou a natureza do regime previdenciário e proibiu a contagem, para fins de aposentadoria, de tempo ficto, têm assegurado o seu direito adquirido à qualificação jurídica que os beneficiava. Precedentes: Pareceres PA ns. 58/2003 e 66/2003. (Parecer PA n. 234/2008 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 16.02.2009).

Contencioso Fiscal

8) Execução fiscal – Prescrição intercorrente

Indeferiu o pedido de inclusão dos sócios no polo passivo pela ocorrência de prescrição intercorrente em relação aos sócios. Como é de elementar sabença, a prescrição intercorrente se dá quando há inércia por parte do credor durante o lapso temporal de 5 anos. Inadmissibilidade. Recurso provido. (TJSP – AI n. 855.087.5/4-00 /São Paulo – Rel. Des. Magalhães Coelho).

9) Mandado de Segurança Coletivo

Pretensão de abster a autoridade impetrada de protestar certidão de dívida ativa. Ato administrativo consubstanciado na adoção de parecer normativo, de conteúdo normativo e genérico. Lei em tese. Inadmissibilidade. Súmula n. 266 do STF. Extinção do processo sem julgamento de mérito. Recursos providos. (TJSP – AC n. 671.328-5/4 /São Paulo – Rel. Des. Peiretti de Godoy).

10) Prescrição – Execução fiscal. Prescrição intercorrente

Ausência de desídia da exequente na condução do feito. Impossibilidade de se falar, consequentemente, em prescrição intercorrente. Pedido de inclusão no polo passivo dos sócios da empresa. Indeferimento com reconhecimento, em relação a eles, da prescrição. Equívoco. Não se pode falar em termo inicial do prazo prescricional enquanto não há integração no polo passivo da execução. Recurso provido. (TJSP – AI n. 823.693.5/0-00/São Paulo – Rel. Des. Franklin Nogueira).

11) Processo Civil – Embargos de declaração. Rejeição

1. A correção monetária tem por função atualizar o valor da moeda. Ela, em si, não constitui fato gerador tributário. 2. Correção monetária e encargos financeiros nas vendas a prazo. 3. A correção monetária não altera a base de cálculo, por apenas atualizá-la. Impossibilidade de afastar o ICMS sobre valor acrescido. 4. Omissão e contradição inexistentes. 5. Embargos rejeitados. (STJ – EREsp n. 332.638/SP (2001/0096496-9) – Rel. Min. José Delgado).

12) Processual Civil e Tributário – Execução Fiscal. Penhora eletrônica de direito (Bacenjud). Decisão posterior às modificações introduzidas pela Lei n. 11.382/2006. Possibilidade. Artigo 620 do Código de Processo Civil. Invocação genérica. Inviabilidade

1. Em 08.08.2007, o juízo de primeiro grau constatou irregularidade no bem oferecido à penhora e acolheu o pedido da Fazenda Pública para determinar a penhora eletrônica de dinheiro, conforme o artigo 655-A do Código de Processo Civil, com a redação da Lei n. 11.382/2006. 2. O acórdão que reformou a decisão merece correção para adequar-se à nova disciplina jurídica, aplicável de imediato aos processos em curso. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. 3. A tese de violação ao princípio da menor onerosidade não pode ser defendida de modo genérico ou simplesmente retórico, cabendo à parte executada a comprovação inequívoca dos prejuízos a serem efetivamente suportados, bem como da possibilidade, sem comprometimento dos objetivos do processo de execução, de satisfação da pretensão creditória por outros meios. 4. Agravo regimental não provido. (STJ – AgR REsp n. 1.051.276/RJ (2008/0085015-9) – Rel. Min. Herman Benjamin).

13) Processual Civil e Tributário – Recurso Especial. Ausência de prequestionamento. Súmula n. 211/STJ. Importação. ICMS. Sujeito ativo. Estado onde se situa o importador. Recurso especial provido

1. A falta de prequestionamento da matéria suscitada no recurso especial, a despeito da oposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial (Súmula n. 211 do STJ). 2. O sujeito ativo do ICMS é o Estado onde encontra-se situado o estabelecimento do importador, a despeito da entrada física da mercadoria ter ocorrido em estabelecimento localizado em outro ente da Federação. Precedentes das duas Turmas da 1ª Seção: ED AgR REsp n. 282.262/RJ, rel. Min. José Delgado, 1ª T., *DJU*, de 19.03.2002 e REsp n. 376918, 2ª T., rel. Min. João Otávio Noronha, *DJU*, de 14.03.2006. 3. Recurso especial a que se nega provimento. (STJ – REsp n. 941.930/BA (2007/0080162-6) – Rel. Min. Teori Albino Zavascki).

14) Processual Civil – Tributário. Embargos de divergência. ICMS. Encargos decorrentes de financiamento. Súmula n. 237 do STJ. Encargos decorrentes de "venda a prazo" propriamente dita. Incidência

1. A "venda financiada" e a "venda a prazo" são figuras distintas para o fim de encerrar a base de cálculo de incidência do ICMS. 2. A "venda a prazo" revela modalidade de negócio jurídico único, cognominado compra e venda, no qual o vendedor oferece ao comprador o pagamento parcelado do produto, acrescendo-lhe um *plus* ao preço final, razão pela qual o valor desta operação constitui a base

de cálculo do ICMS, na qual se incorpora, assim, o preço "normal" da mercadoria (preço de venda a vista) e o acréscimo decorrente do parcelamento (Precedentes desta Corte e do STF: AgR RE n. 228.242/SP, rel. Min. Carlos Velloso, *DJU*, de 22.10.2004; EREsp n. 421.781/SP, rel. Min. Eliana Calmon, *DJU*, de 12.02.2007; EREsp n. 435.161/SP, 1ª Seção, rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJU*, de 13.06.2005; e AgR REsp n. 300.722/SP, 1ª Turma, rel. Min. Francisco Falcão, *DJU*, de 16.05.2005). 3. Embargos de divergência parcialmente conhecidos e, nesta parte, providos. (STJ – EREsp n. 215.849/SP (2006/0235176-6) – Rel. Min. Luiz Fux).

15) Recurso Especial – Tributário. ICMS. Creditamento. Mercadorias alheias à atividade-fim do contribuinte. Impossibilidade. Artigo 535 do Código de Processo Civil. Violação. Não-ocorrência

1. Não viola o artigo 535 do Código de Processo Civil o acórdão que, mesmo sem se ter pronunciado sobre todos os temas trazidos pelas partes, manifestou-se de forma precisa sobre aqueles relevantes e aptos à formação da convicção do órgão julgador, resolvendo de modo integral o litígio. 2. "Esta Corte tem-se manifestado no sentido da possibilidade de creditamento dos valores despendidos para aquisição de bens destinados ao ativo imobilizado. Todavia, a hipótese dos autos se subsume à exceção prevista no parágrafo 1º do artigo 20 da Lei Complementar n. 87/96, pois os bens adquiridos pelo executado foram empregados na construção do prédio onde funciona o hipermercado. Neste caso, por serem aplicados em atividade alheia à finalidade da empresa, a aquisição dos referidos bens não dão direito ao creditamento pretendido." (REsp n. 860.701/MG, 1ª Turma, rel. Min. Francisco Falcão, *DJU*, de 17.05.2007). 3. Recurso especial parcialmente provido. (STJ – REsp n. 1.077.242/MG (2008/0163499-4) – Rel. Min. Denise Arruda).

16) Tributário – Embargos à execução. ICMS. Importação de veículos. Violação dos artigos 131, 458, II, e 535, I e II, do Código de Processo Civil. Inexistência

1. Inexiste ofensa aos artigos 131 e 458, II, do Código de Processo Civil quando a sentença e o acórdão recorrido encontram-se suficientemente fundamentados. Tampouco pode-se reputar omisso ou contraditório o acórdão que deixa de atender à pretensão da recorrente. Violação do artigo 535, I e II, do Código de Processo Civil que também se afasta. 2. Acórdão recorrido que, a partir da análise da prova e dos contratos juntados aos autos, concluiu que ocorreu importação indireta, ou seja, que a importação foi realizada pela recorrente e que a empresa situada no Espírito Santo figurou como mera intermediária; portanto, o ICMS é devido ao Estado de Minas Gerais, onde se situa a importadora. 3. A jurisprudência desta Corte firmou-se no

mesmo sentido do acórdão recorrido. Constatação de ofensa à lei federal que esbarra no óbice das Súmulas ns. 5 e 7 do STJ. 4. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, não provido. (STJ – REsp n. 835.537/MG (2006/0059398-9) – Rel. Min. Eliana Calmon).

17) Tributário – Execução fiscal. Títulos da Eletrobrás. Obrigações ao portador (títulos prescritos, sem cotação em bolsa) ou debêntures (títulos de baixa liquidez). Recusa pela Fazenda. Artigo 11 da Lei n. 6.830/80. Possibilidade

1. Trata-se de execução fiscal em que houve recusa pela exequente de nomeação à penhora de debêntures da Eletrobrás como garantia do juízo. 2. Nos casos de oferecimento de obrigações ao portador, tem-se hipótese de títulos prescritos, motivo pelo qual são inexigíveis e não se prestam à garantia de execução fiscal (não têm cotação em bolsa). 3. Em se tratando de debêntures, tem-se hipótese de títulos com baixa liquidez (apesar de terem cotação em bolsa), sendo lícito à Fazenda recusá-los, por conta do disposto do artigo 11 da Lei n. 6.830/80. 4. Agravo regimental não provido. (STJ – AgR REsp n. 1.044.849/RS (2008/0069585-2) – Rel. Min. Mauro Campbell Marques).

18) Tributário – ICMS. Estado em que se situa o importador

I - O voto vencedor do acórdão *a quo* é no sentido de que ocorreu "importação indireta", sendo o verdadeiro importador das mercadorias a empresa situada em Minas Gerais, tendo em vista se enquadrar como o "real destinatário ou destinatário final", bem como indicar a prova dos autos que as mercadorias foram importadas já com o intuito de serem enviadas ao estabelecimento da ora apelante situado em Contagem, vez que foram remetidos a este em sua totalidade, incontinenti a sua chegada ao outro estabelecimento localizado no Estado de São Paulo. II - A jurisprudência desta Corte já se manifestou no sentido de que é devido o ICMS no Estado onde localizado o estabelecimento do importador, não importando que o desembaraço aduaneiro tenha se dado em outro Estado. Sendo assim, cobra-se o referido tributo de quem realizou a importação, ou seja, quem efetivou a circulação jurídica da mercadoria. Precedentes: REsp n. 226.134/RJ, rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJU*, de 01.08.2005; ED AgR REsp n. 282.262/RJ, rel. Min. Francisco Falcão, *DJU*, de 08.04.2002 e REsp n. 256.814/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, *DJU*, de 11.09.2000. III - Agravo regimental improvido. (STJ – AgR EREsp n. 1.046.148/MG (2008/0075316-9) – Rel. Min. Francisco Falcão).

19) Tributário – Processo civil. Recurso especial. Ausência de prequestionamento. Súmula n. 282/STF. Execução fiscal. Redirecionamento contra sócio-gerente que figura na certidão de dívida ativa como co-responsável. Possibilidade. Distinção entre a relação de direito processual

(pressuposto para ajuizar a execução) e a relação de direito material (pressuposto para a configuração da responsabilidade tributária)

1. A ausência de debate, na instância recorrida, sobre os dispositivos legais cuja violação se alega no recurso especial atrai, por analogia, a incidência da Súmula n. 282 do STF. Não se pode confundir a relação processual com a relação de direito material objeto da ação executiva. Os requisitos para instalar a relação processual executiva são os previstos na lei processual, a saber, o inadimplemento e o título executivo (arts. 580 e 583 do CPC). Os pressupostos para a confirmação da responsabilidade tributária são os estabelecidos pelo direito material, nomeadamente pelo artigo 135 do Código Tributário Nacional. A indicação, na certidão de dívida ativa, do nome do responsável ou coresponsável (art. 2°, § 5°, I da Lei n. 6.830/80; art. 202, I do CTN) confere ao indicado a condição de legitimado passivo para a relação processual executiva (art. 568, I do CPC), mas não confirma, a não ser por presunção relativa (art. 204 do CTN), a existência da responsabilidade tributária, matéria que, se for o caso, será decidida pelas vias cognitivas próprias, especialmente a dos embargos à execução. É diferente a situação quando o nome do responsável tributário não figura na certidão de dívida ativa. Nesses casos, embora configurada a legitimidade passiva (CTN, art. 568, V), caberá à Fazenda exequente, ao promover a ação ou ao requerer o seu redirecionamento, indicar a causa do pedido, que há de ser uma das situações, previstas no direito material, como configuradoras da responsabilidade subsidiária. No caso, havendo indicação dos codevedores no título executivo (certidão de dívida ativa), é viável, contra os sócios, o redirecionamento da execução. Precedente: EREsp n. 702.232/RS, 1ª Seção, rel. Min. Castro Meira, *DJU*, de 16.09.2005. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. (STJ – REsp n. 964.155/RS (2007/0146173-2) – Rel. Min. Teori Albino Zavascki).

Contencioso Judicial

20) Administrativo – Criação do Parque Estadual Xixová-Japuí. Decreto estadual n. 37.536/93. Desapropriação indireta. Requisitos. Não configuração

1. Na seara do Direito Constitucional não há mais lugar para falar-se em direito absoluto, já que, segundo o princípio da razoabilidade, os direitos previstos na Carta Magna encontram seu fundamento e limite no próprio texto constitucional. 2. Antes da promulgação da Constituição vigente, o legislador já cuidava de impor algumas restrições ao uso da propriedade com o escopo de preservar o meio ambiente. 3. Para se falar em desapropriação indireta impõe-se que sejam preenchidos os seguintes requisitos: que o bem tenha sido incorporado ao patrimônio do Poder Público e que a situação fática seja irreversível. 4. Caso dos autos, em que não restou constatado que as apontadas restrições estatais implicaram no esvaziamento do conteúdo econômico da propriedade da recorrente, tampouco que o Poder Público revelou qualquer intenção de incorporar ao seu patrimônio o imóvel de propriedade da embargante. 5. Eventual limitação administrativa mais extensa do que as já existentes quando da edição do Decreto estadual n. 37.536/93 deve ser comprovada pela autora por meio de ação própria. 6. Embargos de divergência não providos. (STJ – EREsp n. 628.588/SP (2005/0174528-7) – Rel. Min. Eliana Calmon)

21) Constitucional – Administrativo. Controle externo. Auditoria pelo Tribunal de Contas da União. Responsabilidade de procurador de autarquia por emissão de parecer técnico-jurídico de natureza opinativa. Segurança deferida

I. Repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico: (i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; (ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável

ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; (iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídico deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir. II. No caso de que cuidam os autos, o parecer emitido pelo impetrante não tinha caráter vinculante. Sua aprovação pelo superior hierárquico não desvirtua sua natureza opinativa, nem o torna parte de ato administrativo posterior do qual possa eventualmente decorrer dano ao erário, mas apenas incorpora sua fundamentação ao ato. III. Controle externo: É lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa. Mandado de segurança deferido. (STF – MS n. 24631/DF – Tribunal Pleno – Rel. Min. Joaquim Barbosa – j. 09.08.2007) *DJe*, de 31.01.2008, *Ementário* v. 2.305-02, p. 276.

22) Processual Civil – Agravo de instrumento. Artigo 544 do Código de Processo Civil. Agravo regimental. Falta de traslado de peça obrigatória. Procuração da empresa agravante. modificação na denominação social da empresa. Necessidade de apresentação da procuração outorgada ao advogado da empresa com a nova denominação social. Agravo regimental desprovido.

1. A procuração outorgada ao advogado da empresa agravante é peça essencial para o conhecimento do agravo de instrumento. 2. Na hipótese de ocorrer modificação na denominação social da empresa, faz-se mister a apresentação da procuração da empresa com a nova denominação social, sob pena de não conhecimento do recurso. 3. Agravo regimental desprovido. (STJ – AgR AI n. 1.023.724/RS (2008/0045893-2) – Rel. Min. Luiz Fux).

23) Processual Civil – Agravo de instrumento interposto contra decisão que recebe apelação. Recurso especial. Julgamento simultâneo da ação principal e da cautelar. Recebimento da apelação com efeitos diversos. Violação ao artigo 520, IV, do Código de Processo Civil. Caracterização

1. A apelação interposta contra decisão simultânea da ação principal e da ação cautelar deve ser recebida com efeitos diversos, não se

justificando o recebimento no duplo efeito. De fato, não há possibilidade de extensão do efeito suspensivo do recurso de apelação interposto na ação de conhecimento às demandas enumeradas nos incisos do artigo 520 do Código de Processo Civil. Precedentes. 2. Recurso especial provido. (STJ – REsp n. 663.570/SP (2004/0056020-4) – Rel. Juiz Federal Carlos Fernando Mathias).

24) Processual Civil – Agravo de instrumento provido para determinar sua conversão em recurso especial. Reexame da sua tempestividade quando do julgamento do próprio recurso especial. Impossibilidade. Preclusão

1. Não cabe, quando do julgamento do recurso especial, reexaminar de ofício a tempestividade do agravo de instrumento anteriormente provido (e, portanto, implícita ou explicitamente conhecido) para determinar o processamento do recurso especial. Não tendo sido interposto o recurso pertinente dessa decisão, resta preclusa a matéria (CPC, art. 473). Assim, o juízo de admissibilidade, nesse momento, é apenas do próprio recurso especial. Precedente da Corte Especial: EREsp 171499 / RS, Min. Fontes de Alencar, DJ 19.02.2001. 2. Embargos de divergência a que se dá provimento. (STJ – EREsp n. 218.863/BA (2007/0270334-8) – Rel. Min. Teori Albino Zavascki).

25) Processual civil – Recurso especial. Ação de execução de título extrajudicial. Bacenjud. Obrigatoriedade de cadastramento do magistrado. Artigo 2º da Resolução n. 61/2008 do Conselho Nacional de Justiça. Precedência da utilização do sistema eletrônico sobre os demais meios disponíveis para a realização das providências do artigo 655-A do Código de Processo Civil

O artigo 655-A do Código de Processo Civil, ao mencionar a expressão "preferencialmente", determina que é prioritária a utilização do meio eletrônico para a realização das providências contidas no referido dispositivo, facultando, apenas de forma subsidiária, o uso de outros mecanismos para tal finalidade. Nos termos do artigo 2º da Resolução n. 61/2008 do Conselho Nacional de Justiça, "é obrigatório o cadastramento, no sistema Bacenjud, de todos os magistrados brasileiros cuja atividade jurisdicional compreenda a necessidade de consulta e bloqueio de recursos financeiros de parte ou terceiro em processo judicial". Recurso especial conhecido e provido. (STJ – REsp n. 1.043.759/DF (2008/0067577-0) – Rel. Min. Nancy Andrighi)

26) Processual Civil – Recurso especial. Agravo de instrumento. Cópia da decisão agravada sem assinatura do juiz, retirada da internet. Artigo 525, I, do Código de Processo Civil. Ausência de certificação digital. Origem comprovada: site do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Particularidade. Redução do formalismo processual. Autenticidade. Ausência de questionamento. Presunção de veracidade

A jurisprudência mais recente do Superior Tribunal de Justiça entende que peças extraídas da internet utilizadas na formação do agravo de instrumento necessitam de certificação de sua origem para serem aceitas. Há, ainda, entendimento mais formal, que não admite a utilização de cópia retirada da internet. O artigo 525, I, do Código de Processo CivilCódigo de Processo Civil refere-se expressamente a "cópias", sem explicitar a forma que as mesmas devem ser obtidas para formar o instrumento. Os avanços tecnológicos vêm, gradativamente, modificando as rígidas formalidades processuais anteriormente exigidas. Na espécie, há uma particularidade, pois é possível se aferir por outros elementos que a origem do documento retirado da internet é o *site* do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Assim, resta plenamente satisfeito o requisito exigido pela jurisprudência, que é a comprovação de que o documento tenha sido "retirado do *site* oficial do Tribunal de origem". A autenticidade da decisão extraída da internet não foi objeto de impugnação, nem pela parte agravada, nem pelo Tribunal de origem, o que leva à presunção de veracidade, nos termos do artigo 372 do Código de Processo Civil, ficando evidenciado que, não havendo prejuízo, jamais se decreta invalidade do ato. Recurso especial conhecido e provido, para que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul profira nova decisão. (STJ – REsp n. 1.073.015/RS (2008/0151790-1) – Rel. Min. Nancy Andrighi).

27) Processual Civil – Recurso especial. Execução fiscal. Citação por edital. Condição de cabimento. Frustração das demais modalidades de citação (por correio e por oficial de justiça). Artigo 8º da Lei n. 6.830/80.

1. Segundo o artigo 8º da Lei 6.830/30, a citação por edital na execução fiscal somente é cabível quando não exitosas as outras modalidades de citação ali previstas: a citação por correio e a citação por oficial de justiça. Precedentes de ambas as Turmas do Superior Tribunal de Justiça. 2. Recurso especial improvido. Acórdão sujeito ao regime do artigoartigo 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução STJ n. 8/2008. (STJ – REsp n. 1.103.050/BA (2008/0269868-1) – Rel. Min. Teori Albino Zavascki).

28) Processual Civil – Recurso especial submetido à sistemática prevista no artigo 543-C do Código de Processo Civil. Execução fiscal. Inclusão dos representantes da pessoa jurídica, cujos nomes constam da CDA, no pólo passivo da execução fiscal. Possibilidade. Matéria de defesa. Necessidade de dilação probatória. Exceção de pré-executividade. Inviabilidade. Recurso especial desprovido

1. A orientação da Primeira Seção desta Corte firmou-se no sentido de que, se a execução foi ajuizada apenas contra a pessoa jurídica, mas o nome do sócio consta da CDA, a ele incumbe o ônus da prova de que não ficou caracterizada nenhuma das circunstâncias previstas no artigo 135 do CTN, ou seja, não houve a prática de atos "com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos". 2. Por outro lado, é certo que, malgrado serem os embargos à execução o meio de defesa próprio da execução fiscal, a orientação desta Corte firmou-se no sentido de admitir a exceção de pré-executividade nas situações em que não se faz necessária dilação probatória ou em que as questões possam ser conhecidas de ofício pelo magistrado, como as condições da ação, os pressupostos processuais, a decadência, a prescrição, entre outras. 3. Contudo, no caso concreto, como bem observado pelas instâncias ordinárias, o exame da responsabilidade dos representantes da empresa executada requer dilação probatória, razão pela qual a matéria de defesa deve ser aduzida na via própria (embargos à execução), e não por meio do incidente em comento. 4. Recurso especial desprovido. Acórdão sujeito à sistemática prevista no artigo 543-C do Código de Processo Civil, c.c. a Resolução n. 8/2008 da Presidência do Superior Tribunal de Justiça. (STJ – REsp n. 1.104.900/ES (2008/0274357-8) – Rel. Min. Denise Arruda).

29) Processual Civil – Recurso especial. Tributário. Processo administrativo Fiscal. Recurso administrativo. Exigência de depósito prévio. Garantia da ampla defesa. Direito de petição independentemente do pagamento de taxas. Novel jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

1. O depósito prévio ao recurso administrativo, para a discussão de crédito previdenciário, ante o flagrante desrespeito à garantia constitucional da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF/88) e ao direito de petição independentemente do pagamento de taxas (art. 5º, XXXIV, "a", da CF/88) é inexigível, consoante decisão do Supremo Tribunal Federal, na sessão plenária ocorrida em 28.03.2007, nos autos do Recurso Extraordinário n. 389.383-1/SP, na qual declarou,

por maioria, a inconstitucionalidade dos parágrafos 1º e 2º do artigo 126 da Lei n. 8.213/91, com a redação dada pela Medida Provisória n. 1.608-14/98, convertida na Lei n. 9.639/98. 2. O artigo 481 do *Codex* Processual, no seu parágrafo único, por influxo do princípio da economia processual, determina que "os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário, do Supremo Tribunal Federal sobre a questão". 3. Consectariamente, impõe-se a submissão desta Corte ao julgado proferido pelo plenário do Supremo Tribunal Federal que proclamou a inconstitucionalidade da norma jurídica em tela, como técnica de uniformização jurisprudencial, instrumento oriundo do sistema da *common law* e que tem como desígnio a consagração da isonomia fiscal no caso *sub examine*. 4. Recurso especial desprovido. (STJ – REsp n. 894.060/SP (2006/0216045-8) – Rel. Min. Luiz Fux).

PGE
PROCURADORIA GERAL
DO ESTADO DE SÃO PAULO