

# Sentenças





## **AÇÃO CIVIL PÚBLICA** **0001457-56.2011.4.03.6113**

Parte Autora: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA

Parte Ré: PEDRO SPESSOTO NETO

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE FRANCA - SP

Juiz Federal: JOÃO CARLOS CABRELON DE OLIVEIRA

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/06/2017

### *I – RELATÓRIO*

Trata-se de ação civil pública movida pelo INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS (IBAMA) em face de PEDRO SPESSOTO NETO, objetivando a condenação da parte ré em obrigações de fazer, consistentes na reparação do dano causado ao meio ambiente através da edificação realizada em área de preservação permanente localizada à margem esquerda de reservatório da Usina Hidrelétrica de Jaguara (UHE Jaguara), no município de Rifaina/SP. Requer, ainda, a condenação da parte ré a demolir as edificações que se encontram inseridas a menos de 100m de distância da margem esquerda da represa e, por fim, a adoção de medida consistente no plantio de outras mudas nativas com a obrigação de sustentabilidade de seu crescimento e demais providências necessárias a serem tomadas após a demolição requerida.

Embasou a parte autora sua pretensão na alegação de que a parte ré teria provocado danos à área de preservação permanente, consoante auto de infração nº 263.258/D e termo de embargo nº 180.700/C, de 24/11/2005, havendo instauração de Termo Circunstanciado com transação penal firmada entre o Ministério Público Federal e o réu, com a condição de composição dos danos causados ao meio ambiente, mediante plantio de espécies nativas da região através do processo nº 2002.61.13.001863-4, que tramitou por este Juízo. Contudo, afirma que o Plano de Recuperação da Área Degradada - PRAD apresentado pelo réu não foi aprovado pelo IBAMA de Ribeirão Preto, por não garantir a recuperação, mas somente melhorias da área degradada, defendendo a necessidade da presente ação para o fim de se promover a remoção da área ilícitamente ocupada, possibilitando a recuperação do local.

Inicial acompanhada de documentos (fls. 16-106).

Instado, o Ministério Público Federal defendeu a desnecessidade de integrar o polo ativo da presente ação, manifestando-se pelo seu prosseguimento e sua atuação na condição de *custos legis* (fl. 109).

Citada, apresentou a parte ré contestação às fls. 115-126, juntamente com os documentos de fls. 127-149. Afirmou, preliminarmente, a ocorrência de coisa julgada material face à extinção da punibilidade declarada no âmbito penal, além da incompetência relativa por entender o réu que compete à Justiça Estadual o processamento e julgamento do feito. No mérito, alegou que as medidas sancionatórias aplicadas pelo IBAMA não gozam de autoexecutoriedade; defendeu a legalidade da propriedade e das construções realizadas por se tratar de propriedade localizada em área urbana e em razão do integral cumprimento das condições que lhe foram impostas judicialmente; afirmou que não houve degradação da área de preservação permanente; sustentou a boa-fé na aquisição da propriedade que já se encontrava com as construções encerradas, vistoriadas e com “habite-se” conforme determinação legal; ausência de provas da degradação ao meio ambiente porque alega que houve recuperação da área em razão da implementação do PRAD.

Decisão judicial às fls. 314-316, saneando o feito, sendo afastadas as alegações preliminares da parte ré. Indeferido o pedido do IBAMA de traslado da cópia integral do processo nº 0001863-92.2002.403.6113 e a produção de prova testemunhal, sendo oportunizada a juntada de documentos pelas partes relativos a fatos supervenientes ao ajuizamento da ação e deferida a realização de prova pericial.

Apresentação de estimativa de honorários pelo perito nomeado pelo Juízo às fls. 319-330. Quesitos do réu apresentados às fls. 333-334.

Houve interposição de agravo retido pelo réu (fls. 337-343) em face da decisão de fls. 313-315 que rejeitou a preliminar de coisa julgada material arguida na contestação.

Discordância das partes, autora e ré, sobre a estimativa dos honorários periciais, pleiteando a redução ou nomeação de outro perito (fls. 344-345 e 348-349, respectivamente).

O Ministério Público Federal manifestou pelo arbitramento dos honorários periciais dentro dos limites instituídos pela Resolução nº 558/2007 do CJF (fls. 351-352).

Decisão de fls. 354-356 arbitrou o valor dos honorários periciais, determinou ao réu promover o depósito do valor à ordem do Juízo e autorizou o levantamento de 30% do depósito, facultando às partes a indicação de assistente técnico e apresentação de quesitos.

Comprovante do depósito acostado à fl. 361.

Diante da insatisfação do perito nomeado no tocante aos honorários arbitrados às fls. 354-356, houve revogação de sua nomeação, sendo nomeado novo perito à fl. 376, que concordou com os honorários periciais arbitrados pelo Juízo (fls. 391-392).

À fl. 396 foi determinada a suspensão da realização da perícia, sendo o IBAMA intimado a manifestar-se sobre as alterações promovidas pelo Novo Código Florestal (Lei nº 12.651/12).

O IBAMA defendeu a aplicação da Resolução 302/2002 do Conselho Nacional do Meio Ambiente que define qual o limite das áreas de preservação permanente aos reservatórios implantados anteriormente à sua vigência, além da impossibilidade de aplicação de interpretação que implique em redução protetiva, pugnando pela realização da perícia (fls. 399-406).

O Ministério Público Federal alegou não mais haver área de preservação permanente no local, pugnando pela realização da prova pericial cujo objeto seria a identificação das edificações do imóvel indicando se estão localizadas dentro da cota máxima de operação do reservatório artificial (fls. 413-414).

Decisão de fl. 419 determinando a suspensão do andamento do feito até conclusão da perícia determinada no processo nº 0000621-83.2011.403.6113, sendo trasladada cópia do laudo pericial realizado naquele feito às fls. 423-454.

Manifestação do IBAMA sobre o laudo pericial às fls. 456-461 e documentos juntados às fls. 462-464. O réu manifestou-se às fls. 465-466 pleiteando a devolução dos honorários periciais depositados nos autos.

O Ministério Público Federal concluiu que as construções não estão inseridas em área de preservação permanente, havendo perda de objeto da presente ação e pugnando pela extinção do feito sem resolução do mérito (fls. 468-470).

Foram trasladadas para o presente feito cópias da complementação do laudo pericial realizada no processo nº 0000621-83.2011.403.6113 (fls. 473-493).

Manifestação do IBAMA às fls. 497-498 postulando a manifestação do perito sobre a extensão da APP de acordo com a inclinação do terreno e a relação com os níveis máximo operacional e máximo maximorum. O réu, à fl. 500, alegou que o laudo complementar nada

alterou a conclusão sobre a APP e sua extensão, mormente por se tratar de propriedades e processos distintos. À fl. 502 o Ministério Público Federal reiterou sua manifestação de fls. 468-470.

Foi deferido o pedido do IBAMA, sendo determinada a intimação do perito para complementação do laudo pericial (fl. 503).

Manifestação do perito às fls. 507-508 acerca da não realização de laudo pericial no presente feito, por se tratar de prova emprestada de outro processo, bem como, sobre a necessidade de realização de laudo pericial específico e vistoria no local.

O IBAMA concordou com a realização de vistoria “in loco” (fl. 510), tendo o réu entendido ser desnecessária a realização da inspeção, pois já existentes elementos nos autos suficientes para o julgamento do feito (fls. 511-512). O Ministério Público Federal não se opôs à realização da vistoria (fl. 514).

Informação sobre o falecimento do perito nomeado (fls. 522-524).

Estimativa de honorários apresentada pela perita às fls. 534-536.

Nomeação da perita judicial à fl. 543, sendo autorizado o levantamento de 30% do valor fixado e alvará levantado à fl. 574.

Laudo pericial acostado às fls. 580-597, manifestando-se o IBAMA às fls. 600-606, o réu à fl. 609 e o Ministério Público Federal às fls. 611-612 e documentos juntados às fls. 613-628.

É o relatório. Decido.

## II – FUNDAMENTAÇÃO

As questões processuais preliminares já foram objeto de apreciação na decisão judicial de fls. 314-316.

Passo à análise do mérito.

O objeto da presente ação é a reparação dos danos ambientais que teriam sido causados pelo requerido em Área de Preservação Permanente (APP) localizada no entorno do reservatório artificial de água da UHE Jaguará.

Quanto à questão de mérito, e considerando que a presente ação foi ajuizada antes da entrada em vigor da Lei nº 12.651/2012 (vulgarmente conhecida como novo Código Florestal), inicialmente controverteram as partes no que tange à faixa de APP que deveria ser respeitada no entorno desse reservatório. O IBAMA afirmou, na petição inicial, que essa faixa teria a extensão de 100 (cem) metros, contados da margem do reservatório da UHE Jaguará. O requerido, na contestação, aduziu que a faixa teria a extensão de 30 (trinta) metros, pois localizado o terreno de sua propriedade em área urbana, e não rural.

Posteriormente, com a entrada em vigor da Lei nº 12.651/2012, deduziram as partes novas alegações nos autos, nos termos dos arts. 342 e 493 do CPC, haja vista o teor do art. 62 daquele diploma legal, que alterou a forma de medição das Áreas de Preservação Permanente (APP's) para as margens dos reservatórios artificiais destinados a geração de energia, concedidos antes de 24.08.2001. Nesse ponto, sustentou o IBAMA a inconstitucionalidade do art. 62 da Lei nº 12.651/2012, ao passo que o requerido afirmou que, ante a inovação legal, não há mais que se falar em área de preservação permanente na área objeto da ação.

Assim, é necessário primeiramente solver essa controvérsia, para que se possa decidir, ante os fatos nos autos apurados, sobre a existência de responsabilidade civil ambiental do requerido, tal como alegado na petição inicial.

As APP's têm a função ambiental de “preservar os recursos hídricos, a paisagem, a esta-

bilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas” (Código Florestal, art. 3º, II). São extensões territoriais ambientalmente sensíveis, como as matas ciliares e a vegetação que recobre os topos de morros ou montanhas, assim como suas encostas. Da conservação dessas áreas depende a própria viabilidade ecológica e econômica da terra, pois sua preservação evita, dentre outras consequências negativas, o esgotamento dos recursos hídricos e a erosão dos solos.

Por tais motivos, as APP's são objeto de proteção na maioria dos países. Como exemplo, aponta Valverde<sup>1</sup> que na China são previstas as “florestas de abrigo” em razão de sua função hidrológica; na Argentina, preservam-se áreas florestais de “alto valor biológico” e de proteção de bacias; na Finlândia, protegem-se as florestas ripárias (matas contíguas a cursos d'água); na Austrália, há a “zona de proteção” da mata nativa em ambos os lados das depressões ou cursos d'água.

No Brasil, o Código Florestal de 1934 (Decreto nº 23.793/1934) trouxe a denominação de “florestas protetoras” para a vegetação que tinha por finalidade, dentre outras, conservar o regime das águas, evitar a erosão das terras e “proteger sítios que por sua beleza mereçam ser conservados” (art. 4º, a, b e f). A legislação florestal posterior, em 1965 e 2012 (atual), manteve a proteção das agora denominadas APP's, salientando-se, como já se fazia em 1934, que a preservação dessas extensões de área não se dá somente por motivos estritamente econômicos, mas também por razões eminentemente estéticas e ecológicas, como a preservação da biodiversidade.

Quanto aos reservatórios d'água, naturais ou artificiais, o Código Florestal de 1965 (Lei nº 4.771/1965), em seu art. 2º, b, passou expressamente a proteger as florestas e demais formas de vegetação natural situadas ao seu redor. Contudo, esse diploma legal descuro de indicar a metragem da vegetação a ser preservada nessas circunstâncias.

Posteriormente, o art. 18 da Lei nº 6.938/1981 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente), transformou as florestas e demais formas de vegetação de preservação permanente em estações ou reservas ecológicas, sendo que o Decreto nº 89.336/1984 atribuiu ao Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) o poder de regulamentar o uso racional dos recursos ambientais existentes nas reservas ecológicas (art. 4º). O CONAMA, por seu turno, editou a Resolução nº 04/1985, a qual, em seu art. 3º, II, fixou a extensão das reservas ecológicas ao redor os reservatórios d'água artificiais, passando a consistir de uma faixa contada a partir do nível mais alto do reservatório, medido horizontalmente, com uma largura mínima de 30 (trinta) metros, para áreas urbanas, e 100 (cem) metros, para áreas rurais.

Essa regulamentação perdurou até a edição da Lei nº 9.985/2000, a qual revogou o art. 18 da Lei nº 6.938/1981. No entanto, pouco tempo depois o Código Florestal então vigente foi modificado pela MP nº 2.166-67/2001, que incluiu o § 6º em seu art. 4º, o qual determinou que as APP's criadas no entorno de reservatórios artificiais teriam os parâmetros e regime de uso definidos por resolução do CONAMA. Na esteira dessa alteração legislativa, o CONAMA editou a Resolução nº 302/2002, voltando a fixar como regra a extensão das APP's para reservatórios artificiais em 30 e 100 metros, a depender de sua localização se dar em área urbana ou rural, contados da cota máxima normal de sua operação (art. 3º, I).

Do exposto, tem-se que, desde 1985 até a edição do atual Código Florestal, e com um pequeno intervalo entre 2000 e 2002, as APP's no entorno de reservatórios artificiais eram

<sup>1</sup> VALVERDE, Sebastião Renato (coord.). Estudo comparativo da legislação florestal sobre Áreas de Preservação Permanente e Reserva Legal. Viçosa, 2010. Disponível em: <[www.abiape.com.br/newsletter/201004e01/file/estudo.pdf](http://www.abiape.com.br/newsletter/201004e01/file/estudo.pdf)>. Acesso em: 07.02.2011.

constituídas por uma faixa de 30 ou 100 metros de largura.

A Lei nº 12.651/2012 deu nova disciplina ao assunto. Passou a prever que as APP's localizadas no entorno dos reservatórios d'água artificiais passarão a ter sua extensão definida na licença ambiental do empreendimento (art. 4º, III). Complementando essa regra, o art. 5º da Lei nº 12.651/2012 trouxe a obrigatoriedade, quando da implantação de reservatório d'água artificial destinado a geração de energia ou a abastecimento público, da aquisição, desapropriação ou instituição de servidão administrativa pelo empreendedor das APP's criadas em seu entorno, conforme estabelecido no licenciamento ambiental, observando-se a faixa mínima de 30 (trinta) metros e máxima de 100 (cem) metros em área rural, e a faixa mínima de 15 (quinze) metros e máxima de 30 (trinta) metros em área urbana.

Assim, a nova regra criada pela da Lei nº 12.651/2012 é a de que, no entorno de reservatórios artificiais, a faixa da APP a ser respeitada terá, nas áreas rurais, uma extensão entre 30 e 100 metros, e nas áreas urbanas, de 15 a 30 metros, a depender do que se dispuser no licenciamento ambiental.

Contudo, a Lei nº 12.651/2012 também excepcionou essa regra geral. Por meio de seu art. 62, passou-se a prever critério totalmente diverso para a definição das faixas de APP's em reservatórios artificiais registrados ou concedidos anteriormente à Medida Provisória nº 2.166-67/2001. De acordo com esse dispositivo legal, a faixa da APP, nessas hipóteses, *será a distância entre o nível máximo operativo normal e a cota máxima maximorum do reservatório.*

Assim, na situação contemplada pelo art. 62 da Lei nº 12.651/2012, deve ser objeto de preservação permanente uma faixa compreendida entre o nível máximo de água do reservatório, quando de sua operação normal (*nível máximo operativo normal*), e o nível de água mais elevado para o qual a barragem foi projetada para suportar, em excepcionais situações de cheia (*cota máxima maximorum*).

Portanto, a Lei nº 12.651/2012, verificadas as circunstâncias de seu art. 62, determinou que se substitua o tradicional critério de medida das APP's, caracterizado por uma medição horizontal contada desde a margem do reservatório, no nível máximo normal ou operacional do reservatório artificial, até uma determinada metragem, para um parâmetro vertical, com base no nível da água e, por conseguinte, variável conforme o relevo.

Diante desse contexto de substancial alteração dos critérios de aferição da APP, constitui matéria controvertida no âmbito da doutrina e da jurisprudência nacional o tema atinente à constitucionalidade do art. 62 da Lei nº 12.651/2012.

A propósito, tramita perante o Supremo Tribunal Federal (STF) a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.903 (da relatoria do Min. Luiz Fux), proposta pelo Procurador-Geral da República em 21.01.2013, ainda pendente de julgamento. Nessa ADI, formula-se, dentre outros pedidos, o de declaração de inconstitucionalidade do art. 62 da Lei nº 12.651/2012.

A despeito da pendência de julgamento da ADI nº 4.903, é pacífica a diretriz segundo a qual, mesmo em sede de ação civil pública, não há óbice para o exercício do controle difuso de constitucionalidade em caráter incidental.

Pois bem, para se fazer um juízo de constitucionalidade do art. 62 da Lei nº 12.651/2012 é necessário confrontá-lo com o que dispõe a Constituição Federal de 1988 (CF/88) sobre o assunto. Com efeito, a proteção legal das APP's tem sede constitucional, conforme a precisa lição de Paulo Affonso Leme Machado:

A APP não é uma área qualquer, mas uma “área protegida”. A *junção destes dois termos tem alicerce na Constituição da República*, que dá incumbência ao Poder Público de “definir, em

todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, (...) vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção” (art. 225, § 1º, III). (*Direito ambiental brasileiro*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 897, negritei).

Confira-se o dispositivo da CF/88 em análise:

Art. 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.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

Quanto ao “direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”, a despeito de o art. 225 não estar inserido no Título II da CF/88, constitui num direito humano fundamental da coletividade. Sobre o tema, o STF já teve oportunidade de se manifestar, fazendo-o por meio de acórdão paradigmático, relatado pelo Ministro Celso de Mello, no qual se reconheceu o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito humano fundamental de terceira geração, inserido no “[...] processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos”. Pela relevância, transcreve-se abaixo a ementa do acórdão, na parte em que aqui interessa:

**A QUESTÃO DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO - DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO - PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE.**

- O direito à integridade do meio ambiente - típico direito de terceira geração - constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, a própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) - que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais - realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) - que se identifica com as liberdades positivas, reais ou concretas - acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade. Considerações doutrinárias.

(STF, MS 22164, Relator(a) Min. Celso de Mello, Plenário, j. 30.10.95, DJ 17.11.95).

Imputa-se ao art. 62 da Lei nº 12.651/2012 a pecha da inconstitucionalidade. Afirma-se que esse dispositivo legal teria reduzido de forma substancial as APP's no entorno dos reservatórios d'água artificiais, de forma a esvaziar de conteúdo a proteção que lhe é devida, nos termos da CF/88. Assim, teria havido violação ao princípio da proibição ou vedação do retrocesso ambiental (ou princípio da não regressão ambiental), cuja sede material na CF/88 decorre dos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais e da prevalência dos direitos

humanos (art. 4º, II).

O conteúdo de tal postulado consiste na vinculação do legislador aos ditames constitucionais pertinentes aos direitos fundamentais, de modo que, uma vez alcançado determinado nível de concretização de uma norma constitucional definidora de uma garantia fundamental, é vedado ao legislador fixar normas que acarretem a supressão dessa concretização, impondo-se, assim, limites à conformação legislativa desses direitos.

Sobre o assunto, assevera Ingo Wolfgang Sarlet que:

A liberdade de conformação do legislador encontra seu limite no momento em que o padrão mínimo para assegurar as condições materiais indispensáveis a uma existência digna não for respeitado, isto é, quando o legislador se mantiver aquém desta fronteira (A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 299).

Discorrendo sobre o princípio da proibição de retrocesso social, do qual o princípio da proibição de retrocesso em matéria ambiental é caudatário, J.J. Gomes Canotilho reporta-se ao núcleo essencial do direito fundamental como limite para a atuação do legislador ordinário:

*O princípio da proibição de retrocesso social* pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas (“lei da segurança social”, “lei do subsídio de desemprego”, “lei do serviço de saúde”) deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa “anulação”, “revogação” ou “aniquilação” pura a simples desse núcleo essencial. Não se trata, pois, de proibir um retrocesso social captado em termos ideológicos ou formulado em termos gerais ou de garantir em abstracto um status quo social, mas de proteger direitos fundamentais sociais sobretudo no seu núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado, sobretudo quando o núcleo essencial se reconduz à garantia do mínimo de existência condigna inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana (Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003 CANOTILHO, 2003, p. 339-340).

Também reportando-se à necessária proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, veja-se a lição de Gilmar Ferreira Mendes:

[...] enquanto princípio expressamente consagrado na Constituição ou enquanto postulado constitucional imanente, o princípio da proteção do núcleo essencial destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais. (Curso de Direito Constitucional. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 395)

Em suma, a inconstitucionalidade da norma impugnada decorreria da violação ao princípio da proibição de retrocesso ambiental, o que se verificaria pelo esvaziamento do núcleo essencial do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, mediante completa subtração de *qualquer nível de proteção* às APP’s localizadas no entorno dos reservatórios d’água artificiais.

Contudo, a alteração dos parâmetros de aferição, com a conseqüente redução da APP em uma determinada localidade, não constitui, por si só, violação ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ou da integridade dos atributos da área especialmente protegida, nos termos da CF/88.

Não é qualquer retrocesso que é vedado pela Constituição. É necessário demonstrar, de forma inequívoca, que a nova disposição normativa tenha efetivamente eliminado o âmbito de proteção jurídica necessariamente conferida ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, de forma a atingir o núcleo essencial desse direito.

No caso vertente, como já dito, o critério vertical adotado pelo art. 62 da Lei nº 12.651/2012 para a medida da APP torna variável a aferição conforme o relevo da área a ser considerada. Nesse diapasão, não é adequado ou possível se afirmar, aprioristicamente, que a aplicação de tal parâmetro resulte, em toda e qualquer situação, na redução desmesurada ou mesmo na supressão da APP, com o completo esvaziamento da proteção constitucional conferida ao núcleo essencial do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Desse modo, há de ser emprestada ao art. 62 da Lei nº 12.651/2012 interpretação conforme a Constituição, de modo que a sua aplicação seja admitida apenas nas hipóteses em que a modificação dos critérios normativos de aferição da APP não comprometa de forma significativa a integridade dos atributos e das funções que justifiquem a proteção das florestas e demais formas de vegetação natural situadas ao redor dos reservatórios de águas naturais ou artificiais (CF/88, art. 225, § 1º, inc. III, parte final).

Ao revés, nas hipóteses em que a proteção às APP's seja anulada ou significativamente diminuída, em razão da aplicação do art. 62 da Lei nº 12.651/2012, deve a norma legal ser afastada, reconhecendo-se sua inconstitucionalidade, por violação ao princípio da proibição de retrocesso ambiental, que visa a preservar o núcleo essencial desse direito fundamental.

Exposto o substrato teórico que regerá a apreciação das alegações das partes, passo à efetiva apreciação do caso concreto.

Na espécie, o imóvel do requerido está situado no entorno da Usina Hidrelétrica de Jaguarara, a qual, segundo as informações prestadas pela Sra. Perita, iniciou suas operações em 1971 (fl. 593). Trata-se, portanto, de contrato de concessão ou autorização assinado anteriormente à Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001, o que poderia ensejar a aplicação do art. 62 da Lei nº 12.651/2012.

No entanto, de acordo com informação prestada pela Companhia Energética de Minas Gerais (CEMIG), com a qual as partes acederam, o nível máximo operativo normal e a cota máxima maximorum da UHE Jaguarara são *coincidentes* (fl. 415).

Assim, aplicando-se o conteúdo do art. 62 da Lei nº 12.651/2012 à UHE Jaguarara, tem-se a *total e completa supressão da APP* no entorno do respectivo reservatório d'água.

A aplicação do art. 62 da Lei nº 12.651/2012 ao reservatório artificial da UHE Jaguarara resultaria na aniquilação do núcleo essencial do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, representado, no caso dos autos, pela completa supressão da possibilidade de que a respectiva APP exerça as funções de preservação dos recursos hídricos, da paisagem, da estabilidade geológica e da biodiversidade, da facilitação do fluxo gênico de fauna e flora, da proteção do solo, em detrimento do bem-estar das populações humanas, conforme expressamente estabelecido pela própria Lei nº 12.651/2012 (art. 3º, II).

Assim, pelos fundamentos já expostos, declaro, incidentalmente, a inconstitucionalidade material do art. 62 da Lei nº 12.651/2012, por estar em desacordo com o disposto no art. 225, *caput*, e § 1º, III, da CF/88.

No sentido do quanto aqui decidido, colaciono precedente do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, proferido em casos análogos ao dos autos:

CONSTITUCIONAL. PROCESSO CIVIL. AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AGRAVO RETIDO. REITERAÇÃO. INOCORRÊNCIA. REQUERIMENTO DE PROVA PERICIAL. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE (APP). UHE DE ÁGUA VERMELHA. DANO AMBIENTAL. NOVO CÓDIGO FLORESTAL. RETROATIVIDADE. IMPOSSIBILIDADE. MULTAS POR DESCUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES IMPOSTAS. RESPEITO AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. SUSPENSÃO DA AÇÃO ATÉ DECISÃO FINAL PELO STF OU CONCESSÃO DE PRAZO PARA CUMPRIMENTO DA SENTENÇA. IMPOSSIBILIDADE.

1. Agravo retido não conhecido, uma vez que a parte deixou de reiterá-lo expressamente nas razões ou na resposta de apelação, conforme o disposto no art. 523, § 1º, do Código de Processo Civil.

2. Muito embora a ré AES Tietê S/A tenha requerido, em sua contestação, a produção de prova pericial, ao ser devidamente intimada a especificar as provas que pretendia produzir, justificando-as, apresentou manifestação protestando tão somente pela oitiva de testemunhas e juntada de novos documentos, razão pela qual não se vislumbra qualquer cerceamento de defesa, face à ocorrência de indubitável preclusão consumativa.

3. A ação civil pública constitui importante instrumento processual que visa a apurar e coibir os danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, por infração da ordem econômica e da economia popular, assim como à ordem urbanística, conforme prevê a Lei nº 7.347/85.

4. *Pretende a apelante a extinção do feito, ante a falta de interesse de agir superveniente em razão da revogação do conceito de área de preservação permanente com o advento do novo Código Florestal (Lei nº 12.651/2012), alegando que, tendo em vista que a cota máxima normal de operação e a cota máxima maximorum na UHE de Água Vermelha coincidem no valor de 383,30 metros, a faixa da Área de Preservação Ambiental Permanente no referido reservatório seria igual a zero, nos moldes do art. 62 da supracitada Lei.*

5. *Contudo, é entendimento assente que o novo Código Florestal não pode retroagir a fim de reduzir a proteção de ecossistemas frágeis, a ponto de transgredir o limite constitucional intocável e intransponível da “incumbência” do Estado de garantir a preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais.*

6. Também não prospera a alegação da apelante de que não se verificou falta no cumprimento de suas obrigações legais e contratuais, nemnexo causal entre a sua conduta e as ocupações havidas na área em comento, porquanto foi justamente o descumprimento de obrigações legais e contratuais o fator determinante para a degradação das áreas de preservação permanente no entorno do reservatório da Usina Hidrelétrica UHE de Água Vermelha.

7. Não assiste razão à apelante quanto ao pedido de redução das multas fixadas na r. sentença nos montantes de R\$ 5.000,00 e R\$ 1.000,00 em caso de descumprimento das obrigações impostas, haja vista que, diante da condição econômica da apelante, os montantes fixados se mostram adequados à finalidade de induzir ao cumprimento da obrigação, não caracterizando valor irrisório, nem abusivo, tendo havido claro respeito aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade aplicáveis ao caso concreto.

8. Não há que se falar, igualmente, em suspensão do trâmite da presente ação até decisão final pelo Supremo nas ADI's nºs 4.901, 4.902 e 4.903 acerca da constitucionalidade de dispositivos da Nova Lei Florestal, uma vez que inexistea determinação expressa de sobrestamento e vige em nosso ordenamento jurídico o Princípio da Presunção da Constitucionalidade das Leis, segundo o qual, toda norma jurídica presume-se constitucional até que seja declarada sua incompatibilidade com a Carta Magna.

9. Não prospera o pedido subsidiário de concessão do prazo de 180 (cento e oitenta) dias para cumprimento das determinações impostas na r. sentença, porquanto a presente demanda tem

como objeto não apenas a responsabilização dos réus por dano ambiental em área de preservação permanente como também a cessação do dano e a recomposição ambiental, situação que inibiria a eficaz proteção ao meio ambiente.

10. Agravo retido não conhecido. Apelação improvida.

(AC 2114586, Relator(a) DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:01/04/2016, negritei).

Por consequência, aplicável à solução do caso o disposto na legislação anterior à Lei nº 12.651/2012, notadamente a definição da faixa de APP para o reservatório d'água artificial da UHE Jaguara tal como prevista na Resolução nº CONAMA 302/2002.

Nesse ponto, destaco que a documentação acostada aos autos, em especial a certidão expedida pela Prefeitura Municipal de Rifaina/SP (fl. 130), a escritura pública de fls. 131-132, as guias de recolhimento de IPTU de fls. 136-148, e as conclusões do laudo pericial (fl. 595), demonstram que o imóvel do requerido localiza-se em área urbana.

Assim, considero como faixa de APP existente no imóvel do requerido a extensão de 30 metros de largura, contados da cota máxima normal de operação da UHE Jaguara, a qual, segundo o documento expedido pela CEMIG (fl. 415) é de 558,50m, sendo essa a faixa de APP que será considerada para fins de apreciação do pedido inicial de reparação de dano ambiental.

Na petição inicial o IBAMA alega a insuficiência das medidas restaurativas adotadas pelo requerido no imóvel de sua propriedade, com a finalidade de recompor a APP ali existente.

Com efeito, no Plano de Recuperação de Área Degradada (PRAD), feito a pedido do requerido e por ele apresentado originariamente ao IBAMA (fls. 204-218), e acostado aos autos juntamente com sua contestação, não foi proposta a demolição das construções existentes na APP do imóvel do requerido, mas, tão somente, numa faixa de 30 metros, o “reflorestamento de parte da área de preservação permanente”, com a “introdução de algumas mudas de essências nativas regionais” (fl. 206). Por esse motivo o IBAMA não aprovou o PRAD apresentado pelo requerido, mediante a seguinte fundamentação (fl. 58):

O Ibama não aprovou nenhum dos planos enviados para análise, que se propunham a efetuar a *Recuperação Ambiental da Área Degradada*, sem a retirada, da Área de Preservação Permanente – APP, dos fatores degradantes como, construções, cercas plantios ... etc.

Mais adiante, no mesmo documento interno do IBAMA, salientou-se que o plano apresentado pelo requerido poderia “propiciar melhoria das condições ambientais do local” (fl. 58), e que o “plantio das espécies nativas, não deve ser feito de forma esparsa, como se fosse um projeto paisagístico. Deve-se reflorestar uma área da propriedade de tal forma que se tenha [...] o maior fragmento florestal possível” (fl. 59).

O laudo pericial realizada nos autos, por seu turno, confirmou que a recuperação ambiental realizada no imóvel do requerido foi feito de acordo com o PRAD rejeitado pelo IBAMA (fl. 593), mas que não é suficiente para a recomposição da APP nos termos da legislação ambiental. A esse respeito, concluiu a Sra. Perita (fl. 596) o seguinte:

O PRAD implementado contribui para a melhoria do ambiente, mas da forma como está, não assegura a provisão dos serviços ambientais. O ideal seria que não houvesse a presença de graminéia plantada aonde foi realizado o plantio, para que a camada de serapilheira fosse formada e favorecesse a infiltração de água. Além disso, as mudas devem receber os devidos tratamentos culturais até que o dossel fique denso. Caso haja necessidade, as mudas devem ser repostas.

Assim, a prova dos autos, em especial o laudo pericial, demonstra que houve degradação na APP do imóvel do requerido, e que o PRAD por ele proposto e executado não foi suficiente para reparar o dano ambiental de forma a permitir que a APP volte a exercer a função ambiental prevista no art. 3º, II, da Lei nº 12.651/2012. Merece procedência, portanto, o pedido consistente em obrigação de fazer, no sentido de que o requerido recupere a APP de seu imóvel, inclusive mediante o plantio de mudas nativas que permitam a efetiva recomposição da vegetação dessa área especialmente protegida.

Por outro lado, a despeito de o requerido, na sua contestação, ter negado a existência de intervenções na faixa de 30 metros de APP localizada em sua propriedade, o PRAD por ele elaborado diz exatamente o contrário. Nesse ponto, trago à colação trecho do PRAD (fl. 206) que revela a existência de construções na APP de seu imóvel:

As construções dentro da área de preservação permanente de 30 metros, compreende uma piscina, e uma rampa. Existem ainda duas casas, situadas aproximadamente 70 metros da margem do Reservatório da Usina Hidrelétrica de Jaguará. Todas as construções já existiam quando da aquisição do referido terreno.

O laudo pericial realizado em Juízo, ademais, atestou que a piscina e a rampa de acesso para barcos continuam a existir no imóvel do requerido (fl. 584).

Quanto à piscina e eventuais outras construções, deve ser procedida a demolição. No que tange à rampa de acesso para barcos, trata-se de construção de baixo impacto ambiental, nos termos do art. 3º, X, d, da Lei nº 12.651/2012, cuja implementação é permitida em APP's, de acordo com o art. 9º do mesmo diploma legal. Assim, não verifico a necessidade de sua demolição.

Assim, merece parcial procedência o pedido da parte autora, quanto à demolição de edificações existentes na APP do imóvel do requerido.

### *III – DISPOSITIVO*

Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO, para condenar o requerido PEDRO SPESSOTO NETO a promover a recuperação da área de preservação permanente de sua propriedade, consistente numa faixa de 30 (trinta) metros contados desde a cota máxima normal de operação do reservatório da UHE Jaguará, mediante o cumprimento das seguintes obrigações:

a) Obrigação de fazer, consistente no plantio de mudas nativas na faixa de APP de seu imóvel, de acordo com plano que contemple a restauração da função ambiental dessa APP, nos termos do art. 3º, II, da Lei nº 12.651/2012, o qual deve ser apresentado previamente ao juízo no prazo de 60 (sessenta) dias, juntamente com o cronograma de sua implementação, para fins de aprovação;

b) Obrigação de fazer, consistente na demolição de todas as construções ou benfeitorias existentes na faixa de APP de seu imóvel, com exceção da rampa de acesso para barcos, com a consequente remoção dos resíduos de construção do local, obrigação a ser cumprida no prazo de 60 (sessenta) dias; e

c) Obrigação de não fazer, consistente na abstenção da prática de qualquer ato tendente a suprimir, reduzir ou impedir a regeneração da vegetação existente na APP de sua propriedade.

Nos termos do art. 11 da Lei nº 7.347/1985, fixo multa diária, no valor de R\$ 1.000,00 (mil) reais por dia, em caso de descumprimento dos comandos estabelecidos nesta sentença,

a ser revertida ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (Leis nº 7.347/1985 e 9.008/1995).

Condeno o requerido ao pagamento de custas e de honorários advocatícios, os quais fixo no valor correspondente a R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), considerando a relativa complexidade da questão de direito posta em juízo e a necessidade de realização de prova pericial, nos termos do art. 85, § 8º, do CPC.

Por consequência, extingo o feito com resolução de mérito, nos termos do art. 487, I, do CPC.

Defiro o levantamento de R\$ 1.512,00 (um mil, quinhentos e doze reais), valor correspondente a 70% (setenta por cento) do montante fixado a título de honorários periciais à fl. 543, em favor da perita judicial Mayra Cristina Prado de Moraes (CRBIO nº 106333/01 D), expedindo-se o respectivo Alvará de Levantamento.

Autorizo, ainda, o levantamento do saldo remanescente dos honorários periciais depositados à ordem do juízo à fl. 361, em devolução ao réu Pedro Spessoto Neto, devendo ser expedido o competente Alvará de Levantamento.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Cumpra-se.

Franca (SP), de junho de 2017.

Juiz Federal JOÃO CARLOS CABRELON DE OLIVEIRA

## **AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

**0005285-38.2012.4.03.6109**

Autores: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E OUTRO

Réus: EDSON FELICIANO DA SILVA E OUTROS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE PIRACIBADA - SP

Juiz Federal: FERNANDO CEZAR CARRUSCA VIEIRA

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 12/07/2017

*Vistos em inspeção.*

### **I – RELATÓRIO**

Trata-se de *Ação Civil Pública* para responsabilização por *atos de improbidade administrativa* e ressarcimento ao erário proposta pelo *MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – MPF*, em face de *EDSON FELICIANO DA SILVA, EDSON CARLOS ODA DOS SANTOS, MARGARETE PEREIRA, MARIA APARECIDA GOMES, VANEIDE MARIA DE LIMA, e MARILUCIA ANDRADE GOMES*, objetivando, *em síntese*, o reconhecimento da prática de atos de improbidade administrativa previstos no artigo 9º, *caput*, e inciso IV, artigo 10, *caput*, e incisos III, VIII, X, e artigo 11, *caput*, e inciso I, todos da Lei nº 8.429/92, bem como a condenação de *EDSON FELICIANO DA SILVA* nas sanções cominadas pelo artigo 12, inciso I, da Lei de Improbidade Administrativa, incluindo o dever de ressarcimento ao erário no importe de R\$ 165.851,97 (cento e sessenta e cinco mil oitocentos e cinquenta e um reais e noventa e sete centavos), e dos *corréus* no dever de ressarcir o erário federal, *de forma solidária*, no montante de R\$ 78.093,13 (setenta e oito mil noventa e três reais e treze centavos), em valor atualizado.

A ação foi inicialmente ajuizada em face de *EDSON FELICIANO DA SILVA, EDSON CARLOS ODA DOS SANTOS, MARGARETE PEREIRA, E GIZELDA BRUNASSI DA SILVA*.

Relatou o *MPF* que as investigações dos atos descritos no presente feito foram iniciadas no *Inquérito Civil nº 1.34.008.100006/2009-19*, através do qual se extraíram indícios de irregularidades em procedimentos de adjudicação em execuções fiscais, que tramitavam em Comarcas da Justiça Estadual, nas quais *EDSON FELICIANO DA SILVA* atuava na condição de Procurador Seccional da Fazenda Nacional.

Destacou que no curso das investigações foi constatado que, em intervalo aproximado de *04 (quatro) anos*, *EDSON FELICIANO DA SILVA*, por meio de adjudicações de bens previamente encomendados com as empresas executadas, promoveu *aquisições* no valor de R\$ 30.045.407,84 (trinta milhões quarenta e cinco mil quatrocentos e sete reais e oitenta e quatro centavos), em valor atualizado para *06/2012* (fls. 27/30), sendo que tais bens eram destinados a diversos órgãos públicos (*Gerência Executiva do INSS, Delegacia de Polícia Federal, Varas da Justiça Federal, Procuradoria da República, e Procuradoria Seccional da Fazenda Nacional*), após prévio contato e oferta por parte de *EDSON FELICIANO DA SILVA* a tais órgãos, ao arrepio da *Lei Orçamentária Anual* e do princípio da *legalidade*.

Afirmou que no caso dos atos praticados no bojo da *execução fiscal nº 91/2005 (146.01.2005.000959-2)*, objeto dos presentes autos, a empresa executada *Perlima Metais Perfurados Ltda.* ofereceu, como pagamento de dívida fiscal, *150 (cento e cinquenta) paletes e 25 (vinte e cinco) estantes*, com valor atribuído de R\$ 71.500,00 (setenta e um mil e quinhentos reais) (fls. 81/83 – Anexo XVIII, Volume I, “C”), por intermédio de petição assinada pelos patronos da executada em conjunto com *EDSON FELICIANO DA SILVA*, o que evidenciaria a existência de prévio ajuste.

Pontuou que os bens foram aceitos por *EDSON FELICIANO DA SILVA*, consoante petição de fls. 82 (Anexo XVIII, Volume I, “C”) em 12/06/2008, e doados à Prefeitura Municipal de Piracicaba em 18/09/2008 (fls. 104 – Anexo XVIII), asseverando-se que os bens foram aceitos *sem anterior demonstração de interesse* da Gerência Regional de Administração do Ministério da Fazenda na referida adjudicação, assim como foram, em curto intervalo, classificados como “ociosos” no bojo do PAJ – Procedimento de Adjudicação nº 12219.000303/2008-11 (Anexo XXI), *sem prévia realização de avaliação do seu efetivo valor*.

Alegou ainda o *Parquet* que, com o intuito de se formalizar a doação *anteriormente concretizada* (18/09/2008), o Município de Piracicaba, em 18/03/2009 (fls. 01 – Anexo XXI), teria formalizado solicitação exata dos bens adjudicados no bojo da execução supracitada, e que, depois de adjudicados os bens, *EDSON FELICIANO DA SILVA* teria solicitado providências à Gerência Regional de Administração do Ministério da Fazenda no Estado de São Paulo (fls. 108, Anexo XVIII, volume I, “C”), no sentido de que os referidos bens fossem incorporados ao patrimônio da *União* e, na sequência, emitido termo de doação em favor da Prefeitura Municipal do Estado de São Paulo para uso pela respectiva Secretaria de Saúde.

Concluiu que, diante do contexto supramencionado, o objetivo do requerido *EDSON FELICIANO DA SILVA* seria, desde o início, o de adjudicar os bens em questão para promover a respectiva doação à Municipalidade, o que redundou em prejuízo à *União* na ordem de R\$ 78.093,13 (setenta e oito mil noventa e três reais e treze centavos), em valor atualizado para 06/2012, violando, dessa forma, princípios constitucionais da Administração Pública e exorbitando das atribuições de um procurador da Fazenda Nacional em prejuízo ao erário.

Imputou-se, ainda, ao requerido *EDSON FELICIANO DA SILVA* o uso de veículo oficial, por mais de 02 (dois) anos, em atividades *não* relacionadas com o serviço público para o qual foi investido.

Em relação à segunda conduta imputada a *EDSON FELICIANO DA SILVA*, manifestou-se o *MPF* no sentido de que teria restado apurado que aquele se utilizou do *veículo oficial GM/Astra, placa DQG 7833*, para seu uso pessoal, pelo período de 02 (dois) anos e 02 (dois) meses (10/2006 a 02/2009).

Mencionou que o veículo oficial era, anteriormente, de propriedade da empresa executada *Colina Mercantil de Veículos S/A*, e que também teria sido objeto de adjudicação, no âmbito de processo de execução fiscal (nº 2006.61.09.008337-6), conforme PAJ 12219.000352/2006-92.

Noticiou ainda o *Ministério Público Federal* que *EDSON FELICIANO DA SILVA* apresentou requerimento administrativo para fins de formalização de cessão de uso do referido bem em seu favor (fls. 87 – Anexo XVI) por tempo indeterminado, sendo que, mesmo após o indeferimento do pedido administrativo (fls. 1297), teria utilizado indevidamente o bem em questão para tratar de seus interesses particulares, conforme denúncia formulada pelo servidor *Affonso Carlos Longo, ex-Chefe de Serviço* da Procuradoria Seccional da Fazenda Nacional em Piracicaba – SP (fls. 52/59).

A partir de tais elementos, concluiu o *MPF* pela existência de dano ao erário no importe de R\$ 87.758,84 (oitenta e quatro mil setecentos e cinquenta e oito reais e oitenta e quatro centavos), correspondente ao valor mensal de aluguel de veículo similar, durante o prazo de 26 meses.

Com relação aos requeridos *EDSON CARLOS ODA DOS SANTOS, MARGARETE PEREIRA E GIZELDA BRUNASSI DA SILVA*, afirmou o *MPF* que os atos de improbidade ocorreram porque, na qualidade de chefes de diversos setores da Gerência Regional de Administração (órgão do Ministério da Fazenda responsável por administrar o patrimônio da *União*), teriam

classificado e enquadrado os bens doados à Municipalidade como “ociosos”, em descompasso com a realidade, para fins de viabilizar formalmente a doação anteriormente mencionada, violando princípios que regem a Administração Pública.

Concluiu-se que a participação dos requeridos - *EDSON CARLOS ODA DOS SANTOS, MARGARETE PEREIRA E GIZELDA BRUNASSI DA SILVA* - viabilizou o intento do requerido *EDSON FELICIANO DA SILVA*, na medida em que teriam providenciado a incorporação dos bens em questão ao patrimônio da *União*, sob a “falsa” classificação de bens “ociosos” (fls. 111 e 115/118 – Anexo XVIII), o que importou desvio de recursos da *União*.

Imputou-se, enfim, ao réu *EDSON FELICIANO DA SILVA* a violação dos seguintes dispositivos: art. 9, *caput* e inciso IV; art. 10, *caput* e incisos III, e X; e art. 11, *caput*, e inciso I; e aos corréus *EDSON CARLOS ODA DOS SANTOS, MARGARETE PEREIRA E GIZELDA BRUNASSI DA SILVA* o art. 10, *caput* e inciso X e art. 11, *caput* e inciso I, todos da Lei nº 8.429/92.

Com a inicial vieram documentos (fls. 18/88; Peças Informativas – Anexos XVI, XVIII, Volume I, “C”, e XXI).

Foi proferido *despacho ordinatório* para os fins do disposto no artigo 17, §7º, da lei nº 8.429/92 (fls. 90).

Às fls. 99/102, manifestação de *GIZELDA BRUNASSI DA SILVA VIEIRA*, por meio da qual requereu a concessão dos benefícios da gratuidade, sendo que, no mérito, pontuou que a classificação de material não é atribuição regimental da *Chefe da Equipe de Material e Patrimônio*, a qual apenas procedeu à incorporação dos bens, nada tendo deliberado quanto a sua destinação. Afirmou-se, ainda, que seria fato notório a constatação de que os referidos bens já estavam na posse do ente donatário vários meses antes da instauração do procedimento administrativo de sua incorporação material, sem que qualquer servidor da Gerência Regional de Administração tenha contribuído para esse fato. Requereu o *não recebimento* da inicial em relação à requerida *GIZELDA* no polo passivo da demanda.

Às fls. 109, procuração outorgada pelo requerido *EDSON FELICIANO DA SILVA*.

Às fls. 111/123, manifestação dos requeridos *EDSON CARLOS ODA DOS SANTOS, e MARGARETE PEREIRA*, por meio da qual se invocou, inicialmente, a ausência de tipificação das condutas imputadas, assim como a ausência de má-fé. Destacou-se que os réus seguiram os termos da disciplina aplicável ao procedimento de doação dos bens descritos nos autos; que a competência para classificação dos bens não pertencia aos réus, mas, sim, à Comissão de Vistoria, Avaliação e Alienação de Bens Móveis e Materiais de Consumo, sendo que a competência para autorizar a alienação era do Gerente Regional de Administração, não possuindo os réus, sob este prisma, qualquer autonomia. Pontuaram que a classificação dos bens pode ser considerada correta, e que a atuação de *EDSON FELICIANO DA SILVA*, em entregar previamente os bens à Municipalidade, provocou uma situação *sui generis*, pois não havia mais como ofertar tais bens a outros entes, sem que tal medida implicasse prejuízo ao erário federal e ao municipal. Apresentou documentos (fls. 126/378).

Às fls. 380/383-v foi proferida decisão que reconheceu a adequação da via eleita e recebeu *parcialmente* a petição inicial, exclusivamente, em relação ao réu *EDSON FELICIANO DA SILVA*, rejeitando-se a imputação em relação aos requeridos *EDSON CARLOS ODA DOS SANTOS, MARGARETE PEREIRA E GIZELDA BRUNASSI DA SILVA*.

Citado, *EDSON FELICIANO DA SILVA* apresentou contestação (fls. 392/417), por meio da qual arguiu *preliminar de litisconsórcio passivo necessário* com o Município de Piracicaba –

SP e respectivo prefeito municipal à época; a preliminar de mérito consistente na *prescrição*. No mérito, aduziu que não houve a utilização de veículo oficial para fins particulares, assim como que não teria doado, ou mesmo solicitado a doação ou participado da doação de bens adjudicados. Defendeu ainda o procedimento de adjudicação de bens em processo de execução fiscal, pugnou pelo reconhecimento da atipicidade da conduta e da ausência de lesão, dolo ou culpa. Requereu, por fim, a improcedência dos pedidos expostos na exordial. Apresentou documentos (fls. 418/443).

Às fls. 446/450, o *MPF* requereu a emenda da inicial para incluir no polo passivo *MARIA APARECIDA GOMES, VANEIDE MARIA DE LIMA, MARILUCIA ANDRADE GOMES*. Naquela oportunidade, narrou o *MPF* que as requeridas, na condição de membros da *Comissão de Vistoria, Avaliação e Alienação de Bens Móveis e Materiais de Consumo da GRA/SP*, no exercício de 2009, teriam forjado uma avaliação para simular o procedimento de doação dos bens descritos nos autos à Municipalidade de Piracicaba, contribuindo de forma indispensável para a alienação prejudicial ao Erário. Reiterou o pleito de condenação dos corréus no dever de ressarcir o erário federal, *de forma solidária*, no montante de *R\$ 78.093,13* (setenta e oito mil noventa e três reais e treze centavos), em valor atualizado.

Foi noticiada a interposição de recurso de *agravo de instrumento* pelo *MPF* (fls. 452/459).

Às fls. 460/464, em sede de *réplica*, o *MPF* pugnou pelo afastamento das preliminares arguidas. No mérito, contrapôs-se aos argumentos do réu sustentando que as adjudicações feitas pelo réu, por não encontrarem justificativas fáticas e amparo legal, são irregulares e constituem atos de improbidade administrativa, assim como que as provas arroladas confirmam o uso particular de veículo oficial.

Às fls. 466/467, foi proferida decisão que rejeitou a preliminar de *litisconsórcio passivo necessário*, assim como a preliminar de *prescrição*. Foi acolhida a emenda da inicial, tendo sido determinada a notificação dos requeridos listados às fls. 446/447, nos termos do artigo 17, §7º, da Lei nº 8.429/92.

Às fls. 475/477, decisão proferida pela Exma. Relatora do *agravo de instrumento* nº 0017543-40.2013.403.0000/SP para o efeito de antecipar a tutela recursal e determinar a permanência de *MARGARETE PEREIRA* no polo passivo.

Às fls. 480/506, sobreveio manifestação dos requeridos *MARIA APARECIDA GOMES, VANEIDE MARIA DE LIMA, MARILUCIA ANDRADE GOMES*, por intermédio da qual foi arguida, preliminarmente, a *inadmissibilidade da emenda à inicial*, por implicar alteração dos elementos constitutivos da demanda, provocando, ainda, cerceamento de defesa, ante o advento de confusão, incerteza e dúvida nos autos, quanto à causa de pedir; a *inépcia da inicial* por ausência de descrição do suposto liame subjetivo entre o réu *EDSON FELICIANO DA SILVA* e as requeridas; além da ausência de individualização das condutas supostamente ímprobadas das notificadas. Arguiu-se, ainda preliminarmente, o *litisconsórcio passivo necessário*, ante a inviabilidade de prosseguimento do feito pela não inclusão no polo passivo da demanda do Gerente Regional de Administração do Ministério da Fazenda em São Paulo, responsável pela doação dos bens. No mérito, afirmaram que não atuavam nas lides judiciais; que não possuem responsabilidade sobre os atos supostamente ímprobos do réu *EDSON FELICIANO DA SILVA*; que agiram tendo por parâmetro os elementos que dispunham no momento específico, sendo que a documentação já teria percorrido o crivo de seus superiores hierárquicos. Requereram, por fim, o acolhimento das preliminares, ou, no mérito, a rejeição da inicial emendada. Apresentaram documentos (fls. 507/520).

Às fls. 539, comunicação eletrônica noticiando decisão proferida pelo E. TRF da 3ª Re-

gião para o efeito dar provimento ao *agravo de instrumento* interposto pelo MPF, tendo sido determinada a permanência no polo passivo do feito dos requeridos *EDSON CARLOS ODA DOS SANTOS*, e *MARGARETE PEREIRA*.

Citado, às fls. 553/569, o réu *EDSON CARLOS ODA DOS SANTOS* apresentou contestação, por intermédio da qual aduziu que a mera assinatura do contestante no documento de fls. 51 não poderia, por si só, constituir indício de participação em ato de improbidade; que não existiu conluio entre o réu *EDSON CARLOS ODA DOS SANTOS* e o réu *EDSON FELICIANO DA SILVA*; que a conduta imputada é atípica; que o procedimento de doação seguiu todas as diretrizes exigíveis; que o contestante teria observado as formalidades legais; que, sob o ponto de vista hierárquico, não seria o responsável pelos procedimentos descritos nos autos; que a realização de prévia vistoria não seria exigível na hipótese em cena; que a conduta do contestante não contribuiu para o resultado; que não havia qualquer impedimento na classificação dos bens como “ociosos”; que o pedido de condenação do réu é desproporcional em face dos atos supostamente praticados; que não há provas para condenação do contestante. Requereu, por fim, a improcedência do pedido exposto.

Às fls. 571/575, sobreveio manifestação do *Parquet* para requerer a decretação da revelia da ré *MARGARETE PEREIRA*, assim como para pugnar pelo recebimento da inicial, e de sua emenda, prosseguindo-se a instrução processual, com observância do contraditório e da ampla defesa.

Às fls. 577, manifestação da *UNIÃO* para requerer o ingresso no polo ativo da demanda, na qualidade de *assistente litisconsorcial*.

Às fls. 578/581, foram trazidos aos autos documentos relativos aos *atos de julgamento e relatório final* do procedimento administrativo nº 00406.003920/2009-63, conforme despacho de fls. 115 proferido na Ação Civil Pública nº 0009533-81.2011.403.6109.

Às fls. 582/589-v foi proferida decisão que decretou a revelia de *MARGARETE PEREIRA*, admitiu o ingresso da *UNIÃO* no polo passivo, afastou as preliminares de *inépcia da inicial, litisconsórcio passivo necessário, inadmissibilidade de emenda da inicial*, tendo, ainda, recebido a inicial em fase de *MARIA APARECIDA GOMES, VANEIDE MARIA DE LIMA, e MARI-LUCIA ANDRADE GOMES*, determinando-se outras providências ao prosseguimento do feito.

Às fls. 603/605, manifestação da ré *MARGARETE PEREIRA*.

Às fls. 636/638, manifestação das corrés *MARIA APARECIDA GOMES, VANEIDE MARIA DE LIMA, e MARILUCIA ANDRADE GOMES* arrolando testemunhas, e às fls. 642/682 apresentaram sua *contestação*, por meio da qual arguiram, *preliminarmente*, a inadmissibilidade da emenda do MPF por alterar os fatos constitutivos da demanda e em razão das afirmações acentuadamente genéricas, *inépcia da inicial* e de sua emenda por ausência de descrição de liame subjetivo entre o corréu *EDSON FELICIANO* e os demais corréus, a inexistência de individualização das condutas ímprobadas, a inviabilidade de prosseguimento ante a não inclusão do Gerente Regional de Administração, e, no mérito, alegaram a inexistência de avaliação fictícia, e que não possuíam qualquer responsabilidade pelos atos supostamente praticados pelo procurador da Fazenda Nacional, baseando-se nos elementos que dispunham no momento específico, não se podendo falar em ato ímprobo na sua conduta. Citaram precedentes. Quanto ao valor de ressarcimento, sustentaram não haver prejuízo, pois o interesse público fora resguardado com a doação de bens para atendimento das necessidades do Município de Piracicaba – SP.

Às fls. 686/686-v foi proferida decisão que reconsiderou a decretação de revelia da ré *MARGARETE PEREIRA*, concedeu os benefícios da gratuidade à *MARIA APARECIDA GOMES*,

VANEIDE MARIA DE LIMA, e MARILUCIA ANDRADE GOMES, afastou as preliminares arguidas e deu outras providências para prosseguimento do feito.

Às fls. 688/690 sobreveio *r.* decisão do TRF da 3ª Região para negar seguimento ao recurso interposto contra decisão que recebeu a inicial em face de MARIA APARECIDA GOMES, VANEIDE MARIA DE LIMA, e MARILUCIA ANDRADE GOMES.

Às fls. 693/694, EDSON CARLOS ODA DOS SANTOS apresentou rol de testemunhas.

Às fls. 732/733, o *Parquet* apresentou rol de testemunhas.

Às fls. 734 as rés MARIA APARECIDA GOMES, VANEIDE MARIA DE LIMA, e MARILUCIA ANDRADE GOMES vieram aos autos reiterar os termos da contestação já apresentada.

Às fls. 736 foi proferido *despacho ordinatório*.

Às fls. 745/746, o réu EDSON FELICIANO apresentou rol de testemunhas.

Às fls. 748 foi proferido *despacho ordinatório*.

Às fls. 772/794 foi interposto recurso de *agravo retido*.

Em 09/09/2015 foi realizada audiência de instrução, oportunidade na qual o réu EDSON FELICIANO DA SILVA prestou seu depoimento pessoal, tendo sido realizada a oitiva das testemunhas Affonso Carlos Longo, e Paulo Roberto de Oliveira (fls. 795/799; Mídia – fls. 800). Naquela oportunidade, foi homologada a desistência de oitiva da defesa do réu EDSON FELICIANO em relação às testemunhas Graciela Mazoni, Alexandre Carnevalli, Eloísa Marques, Paulino Naoki, Thais Gibelli e Deise Xavier; deferida a oitiva de Carla Regina Rocha e Solange Aparecida dos Santos Basque; o aditamento de carta precatória a fim de que fosse prestado o depoimento pessoal de MARGARETE PEREIRA; expedição de ofício à PSFN-Piracicaba requisitando-se cópia dos mapas de controle de utilização do veículo GM Astra debatido nos autos; e recebido o *agravo retido* interposto.

Às fls. 826/848 a PSFN – Piracicaba trouxe aos autos o mapa de utilização de veículo debatido nos autos.

Regularmente deprecada, foram realizadas as oitivas e prestados os depoimentos pessoais de Carla Regina Rocha (fl.889), Marilucia Andrade Gomes, Maria Aparecida Gomes, Vaneide Maria de Lima, Gizelda Brunassi da Silva, Sérgio Aparecido dos Santos (fls. 943/950-v), e de Edson Carlos Oda dos Santos e de Solange Aparecida dos Santos Basque (Mídia - fls. 970).

As *alegações finais* do MPF foram apresentadas às fls. 973/990-v. Apresentou documentos (fls. 991/1001).

MARIA APARECIDA GOMES, VANEIDE MARIA DE LIMA, e MARILUCIA ANDRADE GOMES apresentaram *alegações finais* às fls. 1006/1040.

EDSON CARLOS ODA DOS SANTOS e MARGARETE PEREIRA, por sua vez, apresentaram suas *alegações finais* às fls. 1041/1060.

A defesa de EDSON FELICIANO DOS SANTOS ficou-se inerte (fls. 1061).

O julgamento foi convertido em diligência a fim de fosse concedida vista à *União* para que, querendo, apresentasse suas *alegações finais* (fls. 1065).

Manifestação da UNIÃO às fls. 1068 apenas para pontuar que reitera as *alegações finais* do MPF.

Na oportunidade, vieram os autos conclusos para *sentença*.

É a síntese do necessário.

FUNDAMENTO e DECIDO.

Presentes as condições da ação e os pressupostos processuais, e afastadas as matérias preliminares arguidas, passo às seguintes considerações.

## II – FUNDAMENTAÇÃO

### II. I - Das Considerações Iniciais.

#### II. I. A. Da ação de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92).

A presente ação, disciplinada no artigo 17 da Lei 8.429/92, tem seu assento no art. 37, § 4º da Constituição da República, sendo manifesto seu caráter repressivo, já que se destina, precipuamente, a aplicar sanções de natureza pessoal, semelhantes às penais, aos responsáveis por atos de improbidade administrativa, conforme prevê o art. 12 da referida Lei, sendo seu objeto principal a aplicação de sanções punitivas de caráter pessoal, que, do ponto de vista substancial, têm absoluta identidade com as decorrentes de ilícitos penais, conforme se pode ver do art. 5º, XLVI da Constituição, a saber: a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, a multa civil e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.<sup>1</sup>

Bem se percebe, pois, consoante lição de *Teori Zavascki*<sup>2</sup>, que, embora as sanções por improbidade, como decorre do art. 37, § 4º da Constituição, tenham natureza político-civil e não propriamente penal, há inúmeros pontos de identidade entre as duas espécies, seja quanto à sua função (que é punitiva e com finalidade pedagógica e intimidatória, visando a inibir novas infrações), seja quanto ao conteúdo. Com efeito, não há qualquer diferença entre a perda da função pública ou a suspensão dos direitos políticos ou a imposição de multa pecuniária, quando decorrente de ilícito penal e de ilícito administrativo. Nos dois casos, as consequências práticas em relação ao condenado serão absolutamente idênticas. A rigor, a única diferença se situa em plano puramente jurídico, relacionado com efeitos da condenação em face de futuras infrações: a condenação criminal, ao contrário da não-criminal, produz as consequências próprias do antecedente e da perda da primariedade, que podem redundar em futuro agravamento de penas ou, indiretamente, em aplicação de pena privativa de liberdade (CP, arts. 59; 61, I; 63; 77, I; 83, I; 110; 155, § 2º e 171, § 1º). Quanto ao mais, entretanto, não há diferença entre uma e outra. Somente a pena privativa de liberdade é genuinamente criminal, por ser cabível unicamente em casos de infração penal.

E, neste contexto, revela-se, pois, a aplicabilidade dos princípios gerais do direito penal ao direito sancionatório, com certos matizes, conforme lição de *Eduardo García de Enterría*<sup>3</sup>, uma vez que ambos são manifestações do ordenamento punitivo do Estado, a sobrelevar especialmente, ressalte-se, a incidência do princípio da proporcionalidade, tido como princípio próprio do Estado de Direito e de garantia penal, no âmbito da dosimetria das sanções a serem aplicadas, exigindo-se, assim, plena correspondência entre a infração e a sanção, com interdição de medidas desnecessárias ou excessivas.

Com efeito, não por outra razão, a LIA – Lei de Improbidade Administrativa previu o sancionamento civil, administrativo, sem prejuízo do penal por condutas de agentes públicos que mereçam reprovação exacerbada, em vista da violação de valores de grande relevo ou da produção de efeitos de grande nocividade, ou, em outros termos, da constatação de irregularidades diferenciadas, mediante produção de danos extremamente graves ou em que o elemento subjetivo violenta chocantemente os padrões exigidos, o que passa a exigir uma punição ainda

1 STJ, REsp 1.163.643/SP, 1ª Seção, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 24.03.2010.

2 *Ibid.*

3 *Curso de direito administrativo*. Vol. II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

mais severa do que a máxima prevista, ultrapassando a relação administrativa existente e acarretando a eliminação ou a restrição de poderes jurídicos alheios àqueles em cujo âmbito a infração foi consumada. Sobreleva-se, pois, a sanção a uma dimensão de aversão pública, levando ao conhecimento de todos a prática de infrações odiosas e sua submissão a sanções dotadas de gravidade extrema<sup>4</sup>.

Neste aspecto, há, pois, improbidade por (i) *reprovabilidade extraordinária*, que se verifica nos casos em que o sujeito atua dolosamente para *violar os deveres inerentes à função pública*, de modo a gerar resultados ilícitos, eis que o agente, neste caso, está a atuar de forma consciente e voluntária com o intento de violar a ordem administrativa; e improbidade por (ii) *danosidade extraordinária*, a revelar a reprovação resultante da conduta do agente que produz um *dano insuportável e inadmissível* no âmbito da atividade administrativa, sendo certo que a probabilidade de dano extraordinário está a exigir do agente que atue consoante *dever de diligência especial*<sup>5</sup>, considerando-se que o sistema constitucional e legal *não tolera ingenuidade no trato da coisa pública*, ainda que *não* afirme a responsabilidade objetiva do exercente da função pública. A legalidade como condição para atuação administrativa – fazer somente a partir de expressa e prévia autorização legal – impede que o agente se escuse na ingenuidade, no desconhecimento do risco ou no amorismo, sendo sempre possível delimitar a probabilidade de conhecimento ou não do ímprobo agir, medida pela experiência ordinária, e não atuará em benefício do agente a mera alegação de que ele não tomou direito conhecimento, que será tanto maior quanto mais elevado é o cargo ou a função exercida, e tanto maior quanto mais excepcional for o ato / contrato praticado (pelo valor, natureza, pelas partes envolvidas), razão pela qual *não* se escusa na inobservância de deveres objetivos de cuidado<sup>6</sup>.

Trata-se, neste caso, de levar em consideração, para fins de verificação de qualquer ato de improbidade administrativa, os aspectos relativos ao *desvalor da ação*, que significa voltar os olhos aos aspectos personalíssimos do causador do ilícito, e ao *desvalor do resultado*, a ser perquirido diante da presença de um resultado material concreto, necessários para atestar, com o maior acerto possível, a efetiva ocorrência do ilícito<sup>7</sup>.

Ora, trata-se da *tutela da probidade*, ou seja, da *canonização da honestidade no exercício de funções públicas*, que decorre do *princípio da moralidade* constante do *caput* do artigo 37 da Constituição de 1988, o qual informa, a um só tempo, a organização da Administração Pública direta e indireta e é imposto como dever de conduta aos que exercitam funções públicas de qualquer natureza e integra o rol de direitos fundamentais do cidadão (o direito à administração proba)<sup>8</sup>.

Cuida-se, de outro modo, da *reação jurídica à atuação desconforme a pautas como ética, boa-fé, boa administração, lealdade, honestidade, e que se enraíza no mais puro sentido republicano de responsabilidade amalgamado ao direito subjetivo público a uma administração pública honesta*<sup>9</sup>.

4 JUSTEN FILHO, Marçal. Contratação temporária e a configuração de ato de improbidade administrativa. In: *Improbidade Administrativa: temas atuais e controvertidos* / Mauro Campbell Marques... [et al] – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

5 *Ibid.*

6 ROSA, Márcio Fernando Elias; MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. A teoria da cegueira deliberada e a aplicação aos atos de improbidade administrativa. In: *Improbidade Administrativa: temas atuais e controvertidos* / Mauro Campbell Marques... [et al] – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

7 MONTEIRO DE BARROS, Rodrigo Janot; AMORIM JÚNIOR, Sílvio Roberto de Oliveira. O cabimento da tentativa e a aplicação do princípio da insignificância no âmbito do ato de improbidade administrativa. In: *Improbidade Administrativa: temas atuais e controvertidos* / Mauro Campbell Marques... [et al] – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

8 ROSA, Márcio Fernando Elias; MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. A teoria da cegueira deliberada e a aplicação aos atos de improbidade administrativa. In: *idem*.

9 *Ibid.*

A improbidade não se identifica, portanto, com a mera irregularidade ou simples ilegalidade, eis que *apenas ocorre em face de grave comportamento ofensivo à ética pública que seja reveladora da inabilitação para o exercício de função pública, de maneira que, em princípio, só há lugar para a caracterização da improbidade havendo má-fé*<sup>10</sup>.

*II. I. B. Dos atos de improbidade administrativa (artigos 9º, 10 e 11 da LIA).*

No *artigo 9º* da legislação de regência temos a previsão das *condutas que geram enriquecimento indevido* para um agente público, configurando-se a infração pela prática de uma conduta ilícita que acarreta um resultado econômico em benefício do agente público, ou de alguém por ele indicado. O aspecto material da infração exige a prática de conduta ativa ou omissiva inválida, configurando-se, no entanto, a improbidade, quando a conduta do agente for a causa eficiente de um ganho patrimonial. O elemento subjetivo, *in casu*, é representado pelo *dolo*, não sendo a *culpa* apta a gerar improbidade nos casos em questão, na medida em que o substrato material consiste na *prática de conduta irregular orientada à obtenção de um enriquecimento indevido*<sup>11</sup>.

No *artigo 10*, a LIA disciplina as hipóteses em que a *conduta irregular do agente administrativo gera prejuízo ao erário*. Tal como no caso do *artigo 9º*, consuma-se a conduta ímproba em vista de uma relação de *causalidade entre um resultado danoso (prejuízo ao erário) e um efeito imputável ao agente (infração à ordem jurídica)*, de modo que não existe improbidade quando a infração à ordem jurídica não gerar prejuízo ao erário, da mesma forma em que não haverá improbidade quando o prejuízo não resultar, por uma relação de causalidade, da conduta irregular do agente. E o prejuízo ao erário se configura quando ocorrer uma redução patrimonial não acompanhada de um benefício patrimonial. E quanto ao elemento subjetivo, a improbidade nestes casos se aperfeiçoa mediante o *dolo*, envolvendo não apenas a irregularidade, mas também o resultado danoso derivado, sendo a *culpa* suficiente nos casos em que a danosidade da conduta for especialmente relevante<sup>12</sup>.

Além disso, há que se considerar que as condutas descritas no *artigo 10* da LIA *demandam comprovação de dano efetivo ao erário público, não sendo possível caracterizá-lo por mera presunção*<sup>13</sup>.

Por fim, em relação ao *artigo 11*, está prevista a conduta violadora de princípios fundamentais que norteiam a atividade administrativa, sendo certo que os incisos do referido dispositivo descrevem condutas que envolvem a violação a regras<sup>14</sup>.

Os princípios norteadores da atividade administrativa estão previstos na Constituição, de forma que a improbidade do *caput* do *artigo 11* consiste essencialmente na violação à Carta Magna, enquanto a improbidade dos *artigos 9º, 10* e incisos do *artigo 11* materializam infrações à disciplina concreta e contemplada em regras constitucionais e infraconstitucionais<sup>15</sup>, considerando-se que, como assinalado na jurisprudência pátria<sup>16</sup>, o aperfeiçoamento da improbidade do *artigo 11* da LIA *não* necessita da existência de resultado prático danoso, o que está a exigir a *verificação de conduta eivada de reprovabilidade intensa*<sup>17</sup>.

<sup>10</sup> *Ibid.*

<sup>11</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Contratação temporária e a configuração de ato de improbidade administrativa. In: *Improbidade Administrativa: temas atuais e controvertidos* / Mauro Campbell Marques... [et al] – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> STJ, REsp 1.228.306/PB, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, j. 09.10.2012.

<sup>14</sup> *Op.Cit.*

<sup>15</sup> *Op.Cit.*

<sup>16</sup> STJ, REsp 1.164.881/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Campbell Marques, j. 14.09.2010.

<sup>17</sup> *Op.Cit.*

Em relação ao elemento subjetivo, a improbidade, neste caso, somente se configura na presença de *dolo* dotado de extrema reprovabilidade<sup>18</sup>, fundado na *manifesta vontade de realizar conduta contrária aos deveres de honestidade e legalidade, e aos princípios da moralidade e da impessoalidade*<sup>19</sup>, ou seja, não há cabimento em punir por improbidade de uma conduta que, embora reprovável, revele um elemento subjetivo não orientado à violação de valores fundamentais. A culpa grave e a conduta desastrosa *não* são suficientes para enquadrar a conduta no âmbito da improbidade<sup>20</sup>.

Feitas estas considerações, *passo* ao exame do mérito.

*II. II – Da adjudicação levada a efeito no âmbito da execução fiscal nº 91/2005 (146.01.2005.000959-2) – réu EDSON FELICIANO DA SILVA.*

*II. II. A. Da imputação.*

O MPF imputa, num primeiro momento, ao réu *EDSON FELICIANO DA SILVA* a prática de ato de improbidade administrativa decorrente dos fatos a seguir expostos.

Afirmou-se que, no caso dos atos praticados no bojo da *execução fiscal nº 91/2005 (146.01.2005.000959-2)*, objeto dos presentes autos, a empresa executada *Perlima Metais Perfurados Ltda.* ofereceu, como pagamento de dívida fiscal, *150 (cento e cinquenta) paletes de ferro e 25 (vinte e cinco) estantes*, com valor atribuído de *R\$ 71.500,00* (setenta e um mil e quinhentos reais) (fls. 81/83 – Anexo XVIII, Volume I, “C”), por intermédio de petição assinada pelos patronos da executada em conjunto com *EDSON FELICIANO DA SILVA*, o que evidenciaria a existência de prévio ajuste.

Pontuou-se que os bens foram aceitos por *EDSON FELICIANO DA SILVA*, consoante petição de fls. 82 (Anexo XVIII, Volume I, “C”) em *12/06/2008*, e doados à Prefeitura Municipal de Piracicaba em *18/09/2008* (fls. 104 – Anexo XVIII), asseverando-se que os bens foram aceitos *sem anterior demonstração de interesse* da Gerência Regional de Administração do Ministério da Fazenda na referida adjudicação, assim como foram, em curto intervalo, classificados como “ociosos” no bojo do PAJ – Procedimento de Adjudicação nº 12219.000303/2008-11 (Anexo XXI), *sem prévia realização de avaliação* do seu efetivo valor.

Alegou ainda o *Parquet* que, com o intuito de se formalizar a doação *anteriormente concretizada (18/09/2008)*, o Município de Piracicaba, em *18/03/2009* (fls. 01 – Anexo XXI), teria solicitado exatamente os bens adjudicados no bojo da execução supracitada, e que depois de adjudicados os bens, *EDSON FELICIANO DA SILVA* teria solicitado providências à Gerência Regional de Administração do Ministério da Fazenda no Estado de São Paulo (fls. 108, Anexo XVIII, volume I, “C”), no sentido de que os referidos bens fossem incorporados ao patrimônio da *União* e, na sequência, fosse emitido termo de doação em favor da Prefeitura Municipal do Estado de São Paulo para uso pela respectiva Secretaria de Saúde.

Concluiu-se que, diante do contexto supramencionado, o objetivo do requerido *EDSON FELICIANO DA SILVA* seria, desde o início, o de adjudicar os bens em questão para promover a respectiva doação à Municipalidade, o que redundou em prejuízo à *União* na ordem de *R\$ 71.500,00* (setenta e um mil e quinhentos reais)<sup>21</sup>, violando, dessa forma, princípios constitucionais da Administração Pública e exorbitando das atribuições de um procurador da Fazenda Nacional em prejuízo ao erário.

18 *Op. Cit.*

19 STJ, REsp 765.212/AC, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 02.03.2010.

20 JUSTEN FILHO, Marçal. Contratação temporária e a configuração de ato de improbidade administrativa. In: *Improbidade Administrativa: temas atuais e controvertidos* / Mauro Campbell Marques... [et al] – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

21 Valor retificado, consoante manifestação do *Parquet* às fls. 975-v.

A imputação fundou-se, como exposto às fls. 975-v, nos seguintes aspectos:

(...) *a) na ausência de avaliação idônea dos bens adjudicados*, fator a ensejar prejuízo ao erário, na medida em que viabilizou abatimento da dívida ativa em valor superior ao do proveito econômico obtido com a adjudicação; *b) no desvio de finalidade do ato de adjudicação*, movido, desde o início, pela vontade de doar os bens ao município de Piracicaba; *c) na incompetência do réu EDSON FELICIANO DA SILVA em realizar as adjudicações e destinações da forma como procedido*, em fraude à necessidade de licitação e ofensa à legalidade estrita (...) (g. n.).

O MPF pleiteou, assim, o reconhecimento da prática dos atos de improbidade administrativa previstos no *artigo 10, incisos III e X*, no que tange, respectivamente, à pretensão doação de bens sem observância das formalidades legais e regulamentações aplicáveis à espécie, e à atuação negligente na conservação do patrimônio público, a par do disposto no *artigo 11, inciso I*, todos da LIA, ante a adjudicação visando fim diverso daquele previsto na regra de competência.

#### *II. II. B. Da defesa.*

Em sede de *contestação*, o réu EDSON FELICIANO DA SILVA sustentou, *em síntese*, que a adjudicação constitui ato jurídico perfeito e acabado sob a égide de controle judicial; que a adjudicação constitui forma preferencial de satisfação do crédito prevista em lei; que o réu solicitou a doação e não doou os bens adjudicados; que o requerido não teve qualquer participação no procedimento de doação dos bens e nada decidiu a respeito; que o Prefeito Municipal de Piracicaba solicitou à GRA a doação dos bens; que a proposta de doação foi firmada no âmbito da GRA e decidida pelo Gerente Regional; que a doação dos bens para utilização nos serviços de saúde do Município não caracteriza ato de improbidade administrativa; que a saúde é direito de todos e dever do Estado.

Colocou, ainda, que a doação dos bens atendeu interesse público do serviço de saúde municipal; que nunca houve desvio de finalidade ou abuso de poder; que a União não sofreu qualquer prejuízo material ou moral, pois doou bens para o serviço público de saúde, que também é de sua responsabilidade; que o réu agiu de boa-fé, com lisura, honestidade e probidade no exercício da função pública; que estava totalmente ausente o dolo de beneficiar quem quer que seja; que não estão configurados dolo ou culpa; que não havia qualquer tipo de regulamentação no procedimento de adjudicação; que, em razão de todo o exposto, o pedido condenatório deve ser rejeitado.

#### *II. II. C. Da prova oral colhida.*

Sobre o ponto, eis o *sumário da prova oral colhida*.

O réu EDSON FELICIANO DA SILVA, em sede de depoimento pessoal (fls. 795/800), declarou, *em síntese*, o que se segue.

Acerca do início das adjudicações, declarou que a PFN possuía estrutura em más condições; que sempre foram negados pedidos de aquisição equipamentos ou mobiliários; que soube pelo Procurador Geral da Fazenda Nacional, depois Advogado-Geral da União, que não havia verbas sequer para o pagamento de aluguéis de eventuais futuras unidades do órgão e que os Procuradores deveriam se socorrer da adjudicação para a aquisição de bens; que, com o surgimento de algumas oportunidades de adjudicação, começou a entrar em contato com outras unidades, assim como a realizar adjudicação de bens para equipar as unidades da PFN.

Posteriormente, pontuou o réu, que outros órgãos passaram também a solicitar equipamentos, talvez por ficarem sabendo das adjudicações feitas para equipar as unidades da PFN,

como por exemplo, a Justiça Federal em Piracicaba, a Delegacia da Polícia Federal em Piracicaba, o Ministério Público Federal em Piracicaba, além da Prefeitura Municipal de Piracicaba; que, então, nestas situações, ele pedia ao Sr. *Affonso*, Chefe de Serviço Administrativo, que entrasse em contato com os órgãos para saber de sua real necessidade, assim como com as empresas, para verificar se alguma delas possuía os referidos bens e se tinham interesse em oferecê-los em adjudicação; que não oferecia equipamentos aos órgãos; que somente recebia os pedidos por ofício, às vezes após conversa pessoal com o representante do órgão; que o réu também, nas execuções fiscais, verificava se havia a possibilidade de algum devedor ter os bens dos quais os órgãos necessitavam; que tinha contato com os advogados dos processos para verificar a possibilidade de serem oferecidos pela empresa os bens de que os órgãos necessitavam, mas que o contato era basicamente esse; que, a partir da identificação da empresa que possivelmente poderia fornecer o bem, prosseguia com a conversa com os advogados; que com as empresas não tinha contato.

Manifestou, ainda, que não teve contato próximo com empresas, ou reunião nas empresas ou na PFN; que, sobre a definição de quantidade e de qualidade, afirmou que não participava das escolhas, pois, quando da requisição de materiais pelos órgãos, já era apontada a descrição das características; que o pessoal do Administrativo entrava em contato com os órgãos requerentes para saber a quantidade; que, sobre a qualidade, afirmou que sempre primou por ela, para que os bens pudessem ser usados pelos órgãos com certa durabilidade; que até o surgimento de tais *problemas de adjudicação*, não havia regulamentação para o instituto, que foi feita posteriormente pela AGU; que era requerido o apoio da GRA (que cuida da parte de contratos, de licitações, etc.) como costume, ao menos no Estado de São Paulo, por ter funcionários mais técnicos (como por exemplo, engenheiros), não por ter a GRA esta atribuição ou obrigação, mas somente pela falta de estrutura da PFN; que na GRA tinha muito contato com o Sr. *Edson Oda*; que os funcionários da GRA são profissionais sérios; que, com relação ao parâmetro utilizado para saber até onde ia o interesse público na adjudicação, disse o depoente que o parâmetro era a necessidade da aquisição do bem por algum órgão.

Mencionou, inclusive, que sempre procurou ajudar, principalmente os órgãos federais, pois sabe da ausência de verbas; que nunca quis beneficiar alguma empresa ou fraudar a *União*; que se eventualmente cometeu algum erro, não foi proposital e que não teve consciência da ocorrência da atual situação.

Salientou que, hoje, transcorrido longo prazo após as adjudicações, ainda entende que sua conduta foi benéfica por ter atendido utilidade pública; que não se arrepende das atitudes que tomou com a intenção de ajudar; que ninguém obteve, por meio das adjudicações, vantagem pessoal, pecuniária ou política.

Colocou que, da sua parte, não houve conluio para fraudar a *União* e que acredita que da parte da GRA também não houve; que desde que houve o apontamento de problemas, declinou do seu sigilo fiscal, bancário e telefônico, incluindo o de sua esposa; que na época dos fatos estava com problemas financeiros que levaram cinco anos para serem sanados, o que demonstra que não obteve vantagem financeira.

Sobre o caso dos autos, declarou que a adjudicação e a destinação dos bens à *Prefeitura Municipal de Piracicaba* não foi de má-fé, tampouco crê que houve ofensa à lei, e que foi por ofício a solicitação dos *paletes* para que a *Secretaria de Saúde do Município de Piracicaba/SP* pudesse armazenar medicamentos e/ou equipamentos.

Com relação à empresa *Perlima*, viu a possibilidade de adjudicar bens, e que, sobre as esferas da Administração a serem atendidas, disse que, além da esfera da *União*, somente deve

ter atendido este caso da *Prefeitura de Piracicaba*.

Quanto aos *paletes* adjudicados, acerca de sua incorporação ao patrimônio da *União* com a destinação para a *Prefeitura de Piracicaba*, afirmou que a realização da doação não cabe ao Procurador da Fazenda, tendo sido encaminhado o expediente para a GRA; que, sobre ter informado à GRA que o pedido da doação foi feito antes da adjudicação dos *paletes*, afirmou que sim; que, sobre ter realizado adjudicação de bens que não eram de interesse primário da *União*, afirmou somente que os bens eram de interesse da *Prefeitura Municipal de Piracicaba*; que não imaginou óbice ou contrariedade a algum regulamento.

Disse, ainda, que não negociou com a empresa *Perlima* (de Cordeirópolis) quanto à avaliação dos bens de modo mais favorável para a *União*; que não sabe como foi feito o percurso dos bens de Cordeirópolis a Piracicaba; que se baseou, quanto aos valores dos bens, na avaliação feita pela empresa sob Execução Fiscal, submetendo à apreciação do Setor Administrativo; que essa apreciação pela GRA era feita como um obséquio; que não vislumbrou em momento algum que sua conduta poderia trazer algum prejuízo ao erário; que não sabe por que um expediente interno da Prefeitura sobre a doação data de set/2008, sendo que o requerimento de doação data somente de 18/03/2009; que realmente os bens adjudicados, conforme alegado na defesa dos corréus, já seguiam para a GRA com sua indicação para doação.

Ainda quanto aos *paletes*, indagado pelo *MPF* com relação à avaliação dos bens, o depoente disse que na conversa prévia com os advogados das executadas (para questionar se era possível o oferecimento de bens), também era conversado sobre as avaliações; que com relação à avaliação que antecedeu a adjudicação dos *paletes* se lembra de ter conversado com a GRA sobre os valores.

Afirmou, também, que, quando da conversa com o advogado da *Perlima*, recordou-se o depoente que questionou se havia os *paletes* e as estantes de ferro e que a resposta foi positiva; que achava que eles já possuíam os bens; que, para adiantar, poderia o advogado da *Perlima* levar a petição para o depoente-réu dar um “*de acordo*” e juntar aos autos.

O depoente não se recordou, neste caso específico, se houve acerto sobre os valores na conversa preliminar, tendo declarado, em acréscimo, que para a avaliação de bens móveis, em geral pedia auxílio informal da GRA; que a GRA prestava esse tipo de auxílio para o estado inteiro, não somente para Piracicaba; que o pessoal da GRA devia se basear nas petições para estimar as avaliações dos bens; que neste caso dos *paletes* a consulta à GRA também foi formal.

Também sobre a avaliação, declarou que não sabe se a GRA avaliava alguns bens fisicamente, além do documento; que provavelmente os *paletes* e as estantes de ferro não foram fisicamente levadas à GRA para avaliação; que não se lembra especificamente com quem da GRA conversou no caso da *Prefeitura de Piracicaba*; que a conversa com a GRA com relação aos *paletes* deve ter sido iniciada pelo próprio depoente; que ninguém da GRA questionou sobre a doação ser para órgão municipal; que por essa razão o réu também não percebeu ser algo “*imoral, ilegal, impossível*”.

Sobre a qualidade, declarou que, apesar de os *paletes* não terem ido fisicamente para a GRA, pela descrição era possível ser feita uma avaliação da qualidade; que não sabia se foi enviada uma amostra, foto, etc. à GRA;

Sobre o procedimento adotado, ainda indagado pelo *MPF*, declarou que não sabe explicar o motivo pelo qual o ofício da Prefeitura solicitando os materiais veio depois da doação efetiva dos materiais; que acha que foi o Secretário Municipal de Saúde de Piracicaba quem pediu os *paletes* e as estantes; que não se lembra do nome dele; que não conversou pessoalmente com o Secretário.

Indagado pela *UNIÃO*, por intermédio da *AGU*, sobre os benefícios que as devedoras eventualmente teriam em oferecer bens para adjudicação ao invés de realizar o pagamento, manifestou o réu que a vantagem era a oferta de bens aos órgãos que a *União* jamais poderia fornecer; que não sabe sobre eventuais vantagens das empresas.

Pontuou que há estudos sobre a não efetividade das execuções fiscais (prescrição do crédito, bens não a contento, desaparecimento das empresas); que ele observava a vantagem para o órgão (ponto de vista da Fazenda) e não para a executada; que é melhor adjudicar bens do que nada receber; que não via prejuízo, já que uma das formas de liquidação do crédito tributário é a adjudicação; que, sobre eventuais consultas a órgãos superiores da Fazenda, o réu disse que, pela falta de regulamentação, assim como por orientações passadas pelo Procurador Geral da Fazenda Nacional em reuniões das quais participou o réu, não havia a necessidade de se consultar ou obter aprovação de instâncias superiores antes de se realizar a adjudicação; que não chegou a pensar na possibilidade de a *GRA* não concordar com a doação dos *paletes* à Prefeitura de Piracicaba; que não pensou que talvez a *União* tivesse que ficar com os *paletes* como pagamento de um crédito tributário.

Em sede de *acareação*, com relação às adjudicações dos *paletes*, destaca-se que *EDSON FELICIANO* declarou, em relação ao ocorrido após o pedido da Prefeitura, quanto ao processo de escolha da executada, que sabia a empresa que fabricava esse tipo de produto; que não se recorda se de pronto o advogado concordou com o oferecimento dos bens; que entrava em contato com as empresas para verificar se poderiam e queriam oferecer bens; que não havia devedor previamente vinculado, mas havia a consulta às empresas para verificar se poderiam oferecer os bens solicitados pelos órgãos.

Indagado pelo *MPF* acerca de eventual consulta à *GRA* previamente à adjudicação, o réu declarou que a adjudicação é competência do Procurador. A *GRA* não poderia discordar.

Por fim, declarou o réu que o interesse público era comprovado pelos ofícios dos órgãos requerendo bens, e que não havia juízo de interesse ou não da *União*.

A testemunha *Paulo Roberto de Oliveira*, ouvida em Juízo (fls. 795/800), declarou, *em síntese*, o que se segue.

Sobre os procedimentos de adjudicação, disse que vinham as cartas de adjudicação e que estas cartas poderiam estar relacionadas a mais de um processo; que eram separados os processos administrativos das execuções; que fazia uma planilha com o valor da carta de adjudicação, com os montantes dos débitos dos processos administrativos correspondentes e levava ao conhecimento do PFN *Edson FELICIANO*; que o PFN *Edson FELICIANO*, por sua vez, dava um “ok” determinando a imputação.

Afirmou que não havia conversas preliminares antes da chegada da carta de adjudicação; que quando chegava ao conhecimento da testemunha, a decisão judicial já havia sido tomada; que nunca participou de reuniões com empresas executadas; que não sabe como eram escolhidos os bens a serem adjudicados; que os bens já chegavam para a testemunha com o valor definido; que nunca viu negociação em torno do valor dos bens; que realizava somente o encontro de contas entre os valores oferecidos judicialmente e os débitos das executadas; que ele acha que o Setor de Patrimônio foi consultado acerca da qualidade de alguns bens quanto à ergonomia, mas que não sabe detalhes; que, em nenhum momento, o PFN *Edson FELICIANO* pediu à testemunha que intermediasse contato com *São Paulo* para verificação da qualidade e do valor de mercado dos bens adjudicados; que a Gerência em *São Paulo* não passou qualquer medida ou cautela a ser adotada nos procedimentos de adjudicação; que ao mandar os primeiros procedimentos administrativos de adjudicação, e não havendo qualquer

problema, pensou estar correto o procedimento; que não sabe de quem veio a ideia de se iniciarem as adjudicações.

Afirmou que já viu pessoas e advogados da *Dedini*, da *Perlima* e da obra na sede da PSFN, mas que não sabe se estavam tratando do assunto adjudicação; que nunca participou de reuniões com empresas; que os pedidos dos órgãos requisitando as doações ficavam nos processos de adjudicação; que ao término dos procedimentos administrativos, geralmente o PFN *Edson FELICIANO* já colocava um ofício, antes de ir para a GRA, em que era informado se os bens ficariam na Seccional ou se iriam ser destinados a algum outro órgão; que não tem conhecimento se alguns bens eram ofertados pelo PFN *Edson FELICIANO* a outros órgãos.

Sobre a diferença de datas entre o recebimento dos bens em doação pelo Município de Piracicaba e o ofício que solicitou a doação dos *paletes*, disse que, pelo que soube, após o recebimento efetivo dos bens, a Prefeitura precisou publicar um Decreto para a formalização do recebimento dos *paletes*; que acha que foi um procedimento necessário para a Prefeitura; que não foi feito em conjunto com a Procuradoria;

Declarou a testemunha que somente fazia os procedimentos administrativos para encaminhar à GRA; que não viu fisicamente os *paletes*, e que só os viu pela carta de adjudicação; que não sabe se alguém os avaliou fisicamente; que nos procedimentos que a testemunha instruíra não havia avaliação de mercado, pois eram iniciados com a carta de adjudicação com o valor já definido; que não tem conhecimento de que em algum momento funcionários da GRA fizeram avaliações dos *paletes* a serem doados a Piracicaba.

Sobre os demais réus, não se recorda de ter feito contato, além do PFN *Edson FELICIANO*, durante o procedimento da adjudicação em questão; que o seu contato mais corriqueiro com a Gerência se dava com a *Sra. Giselda*, por ser ela a Chefe da Equipe de Materiais/Suprimentos. Além do PFN *Edson FELICIANO*, mencionou que podem eventualmente ter ligado para a testemunha para tirar alguma dúvida sobre os bens adjudicados que permaneceram na Procuradoria (Ex.: medidas e quantidade de material); que não teve contato físico com os bens adjudicados que não permaneceram na Procuradoria; que somente soube dos bens por meio dos documentos; que não sabe quando os outros órgãos passaram a requerer doação de bens adjudicados; que não recebia ligações de outros órgãos com tais pedidos; que estima que 30% dos bens adjudicados não ficaram na Procuradoria; que, quanto aos bens destinados para estados e municípios, só se recorda deste caso de Piracicaba.

Indagado pelo *MPF*, afirmou que não tinha contato com as empresas para verificar se possuíam os bens dos quais os órgãos necessitavam; que o *Sr. Afonso* não tinha contato com os processos de adjudicação em si, mas que tinha conhecimento das cartas de adjudicação; que não se lembra, especificamente, quanto ao caso dos *paletes*, de o *Sr. Afonso* ter passado alguma orientação.

Salientou que a primeira adjudicação foi noticiada pelo PFN *Edson FELICIANO*, mas que eles (do Setor Administrativo) não sabiam como proceder; que não foi passado qualquer parâmetro pela Gerência em São Paulo, pois estava sendo iniciado o processo de adjudicação nas Procuradorias; que, então, formalizaram o primeiro processo com a carta, a cópia das execuções, o fornecimento da empresa, o recebimento pela Procuradoria, a informação de quais bens ficariam com a Seccional de Piracicaba, e as certidões das dívidas abatidas; que o primeiro processo foi da empresa *Painco*; que a servidora da GRA *Sra. Giselda* falou que não era de praxe fazer procedimento de adjudicação, mas que Piracicaba poderia montar um processo que seria submetido ao gerente.

Afirmou, ainda, que, somente sobre os *paletes*, o PFN *Edson FELICIANO* teria dito que

tal material era muito específico e que iria para a Secretaria de Saúde da Prefeitura; que não sabe como foi realizado o pedido pela Prefeitura.

Afirmou a testemunha, ainda, acreditar que era comum que os bens adjudicados fossem fisicamente encaminhados a outros órgãos da Procuradoria antes de a GRA ser intimada a se manifestar sobre a transferência, mas que não tinha conhecimento, além do procedimento da carta de adjudicação; e que nunca teve um retorno negativo sobre a destinação dos bens, assim como que nunca teria havido um questionamento dos valores dos bens adjudicados pela GRA; que a testemunha entendia que, quando da emissão da carta de adjudicação pelo Juízo, todas as questões legais quanto ao bem adjudicado e seu valor já tinham sido resolvidas. Disse, por fim, que não tem conhecimento sobre a existência de alguma instrução que normatizasse as adjudicações à época dos fatos, mas que acha que agora já existe uma regra.

O corréu *EDSON CARLOS ODA DOS SANTOS*, em sede de depoimento pessoal (fls. 969/970), declarou, *em síntese*, o que se segue.

Inicialmente, o réu confirmou que teve participação no procedimento de doação de bens ao *Município de Piracicaba*; que o procedimento teve os trâmites normais, verificando se havia interesse do Ministério da Fazenda ou de outros órgãos; que, entretanto, pensa que o Procurador *Edson FELICIANO* “colocou a carroça na frente dos bois”, ou seja, que entregou os bens antes do término dos procedimentos; que não conversou com o Procurador; que entrou em contato com os membros da Comissão, os quais verificaram se havia interesse de outros órgãos; que não se recorda se viu no processo que os bens já haviam sido entregues ao município; que não se recorda se foi alguém que passou essa informação a ele, pois há muitos processos similares, além de outros de licitações e contratos; que a avaliação quantitativa monetária não é feita pelo réu, pois já recebe a Carta de Adjudicação com o descritivo e com o valor do bem já atribuído; que a avaliação que faz se trata da possibilidade de doar o bem, de classificá-lo no sistema (ocioso, irrecuperável, etc.); que não tem notícia se teria sido feita uma avaliação do bem dentro da Procuradoria da Fazenda; que não tem informação sobre a relação do PFN *Edson FELICIANO* com empresa *Perlima Metais*; que o procedimento é normalmente rápido; que o processo deve ter umas quatro folhas, quando se trata de um só tipo de bem; que se fosse um processo com mais bens, poderia demorar uns três ou quatro dias; que não tem conhecimento de outros casos de doação (sobre o PFN *Edson FELICIANO*), mas que há outros assuntos envolvendo o Procurador.

Indagado pelo *MPF*, o réu relatou que não há um setor responsável pela avaliação monetária dos bens a serem doados por estar subentendido que eles já foram avaliados; que desconhece que o *Sr. Donizete* tenha algum contato com os demais réus; que processos similares costumam passar pelo *Sr. Donizete*, que é a autoridade máxima; que não conversou com o *Sr. Donizete* especificamente sobre este caso, pois apesar de ser “*estranho*” era relativamente simples; que se houvesse interesse de outro órgão iria acarretar complicações para o processo, pois os bens já haviam sido recebidos pela *Secretaria de Saúde do Município de Piracicaba*, inclusive por Decreto.

Indagado pela *UNIÃO* sobre os procedimentos, o réu disse que geralmente vem uma *Carta de Adjudicação*, que são feitas as incorporações dos bens via sistema, que se atribui números de patrimônio aos bens e os encaminha para a Seccional (que tem a posse dos bens) para que coloque as etiquetas; que eventualmente a Seccional pode pedir que a GRA promova a retirada dos bens, às vezes com o auxílio do oficial de justiça, e que, neste caso, a GRA leva os bens, incorpora-os ao patrimônio e atribui a eles um número; que o processo de incorporação e o de doação são distintos; que é feita uma classificação do bem no sistema por uma Comis-

são que verifica a possibilidade de doação ou o interesse de algum órgão; que, se no sistema nenhum órgão manifestar interesse (na “*bolsa*”), pode ser feita a doação.

Colocou que no cadastro do bem não há fotos, apenas o descritivo; que o descritivo feito pela Justiça é bem detalhado; que ele pensa que os órgãos não precisam visualizar o bem; que a equipe de engenharia da GRA é composta por apenas dois engenheiros e que eles não agregariam muito à descrição já detalhada do Judiciário; que também considerou neste caso que os bens foram recebidos por servidores do município de Piracicaba e por Decreto; que se tivesse sido pedido ajuda pela Seccional, é certo que não seria negada; que não é comum que a doação seja anterior aos trâmites; que o Procurador *Edson FELICIANO* “*colocou a carroça na frente dos bois*”; que acha que no descritivo já estava escrito que os bens haviam sido entregues; que um Decreto determina a regularidade do processo administrativo; que o réu pensou que buscar os bens seria antieconômico; que embora o Procurador *Edson FELICIANO* tenha adiantado o procedimento, não vê outra solução melhor do que a que foi feita; que não vê irregularidade no processo, a não ser a entrega antecipada, que poderia ter causado grandes problemas para ir buscar os bens na *Prefeitura de Piracicaba*.

Disse, ainda, que não sabe se houve treinamento, mas que eles são um órgão consultado sobre procedimentos; que as corrés ficaram em dúvida neste procedimento específico pelo bem ter sido entregue antes dos trâmites; que não se lembra exatamente o que elas falaram, mas que devem ter questionado a Procuradoria; que *Giselda Brunassi* é a Chefe de Equipe de Materiais; que acredita que as três corrés supracitadas devem ter consultado a Sra. *Giselda* sobre o caso por ela ser mais experiente no assunto.

Questionado, respondeu também que o processo de incorporação antecede o processo de doação; que a Divisão de Recursos Logísticos faz o processo de incorporação, época em que o valor do bem é fixado; que quando a doação é feita, o valor do bem já está no sistema; que a Comissão é quem elabora o termo de doação assinado pelo réu depoente (*Edson Oda*); que o termo já sugere que seja feita a doação ao *Município de Piracicaba*.

Sobre a nomeação da Comissão, declarou que é feita pelo Superintendente de Administração, o Sr. *Donizete*; que somente o Sr. *Donizete* teria a capacidade de obstar este procedimento; que o réu entendeu que o procedimento estava adequado, dando o seu “*de acordo*”; que o bem incorporado é inserido numa “*bolsa*” para que outros órgãos pudessem manifestar interesse no bem; que não há como emitir um termo de doação sem fazer o trâmite da “*bolsa*”; que o bem foi entregue antes dos trâmites; que o bem poderia ter que ser devolvido pela Prefeitura, dependendo do órgão que solicitasse o bem; que o bem não teria serventia para a Fazenda, que há tempo utiliza arquivos deslizantes.

A corré *MARGARETE PEREIRA*, em sede de depoimento pessoal (fls. 969/970), declarou, em síntese, o que se segue.

A ré, inicialmente, confirmou sua assinatura na proposta de doação trazida aos autos; disse que quando de sua assinatura já estava ciente de que os bens do termo de proposta de doação já haviam sido entregues à *Prefeitura de Piracicaba*; que não conversou com a Comissão ou com o Sr. *Edson* para saber por que o procedimento não havia sido feito em momento anterior; que não conversou com *Vaneide* ou com *Edson* sobre o ato ter como objetivo dar proteção ao que o procurador da Fazenda *EDSON FELICIANO* já tinha feito; que nenhum outro réu pediu a ela que assinasse o documento com tal objetivo.

Indagada pelo MPF, disse que trabalha no Setor de Suprimentos, que por sua vez se encontra dentro da Área de Logística; que a função regimental dela é administrar bens oriundos de licitação; que quando entrou no setor, o procedimento já era feito assim; que sabia que os

bens já haviam sido doados há mais de oito meses; que a proposta era regularizar o que já tinha sido feito; que não haveria onde armazenar o bem no caso de ir buscá-lo; que não havia interesse de outros órgãos no bem, que foi colocado na “*bolsa*”; que não sabe dizer por que não está mencionado no documento que estava sendo feita uma regularização.

Indagada pela *UNIÃO*, a ré afirmou que trabalha no setor há cerca de oito anos; que o caso dos autos foi a primeira e única vez que a doação foi anterior, que foi um caso excepcional.

Pelo *Juízo* questionada a ré, disse ela que não cuidava dos bens adjudicados, mas que achava que os bens iam para São Paulo quando da adjudicação; que nem sempre se buscavam os bens, por não haver onde guardá-los.

A corré *MARIA APARECIDA GOMES*, em sede de depoimento pessoal (fls.944/945), declarou, *em síntese*, o que se segue.

Afirmou a corré, que, no caso dos autos, verificou que o procurador *EDSON FELICIANO* já havia determinado a doação dos bens para a *Secretaria de Saúde do Município de Piracicaba*; que, diante disso, os bens foram incorporados ao patrimônio da *União* e depois formalizado o termo de doação; que tudo se deu pelo *Sistema Siades*; que não é capacitada para avaliar os bens; que a classificação dos bens foi feita após sua chefe entrar em contato com o *Sr. Paulo* da Seccional; que a classificação foi dada por exclusão, pois o material já estava na *Secretaria de Saúde do Município de Piracicaba*; que foi a primeira vez que a classificação foi feita após o bem ter sido doado; que no caso considerou-se que para mandar um caminhão até Piracicaba, com pessoal haveria pagamento de diárias para buscar este material, que, inclusive já estava sendo utilizado pela municipalidade, a qual ficaria desprovida destes; que os materiais, caso trazidos para o depósito, ficariam deteriorando “por ficarem no tempo”; que *VANEIDE* e *MARILUCIA* apenas assinaram formalmente a documentação; que esclarece que o processo já chegou com a ordem de doação; que nunca participou de curso ofertado pela Administração para realização de seus trabalhos, razão pela qual desenvolve suas atividades sem qualquer orientação.

A corré *VANEIDE MARIA DE LIMA*, em sede de depoimento pessoal (fls. 946/946-V), declarou, *em síntese*, o que se segue.

Afirmou a ré que participou da classificação dos bens descritos nos autos; que a classificação foi realizada após conversa com o *Sr. Paulo* da Seccional; que quem falou com o *Sr. Paulo* foi a chefe *Sr.ª Gizelda*; que não era comum fazer a classificação de bens que já haviam sido doados; que o processo de adjudicação já é instruído com valor de avaliação; que nunca fez treinamento.

A testemunha *Gizelda Brunassi*, ouvida em *Juízo* (fls. 947/949), declarou, *em síntese*, o que se segue.

Esclareceu, inicialmente, que atua na GRA, no setor de patrimônio, e que o que acontece na Seccional não é de seu conhecimento; que os processos chegam prontos após a adjudicação; que recebe somente para incorporação dos bens; que o sistema só exige que tenha em mãos a *carta de adjudicação*, com a descrição e valor do bem; que o trabalho da Procuradoria é técnico e da GRA é administrativo; que há organização quanto aos bens relativos à adjudicação; que a GRA nesses casos faz a incorporação e há determinação para recolhimento; que no caso dos autos foi discutida a questão de o procurador *EDSON FELICIANO DA SILVA* ter doado os bens diretamente para a *Prefeitura Municipal de Piracicaba* sem prévio envio à GRA; que a comissão entendeu que o melhor seria a regularização da doação, pois a municipalidade já estava utilizando há alguns meses.

Sobre a classificação, declarou que a mais adequada seria *ocioso*; que não houve avaliação dos bens, sendo normal a utilização do *auto de adjudicação*; que o Sistema *SIADS* aceita o valor posto pela *Justiça*; que a GRA não tem competência para avaliação do bem; que não tem condições de afirmar se seria possível o pagamento de diárias para avaliação *in loco*; que não é possível fazer ressalva na avaliação do bem por impossibilidade do sistema; que em função da documentação ter sido recebida da Justiça Federal e da Procuradoria, a presunção é de que se trata de documentos corretos; que nunca fez cursos inerentes a sua atividade; que a pessoa encarregada de deferir a doação é o Gerente Administrativo; que no caso em questão não foi verificado se outra unidade da PFN necessitava dos *paletes* ou das estantes e que a solução dada foi para regularizar a situação; que não tem conhecimento de quem decide pela PFN pela adjudicação ou não de bens.

A testemunha *Sérgio Aparecido dos Santos*, ouvida em Juízo (fls. 950/950-v), declarou, em síntese, o que se segue.

Afirmou a testemunha que o depósito de materiais da GRA não tem condições de armazenar o montante de bens descritos nos autos; que o depósito tem uma única estante de *paletes* para armazenamento de mercadorias pequenas; que o mobiliário fica no chão; que não tem conhecimento da GRA realizar diligências fora da sede; que o depósito estava obrigado, inclusive, a receber outros bens da *UNIÃO*.

#### II. II. D. Do caso dos autos.

No presente caso, extrai-se da prova documental, que acompanhou a exordial, que, no âmbito da ação de Execução Fiscal nº 146.01.2005.00959-2, que tramitou perante o MM. Juízo da Vara Distrital de Cordeirópolis/SP para cobrança de crédito fiscal total no importe de R\$ 1.521.867,72 (um milhão quinhentos e vinte e um mil oitocentos e sessenta e sete reais e setenta e dois centavos), a empresa executada *Perlima Metais Perfurados Ltda.* manifestou-se por petição datada de 09/06/2008 (fls. 81 - Inquérito Civil nº 1.34.008.100006/2009-19, Anexo XVIII, Volume I, "C") para requerer ao MM. Juízo da execução a lavratura de Termo de Comparecimento e penhora de bens oferecidos e aceitos em garantia da CDA 80604104736-23 em cobro no referido feito executivo, quais sejam, 150 (cento e cinquenta) paletes no valor total de R\$ 54.000,00 (cinquenta e quatro mil reais) e 25 (vinte e cinco) estantes construídas em aço no valor total de R\$ 17.500,00 (dezesete mil e quinhentos reais), totalizando R\$ 71.500,00 (setenta e um mil e quinhentos reais), assim como para afirmar que os bens então oferecidos seriam objeto de adjudicação. E, ao final da referida petição, já estava consignado o "De Acordo" do procurador da Fazenda Nacional *EDSON FELICIANO DOS SANTOS*, como mencionado pela executada no preâmbulo de sua manifestação.

A petição supracitada se fez acompanhar do documento de fls. 83 do feito apenso, o qual consigna a cotação dos bens a serem adjudicados, elaborada pela própria executada.

Na sequência, às fls. 85 do apenso em referência, manifestou-se a Fazenda Nacional em petição datada de 05/06/2008, por intermédio do procurador da Fazenda Nacional *EDSON FELICIANO DOS SANTOS* para o efeito de requerer ao Juízo, em especial, a extinção da CDA 80204060378-15 por adjudicação. Naquela oportunidade apresentou extrato do Sistema da PGFN noticiando para o crédito em referência a situação "extinta por adjudicação com ajuizamento a ser cancelado" em relação à CDA 80 2 04 060378-15, afeta à cobrança de crédito fiscal referente ao IRPJ (fls. 86).

E em despacho exarado em 19/06/2008 foi determinada a expedição de *auto de adjudicação*, o que foi cumprido consoante se depreende de fls. 01 e seguintes do apenso em referência.

Consta ainda do apenso em referência, que foi editado o Decreto nº 12.857, de 18 de

setembro de 2008 pelo Prefeito Municipal de Piracicaba/SP para fins de recebimento em adjudicação, sem ônus ou encargos, da empresa *Perlima Metais Perfurados Ltda.* dos bens adjudicados no executivo fiscal anteriormente mencionado, os quais seriam, então, destinados ao uso do Almojarifado da *Secretaria Municipal de Saúde de Piracicaba/SP* (fls. 104). E, após, foi lavrado termo de avaliação e destinação dos bens adjudicados no âmbito do ente municipal, conforme homologação pelo *Prefeito Municipal* em 08/10/2008 (fls. 105/107).

Após, verifica-se que apenas em 17/02/2009 foi expedido e encaminhado expediente subscrito pelo do procurador da Fazenda Nacional *EDSON FELICIANO DOS SANTOS* destinado à GRA em São Paulo para efeito de incorporação dos bens adjudicados ao patrimônio da *União*, e consignando-se, ainda, que deveria ser emitido *Termo de Doação à Prefeitura do Município de Piracicaba / Secretaria de Saúde*, com anuência da PSFN/Piracicaba.

Saliente-se que apenas em 18/03/2009 a *Prefeitura Municipal de Piracicaba* encaminhou ofício solicitando-se a doação, justamente, dos bens então adjudicados (fls. 01 – Apenso – Inquérito Civil nº 1.34.008.100006/2009-19 - Anexo XXI).

E os *Termos de Doação*, depois de classificados os bens adjudicados como “ociosos”, foram expedidos e assinados em 26/03/2009 (fls. 114/118).

*Pois bem.*

Infere-se da prova documental constante dos autos, assim como da sequência e dinâmica dos fatos nela reproduzida, que, tal como assinalado pelo *Parquet*, o objetivo do réu *EDSON FELICIANO DA SILVA* era, desde o início, o de adjudicar os bens em questão para promover a respectiva doação à Municipalidade.

E tal fato redundou em extinção de crédito fiscal devido à *União* na ordem de R\$ 71.500,00 (setenta e um mil e quinhentos reais), eis que, apenas no início do exercício de 2009, a GRA/SP - responsável pela administração de patrimônio no âmbito do MF/SP - Ministério da Fazenda em São Paulo - teve ciência da adjudicação, e, mesmo assim, já com pedido de destinação ao ente municipal, que, por sua vez, ainda em 10/2008, já havia recebido e incorporado os bens adjudicados aos serviços municipais.

Além disso, há que se considerar a apresentação de petição conjunta entre o réu, na condição de procurador da Fazenda Nacional, e a empresa executada, reforçando as evidências de que o procedimento de adjudicação estabelecido nos autos redundou de prévio ajuste, de um lado, entre o réu *EDSON FELICIANO DA SILVA*, na condição de procurador da Fazenda Nacional, e a empresa executada, e de outro, entre o réu, na mesma condição, e a *Prefeitura Municipal de Piracicaba*, à *mingua de qualquer diligência no sentido de verificação do interesse da União no ato em questão.*

E a prova oral colhida reforça as presentes conclusões.

Inicialmente, tal como exposto alhures, reitera-se que o próprio réu *EDSON FELICIANO DA SILVA*, em síntese, declarou que, com relação ao parâmetro utilizado para saber até onde ia o interesse público na adjudicação, *era considerada a necessidade da aquisição do bem por algum órgão*, e que o interesse público era comprovado pelos ofícios dos órgãos requerendo bens. E, quanto à escolha da empresa executada para fornecimento dos paletes, *que sabia a empresa que fabricava esse tipo de produto adjudicado e que entrava em contato com as empresas para verificar se poderiam e queriam oferecer os bens solicitados pelos órgãos.*

Declarou, ainda, que não chegou a pensar na possibilidade de a GRA não concordar com a doação dos *paletes* à Prefeitura de Piracicaba, sendo que declarou que ao procurador competia verificar o interesse público, e que não pensou que talvez a *União* tivesse que ficar com os paletes como pagamento de um crédito tributário.

Ora, tais elementos de prova bem demonstram que a *lógica subjacente ao ato de adjudicação* era o atendimento das necessidades previamente indicadas por algum órgão público, para que, então, fossem contatadas as executadas interessadas no fornecimento de bens - *sem que se avaliasse o interesse mais amplo da União* - para que, depois disso, fosse formalizada a incorporação e destinação dos bens.

E a testemunha *Paulo Roberto de Oliveira*, na condição de servidor da Seccional da PFN em Piracicaba, corroborou as conclusões acima expostas, eis que declarou, *em síntese*, que os pedidos dos órgãos requisitando as doações ficavam nos processos de adjudicação, e que, ao término dos procedimentos administrativos, geralmente o PFN *Edson FELICIANO* já colocava um ofício, antes de remessa para a GRA, em que era informado se os bens ficariam na Seccional ou se iriam ser destinados a algum outro órgão.

Ainda sobre os *paletes*, declarou a testemunha que o PFN *Edson FELICIANO* teria dito que tal material era muito específico e que iria para a *Secretaria de Saúde da Prefeitura Municipal*, o que evidencia o direcionamento prévio da adjudicação empreendida.

Além disso, temos que o corrêu *EDSON CARLOS ODA DOS SANTOS*, em sede de depoimento pessoal, declarou, *em síntese*, que, no caso em questão, o procurador *Edson FELICIANO* “*colocou a carroça na frente dos bois*”, ou seja, que entregou os bens antes do término dos procedimentos e que, embora o procurador *Edson FELICIANO* tenha adiantado o procedimento, *não via outra solução melhor do que a que foi feita*, e que não vê irregularidade no processo, a não ser a entrega antecipada, considerando-se que poderia ter causado grandes problemas para ir buscar os bens na *Prefeitura de Piracicaba*. Declarou, inclusive, que o bem não teria serventia para a Fazenda, que há tempo utiliza arquivos deslizantes.

E tal depoimento mais uma vez permite concluir pela *ausência de diligência no intuito de se verificar o interesse da União na adjudicação em cena*, mas que havia, de fato, prévio ajuste para a destinação dos bens.

E também as corrés *MARGARETE PEREIRA*, e *MARIA APARECIDA GOMES*, em sede de depoimento pessoal, declararam que os bens adjudicados antes mesmo da doação já estavam em uso na *Secretaria Municipal de Saúde de Piracicaba*, assim como que não haveria espaço para sua guarda na GRA.

A testemunha *Gizelda Brunassi*, da mesma forma, confirmou que os bens já estavam em utilização pela municipalidade e a testemunha *Sérgio Aparecido dos Santos* declarou que o depósito de materiais da GRA não teria condições de armazenar o montante de bens descritos nos autos.

Neste contexto, diante do conjunto probatório amealhado, *assiste parcial razão ao MPF*.

*Ab initio*, importa mencionar que o instituto da *adjudicação*, previsto no artigo 24 da LEF, como modo de satisfação do crédito exequendo preferencial em relação à alienação em hasta pública, consubstancia uma *potestade* gerada pelo *princípio da legalidade*.

Em outros termos, o *princípio da legalidade da Administração* outorga faculdades de atuação, autorizando a Administração para sua ação e conferindo poderes jurídicos para tanto, sendo certo que, por mais que expressem com naturalidade situações de poder público, *as potestades administrativas não são, nem logicamente podem ser ilimitadas, incondicionadas e absolutas, mas estritamente definidas em sua extensão e no seu conteúdo para salvaguarda da coerência do sistema legal*, o qual deve atender a uma ordem racional e não a um *casuismo cego*<sup>22</sup>.

22 Curso de direito administrativo. Vol. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

O instituto em questão recebe, pois, o influxo dos *princípios da taxatividade ou mensurabilidade* de toda e qualquer competência pública, o que se desenvolve como um *princípio essencial do Estado de Direito contemporâneo, eis que deflui de sua condição de Estado que reconhece direitos alheios e não apenas os próprios, e da sua natureza de complexo organizacional com uma necessária distribuição de funções e competências entre órgãos diversos. Não há desta forma, poderes administrativos ilimitados ou globais; todos são e não poderiam deixar de sê-lo, específicos e concretos, estabelecidos, com uma esfera de exercício lícita (agere licere), atrás de cujos limites a potestade desaparece, pura e simplesmente*<sup>23</sup>.

*Há, neste contexto, poderes implícitos, assim como, ressalte-se, deveres implícitos a delimitar o exercício de cada potestade.*

Cumpra ainda mencionar que toda atividade administrativa deve ser direcionada à consecução de um fim, sempre determinado, expressa ou tacitamente (e, portanto, elemento necessariamente vinculado), pela norma que atribui a potestade para atuar, sendo certo que os poderes administrativos não são abstratos, passíveis de utilização para qualquer finalidade; *são poderes funcionais outorgados pelo Ordenamento tendo em vista um fim específico, de forma que afastar-se deste seca a fonte de sua legitimidade.*

Neste aspecto, mais um ponto deve ser trazido a lume, posto que as *potestades-função*, isto é, aquelas que devem ser exercidas no *interesse alheio ao próprio e exclusivo do titular* fazem sobrelevar a qualificação das potestades administrativas como *poderes fiduciários*, eis que deve ser verificado se no exercício de sua liberdade decisória a Administração observou ou não os limites com os quais o Direito delimita essa liberdade e se, por último, *a decisão adotada pode ser entendida, conseqüentemente, como uma decisão racionalmente justificada ou, de forma contrária, como o simples fruto da vontade daquele que a adotou*<sup>24</sup>.

Entende-se, neste contexto, que o *desvio de poder* se refere ao exercício de potestades administrativas para fins diversos dos estabelecidos pelo Ordenamento jurídico.

*E é certo que para que ocorra tal desvio não é necessário que o fim perseguido seja um fim privado, um interesse particular do agente ou autoridade administrativa, mas, sim, é suficiente que tal fim, ainda que público, seja diferente do previsto e estabelecido pela norma que atribui potestade*<sup>25</sup>.

Neste sentido, a legitimidade do recurso ao *instituto da adjudicação* está a demandar, no mínimo, qualquer que seja a regulamentação adicional existente ou não à época dos fatos, (i) *pela existência de interesse do titular do crédito na aquisição dos bens penhorados como forma de satisfação do crédito executando*; e (ii) *pela conformidade da avaliação dos bens, sendo certo que o caráter preferencial do ato de adjudicação refere-se à concorrência em hasta pública e não ao modo de satisfação do crédito em si.*

Tais elementos, no entanto, *não* foram observados pelo réu no caso em questão à luz do conjunto probatório trazido aos autos, o que *está a caracterizar ato de improbidade administrativa, que, a par de causar dano ao erário, redundará da violação dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública e dos deveres de imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, in casu, à Procuradoria da Fazenda Nacional em menor âmbito, e, num contexto mais amplo, à própria União.*

*Explico-me.*

<sup>23</sup> *Ibid.*

<sup>24</sup> *Ibid.*

<sup>25</sup> *Curso de direito administrativo*. Vol. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

Ora, do exercício do cargo de procurador da Fazenda Nacional espera-se, *no mínimo*, o exercício competente, eficiente, probo, legítimo, leal, honesto, ou seja, *virtuoso*, dos atos tendentes à exigência e cobrança do crédito público titularizado pela *União*, judicial ou extrajudicialmente, conforme o caso, *zelando por seus interesses*, a fim de que tais créditos, assim que satisfeitos, sejam regularmente colocados à disposição da *União* para destinação a cargo dos demais órgãos competentes, conforme preceitos de direito constitucional, financeiro, administrativo e políticas públicas existentes *em decorrência da natureza de complexo organizacional, com uma necessária distribuição de funções e competências entre órgãos diversos*.

Da mesma forma, *reitere-se*, do exercício legítimo da potestade materializada no instituto da *adjudicação* intenta-se, também *no mínimo*, como dito, a satisfação do crédito público mediante racional e fundamentada avaliação de *custo-benefício* em prol dos interesses primários do ente titular do crédito.

E tais deveres e limitações *não podem, de forma alguma, serem considerados alheios ao prévio conhecimento do réu, na condição que ostentava de procurador da Fazenda Nacional*.

Afinal, o *grau de exigência e conhecimento em relação ao agente é tanto maior quanto mais elevado é o cargo ou a função exercida, e tanto maior quanto mais excepcional for o ato praticado, razão pela qual não se escusa na inobservância dos deveres objetivos de cuidado*<sup>26</sup>.

Neste contexto, o réu *EDSON FELICIANO*, atuando, *de forma consciente e deliberada*, com recurso aos poderes administrativos fiduciários outorgados pela *legalidade* da Administração ao seu cargo, no contexto da representação judicial dos interesses da Fazenda Nacional, ao lograr direcionar e adjudicar bens, sabidamente específicos, em prol do atendimento de necessidades de ente diverso e alheias ao interesse da *UNIÃO*, incorreu em flagrante *desvio de finalidade* do ato de *adjudicação* a caracterizar, a um só tempo, ofensa profunda aos *princípios da legalidade, da impessoalidade e da isonomia*, e aos deveres funcionais de *imparcialidade, legalidade* e, sobretudo, *lealdade* às instituições, desvirtuando, por completo, os deveres basilares de seu cargo de *advogado público*, especialmente, quanto ao zelo que deveria dispensar aos interesses primários da Fazenda Nacional e à cobrança do crédito público devido em seu favor.

De forma indene de dúvidas, houve *dolo*, pois, consoante comprovado nos autos, o réu atuou ciente de que estava, por óbvio, no exercício do cargo de procurador da Fazenda Nacional, assim como sabedor de seus deveres funcionais, ante, sobretudo, a hierarquia e posição do cargo no contexto organizatório da Administração Pública, e diante da excepcionalidade de que se reveste o instituto da *adjudicação* em sede de satisfação do crédito público em cobro, eis que o próprio réu declarou que não havia regulamentação suficiente do instituto à época.

Ora, é correto afirmar, neste sentido, que atuou consciente da amplitude do *poder* inerente as suas atribuições funcionais, o que está a corresponder, de outro lado e por óbvio, correlato grau de responsabilidade e vinculação às finalidades públicas subjacentes. O próprio réu declarou, no bojo da *acareação*, que ao procurador competia aferir o interesse público, sendo que a *GRA* não poderia, segundo o próprio réu, tolher sua atuação como procurador da Fazenda Nacional.

Ademais, logrou atuar, como visto, no intuito evidente e inequívoco de atender interesses completamente estranhos aos que deveria representar no caso, direcionando conscientemente, em decorrência de um casuismo próprio, o exercício de potestade outorgada fiduciariamente pela *legalidade* de forma contrária à finalidade pública subjacente, ao esquema organizatório

<sup>26</sup> ROSA, Márcio Fernando Elias; MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. A teoria da cegueira deliberada e a aplicação aos atos de improbidade administrativa. In: *Improbidade Administrativa: temas atuais e controvertidos* / Mauro Campbell Marques... [et al] – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

do regime jurídico da repartição de funções e competências da Administração, e em prejuízo da regular e legítima satisfação do crédito público titularizado pela Fazenda Nacional.

De forma mais específica, o *princípio* e o *dever de legalidade* foram ofendidos na medida em que, desvirtuando-se do escopo que deveria nortear sua atuação, o réu *EDSON FELICIANO*, não apenas exorbitou de suas competências, como usurpou competências de *ordenador de despesas*, e outras ainda mais amplas e afetas, no regime jurídico administrativo, à destinação e ao uso do crédito e do patrimônio público.

E não se pode olvidar que, *in casu*, estava em cobro crédito relativo ao *IRPJ*, importante fonte de receita derivada e não vinculada.

Na mesma medida, o *princípio da impessoalidade* e o *dever de imparcialidade* foram violados no ponto em que a atuação do réu visou favorecer determinada pessoa, *in casu*, o *Município de Piracicaba*, quando, na realidade, o interesse a ser resguardado era o da legítima cobrança do crédito público devido à *União*. E lesou-se o *princípio da isonomia* neste mesmo ponto, considerando-se que um ato desviado de sua finalidade pública pelo réu, por *sponte sua*, satisfez necessidade de aquisição de bens pela *Administração Pública Municipal*, favorecendo-se, inclusive, a pessoa jurídica da empresa executada - *fornecedora dos bens adjudicados* - em prejuízo evidente do *princípio da isonomia* que anima o regime jurídico-constitucional das *contratações públicas*.

E o *dever de lealdade*, por sua vez, *afeto ao respeito aos princípios que norteiam a honra, a probidade e a fidelidade aos deveres e compromissos assumidos pelo réu no exercício da função pública*, acabou por ser ofendido no ponto em que uma potestade – *in casu* o ato de *adjudicação* -, materializada com elevado grau de discricionariedade, e fiduciariamente deferida ao cargo de procurador da Fazenda Nacional, foi – *infiel e integralmente* – utilizada em detrimento dos interesses da esfera em favor da qual a *legalidade* outorgou o poder, e em favor de pessoa jurídica, ainda que de direito público, não integrante da relação jurídica administrativa e processual envolvidas na espécie, o que, tratando-se de ato praticado no exercício do cargo de *advogado público*, importa consubstanciação de conduta comissiva de reprovabilidade gravíssima e intensa, hábil, pois, a ensejar em seus próprios e inerentes termos o seu reconhecimento como ato de improbidade administrativa, consoante disciplina constitucional e infraconstitucional aplicável.

Neste ponto, urge destacar que não se trata de reconhecimento de ato de improbidade administrativa derivado de *corrupção* ou de *enriquecimento ilícito*.

Disso não se trata a imputação exposta na exordial.

Como cediço, a legislação de regência não limita a improbidade administrativa a tais aspectos, sendo que, de fato, como exposto alhures, cuida-se, de outro modo, da *reação jurídica à atuação desconforme a pautas como ética, boa administração, lealdade, que seja reveladora da inabilitação para o exercício de função pública*.

Não tem o intérprete e aplicador da lei, autorização para reduzir apenas para os *atos de corrupção ou enriquecimento sem causa*, sem lastro hábil para tanto, o evidente alcance hermenêutico do mandado constitucional e a regulamentação infraconstitucional de repressão aos atos de improbidade administrativa.

Ademais, cumpre assinalar que a homologação judicial da adjudicação não torna o ato intangível ou imune à posterior apreciação de validade, sendo cabível no ordenamento processual, inclusive, o recurso à *ação anulatória da adjudicação*.

Outrossim, a própria atuação dos agentes públicos envolvidos no ato não se afigura

inatingível ou infensa à apreciação, sendo certo que a legislação processual civil, assim como a Lei Orgânica da Magistratura asseguram a responsabilidade civil pelo procedimento doloso ou fraudulento inclusive do magistrado, e, da mesma forma, dos demais atores processuais no exercício das funções públicas.

Assim, na esteira da imputação exposta na peça exordial, os atos de improbidade ora reconhecidos em desfavor do réu acarretaram violação dos princípios constitucionais e dos deveres funcionais que regem a organização da Administração Pública (artigo 11, *caput* e inciso I, da LIA), assim como importaram lesão ao erário (artigo 10, *caput*, da LIA), no importe do valor da adjudicação descrita nos autos, qual seja, R\$ 71.500,00 (setenta e um mil e quinhentos reais), em valor atualizado para 06/2008 (fl. 100 – Inquérito Civil nº 1.34.008.100006/2009-19, Anexo XVIII, Volume I, “C”).

Importa destacar, quanto à lesão percebida pelo erário, que esta decorreu, *per si*, da adjudicação levada a efeito em relação a bens sabidamente desnecessários à Administração titular do crédito em cobro, considerando-se o correspondente abatimento experimentado junto à Dívida Ativa. E é em razão disso que incidiu o réu, especificamente, no artigo 10, *caput*, da LIA e não nos incisos indicados pelo MPF, a saber, III e X.

Ora, com relação aos incisos indicados pelo *Parquet* como fundamento legal da imputação, há que se considerar que a lesão ao erário foi provocada pelo réu antes mesmo da doação, quando trouxe para incorporação ao patrimônio da União, e posterior doação previamente ordenada, bens, sabida e efetivamente, desnecessários às suas atividades, tal como assinalado na prova oral colhida.

*Contudo*, a procedência do pedido, no ponto, é *parcial*.

Além do quanto já assinalado, com relação à pretensa conduta negligente na conservação do patrimônio público, há que se considerar que a falta de diligências adotadas para verificação de conformidade do valor de avaliação unilateral dos bens adjudicados, de fato, era um dever funcional inerente ao cargo de procurador da Fazenda Nacional e ao recurso ao instituto da *adjudicação*, não tendo, *entretanto*, logrado o *Parquet* comprovar, *especificamente*, que a avaliação desenvolvida e acolhida pelo réu sem maiores reflexões ou diligências pertinentes estava incorreta neste caso.

Desse modo, considerando-se que a lesão ao erário não pode se dar de forma presumida para caracterização de ato de improbidade previsto no artigo 10, incisos III e X da LIA, não assiste sustentação e razão jurídica à acusação *quando invoca a ocorrência de danos gerados pela negligência na avaliação dos bens*.

Prevalece, assim, no ponto, *apenas* a imputação referente aos comprovados danos gerados ao erário em virtude de adjudicação de bens - desnecessários à UNIÃO – dolosamente desviada de sua finalidade subjacente e da correlata *regra de competência* afeta aos deveres do *advogado público*.

Destarte, com juízo de certeza, *responde o réu como incurso no artigo 10, caput, e artigo 11, caput e inciso I, da LIA – Lei nº 8.429/92*.

II. III – *Da doação dos bens adjudicados no âmbito da execução fiscal nº 91/2005 (146.01.2005.000959-2) – réus EDSON CARLOS ODA DOS SANTOS, MARGARETE PEREIRA, MARIA APARECIDA GOMES, VANEIDE MARIA DE LIMA, e MARILUCIA ANDRADE GOMES*.

II. III. A. *Da imputação*.

Com relação aos requeridos EDSON CARLOS ODA DOS SANTOS, e MARGARETE PE-

*REIRA*, afirmou o *MPF* que os atos de improbidade ocorreram porque, na qualidade de chefes de diversos setores da Gerência Regional de Administração (órgão do Ministério da Fazenda responsável por administrar o patrimônio da *União*), teriam classificado e enquadrado os bens doados à Municipalidade como “ociosos”, em descompasso com a realidade, para fins de viabilizar formalmente a doação anteriormente mencionada, violando princípios que regem a Administração Pública.

Aduziu-se que a participação dos requeridos - *EDSON CARLOS ODA DOS SANTOS*, e *MARGARETE PEREIRA* - viabilizou o intento do requerido *EDSON FELICIANO DA SILVA*, na medida em que teriam providenciado a incorporação dos bens em questão ao patrimônio da *União* sob a “falsa” classificação de bens “ociosos” (fls. 111 e 115/118 – Anexo XVIII), o que importou desvio de recursos da *União*.

Imputou-se, enfim, aos corréus *EDSON CARLOS ODA DOS SANTOS*, e *MARGARETE PEREIRA* o art. 10, *caput* e inciso X e art. 11, *caput* e inciso I, todos da Lei nº 8.429/92.

Às fls. 446/450, o *MPF* requereu a emenda da inicial para incluir no polo passivo *MARIA APARECIDA GOMES*, *VANEIDE MARIA DE LIMA*, *MARILUCIA ANDRADE GOMES*. Naquela oportunidade, narrou o *MPF* que as requeridas, na condição de membros da *Comissão de Vistoria, Avaliação e Alienação de Bens Móveis e Materiais de Consumo da GRA/SP*, no exercício de 2009, teriam forjado uma avaliação para simular o procedimento de doação dos bens descritos nos autos à Municipalidade de Piracicaba, contribuindo de forma indispensável para a alienação prejudicial ao Erário. Reiterou o pleito de condenação dos corréus no dever de ressarcir o erário federal, *de forma solidária*, no montante de R\$ 78.093,13 (setenta e oito mil noventa e três reais e treze centavos), em valor atualizado.

### II. III. B. Da defesa.

As defesas, por sua vez, instadas a se manifestarem, alegaram, *em síntese*, o que se segue.

Às fls. 111/123, manifestação dos requeridos *EDSON CARLOS ODA DOS SANTOS*, e *MARGARETE PEREIRA*, por meio da qual se invocou a ausência de má-fé. Destacou-se que os réus seguiram os termos da disciplina aplicável ao procedimento de doação dos bens descritos nos autos; que a competência para classificação dos bens não pertencia aos réus, mas, sim, à *Comissão de Vistoria, Avaliação e Alienação de Bens Móveis e Materiais de Consumo*, sendo que a competência para autorizar a alienação era do Gerente Regional de Administração, não possuindo os réus, sob este prisma, qualquer autonomia. Pontuaram que a classificação dos bens pode ser considerada correta, e que a atuação de *EDSON FELICIANO DA SILVA*, em entregar previamente os bens à Municipalidade, provocou uma situação *sui generis*, pois não havia mais como ofertar tais bens a outros entes, sem que tal medida implicasse prejuízo ao erário federal e ao municipal. Apresentou documentos (fls. 126/378).

Às fls. 480/506, sobreveio manifestação dos requeridos *MARIA APARECIDA GOMES*, *VANEIDE MARIA DE LIMA*, *MARILUCIA ANDRADE GOMES*, por intermédio da qual, no mérito, afirmaram que não atuavam nas lides judiciais; que não possuem responsabilidade sobre os atos supostamente ímprobos do réu *EDSON FELICIANO DA SILVA*; que agiram tendo por parâmetro os elementos que dispunham no momento específico, sendo que a documentação já teria percorrido o crivo de seus superiores hierárquicos. Apresentaram documentos (fls. 507/520).

Citado, às fls. 553/569, o réu *EDSON CARLOS ODA DOS SANTOS* apresentou contestação, por intermédio da qual aduziu que a mera assinatura do contestante no documento de fls. 51 não poderia, por si só, constituir indício de participação em ato de improbidade; que não existiu conluio entre o réu *EDSON CARLOS ODA DOS SANTOS* e o réu *EDSON FELICIANO*

*DA SILVA*; que a conduta imputada é atípica; que o procedimento de doação seguiu todas as diretrizes exigíveis; que o contestante teria observado as formalidades legais; que, sob o ponto de vista hierárquico, não seria o responsável pelos procedimentos descritos nos autos; que a realização de prévia vistoria não seria exigível na hipótese em cena; que a conduta do contestante não contribuiu para o resultado; que não havia qualquer impedimento na classificação dos bens como “ociosos”; que o pedido de condenação do réu é desproporcional em face dos atos supostamente praticados; que não há provas para condenação do contestante. Requereu, por fim, a improcedência do pedido exposto.

As corrés *MARIA APARECIDA GOMES, VANEIDE MARIA DE LIMA, e MARILUCIA ANDRADE GOMES* às fls. 642/682 apresentaram sua *contestação*, por meio da qual, no mérito, alegaram a inexistência de avaliação fictícia, e que não possuíam qualquer responsabilidade pelos atos supostamente praticados pelo procurador da Fazenda Nacional, baseando-se nos elementos que dispunham no momento específico, não se podendo falar em ato ímprobo na sua conduta. Citou precedentes. Quanto ao valor de ressarcimento, sustentaram não haver prejuízo, pois o interesse público fora resguardado com a doação de bens para atendimento das necessidades do *Município de Piracicaba – SP*.

Em sede de *alegações finais*, as defesas reiteraram os pontos debatidos, devendo-se apontar que a defesa das corrés *MARIA APARECIDA GOMES, VANEIDE MARIA DE LIMA, e MARILUCIA ANDRADE GOMES* apontou para a necessidade de observância do *princípio da congruência* entre a acusação, *in casu*, representada em relação às pela petição de emenda à exordial, e a sentença a ser proferida, *no que lhe assiste razão*, na medida em que, com a *devida vênia*, o *Parquet*, em sede de *alegações finais* apontou a prática de condutas pretensamente negligentes em face dessas corrés, quando, na realidade, a emenda à exordial de fls. 446/450 imputou *tão somente* a prática de eventual conduta *dolosa*.

### II. III. C. Do princípio da congruência.

E a incidência do *princípio da congruência* está a estabelecer que o acusado se defende realmente apenas do conjunto de fatos que, da profusão de circunstâncias eventualmente contidas nos autos, o autor resolveu delimitar na peça inaugural e atribuir-lhe a autoria<sup>27</sup>.

Atua, pois, referido princípio como concretizador de *direitos fundamentais*, na perspectiva de que “*existindo possibilidade de advir para alguém decisão desfavorável, que afete negativamente sua esfera jurídica, o contraditório é direito que se impõe, sob pena de solapado da parte seu direito do processo justo: desde o processo penal até o processo que visa o julgamento de contas por prefeito municipal ou àquele que visa a imposição de sanção disciplinar a parlamentar, todo processo deve ser realizado em contraditório, sob pena de nulidade, não há processo sem contraditório*”<sup>28</sup>.

Decorre do *princípio do Estado de Direito* como da própria *dignidade da pessoa humana* a vedação de tratamento do indivíduo como mero objeto do processo estatal<sup>29</sup>.

Além disso, cumpre anotar que a *ação de improbidade*, ainda que ostente natureza pública, *não se converte em demanda de natureza objetiva*, as que, por não envolverem interesses

<sup>27</sup> GUEDES, Néviton. O princípio da congruência na ação civil pública de improbidade administrativa. In: *Improbidade Administrativa: temas atuais e controvertidos* / Mauro Campbell Marques... [et al] – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

<sup>28</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, citado por GUEDES, Néviton. O princípio da congruência na ação civil pública de improbidade administrativa. In: *Improbidade Administrativa: temas atuais e controvertidos* / Mauro Campbell Marques... [et al] – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

<sup>29</sup> BLECKMANN, Albert, citado por GUEDES, Néviton. O princípio da congruência na ação civil pública de improbidade administrativa. In: *Improbidade Administrativa: temas atuais e controvertidos* / Mauro Campbell Marques... [et al] – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

subjetivos, permitiriam ao órgão jurisdicional, à similitude do que ocorre com a jurisdição constitucional abstrata, desconsiderar a causa de pedir deduzida pelo autor<sup>30</sup>.

Trata-se, enfim, neste contexto, de resguardar, como já exposto na presente oportunidade, a aplicabilidade dos princípios gerais do direito penal ao direito sancionatório.

#### II. III. D. Do caso concreto.

A inicial foi recebida em face dos corrêus em r. decisão proferida nos seguintes termos:

*Pois bem.* Em sede de *cognição sumária*, tal como já salientado na presente decisão, afigura-se possível a inequívoca extração da peça exordial, antes mesmo da emenda proposta, de elementos hábeis a infirmar a regularidade do procedimento administrativo de alienação dos bens descritos nos autos, sobretudo, na medida em que inequivocamente instaurado depois de já ter sido consumada – *meses antes* - a doação para a Municipalidade.

Com efeito, extrai-se dos documentos trazidos aos autos, em especial do inteiro teor do procedimento administrativo nº 11761.000383/2009-77 (Apenso – Anexo XXI – Inquérito Civil nº 1.34.008.100006/2009-19), que as ora requeridas - MARIA APARECIDA GOMES, VANEIDE MARIA DE LIMA, e MARILUCIA ANDRADE GOMES – foram designadas pela Portaria nº 573, de 18 de dezembro de 2008, da Gerência Regional de Administração do Ministério da Fazenda no Estado de São Paulo, para constituírem a Comissão de Vistoria, Avaliação e Alienação de bens Móveis e Materiais de Consumo da GRA/SP, para o exercício de 2009 (fls. 02 - Apenso – Anexo XXI), sendo que em 24/03/2009 lavraram o termo de vistoria e avaliação dos bens descritos nos presentes autos (fls. 20/192), consignando-se o *valor da avaliação* de cada um dos itens componentes daquele patrimônio, assim como a *classificação* destes na condição de “ociosos”, tendo sido ainda *proposta* a doação de referidos bens, para fins de atendimento da solicitação da Prefeitura Municipal de Piracicaba – SP descrita no Ofício nº 107/2009, de 18/03/2009 (fls. 01 - Apenso – Anexo XXI).

Todavia, consoante teor dos documentos constantes às fls. 94/95 (Termo de Comparecimento e Penhora – execução fiscal nº 91/05), 104 (Decreto Municipal nº 12.857, de 18 de setembro de 2008), 105/107 (Ata de Reunião da Comissão Permanente de Avaliação de Bens Móveis da Secretaria Municipal de Administração da Prefeitura de Piracicaba em 08/10/2008), 108 (Despacho de encaminhamento de procedimento administrativo referente aos bens adjudicados na execução fiscal nº 91/05, para fins de incorporação ao patrimônio e posterior doação à Prefeitura de Piracicaba), 109/110 (Relatório de Lançamentos para fins de incorporação dos bens descritos nos autos ao patrimônio da União), todos do Apenso – Anexo XVIII, Volume I, “C”, temos que os bens descritos nos autos já se encontravam incorporados ao patrimônio do Município de Piracicaba, sendo certo que o teor dos referidos documentos, assim como o conteúdo da manifestação defensiva ora em exame, permitem inferir que tal fato era conhecido pelas requeridas à época da instauração do procedimento administrativo destinado à doação daquele conjunto patrimonial.

Sob este prisma, *não* lograram êxito as requeridas em comprovar de plano, elementos suficientemente hábeis a ilidir, ainda que minimamente, os indícios de irregularidades descritos na narrativa deduzida pelo MPF no presente feito, eis que, ainda em juízo preliminar, depreende-se dos autos que as requeridas praticaram os atos inerentes as suas atribuições funcionais, tais como a avaliação e a classificação dos bens descritos nos autos, sem prévio acesso ou mesmo visualização e inspeção do referido conjunto patrimonial, tendo sido então, aparentemente, elaborados e lavrados os termos necessários à concretização da alienação patrimonial em condições meramente formais, sem, contudo, a necessária e inerente verificação da compatibilidade fática entre o teor da avaliação e os respectivos objetos de avaliação,

<sup>30</sup> GUEDES, Néviton. O princípio da congruência na ação civil pública de improbidade administrativa. In: *Improbidade Administrativa: temas atuais e controvertidos* / Mauro Campbell Marques... [et al] – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

para fins de adequada valoração, classificação e eventual posterior destinação nos termos da legislação de regência.

Há que se destacar, neste sentido, que os termos foram lavrados *sem quaisquer ressalvas*, o que, em princípio, afigura-se passível de ofertar contribuição para a aduzida simulação de procedimento administrativo de doação e, conseqüentemente, para os danos percebidos pelo erário, caracterizando, em tese, em sede de cognição sumária, *a hipótese exemplificada no inciso X, do artigo 10, da Lei nº 8.429/92*, na linha do teor dos documentos já trazidos aos autos até esta oportunidade processual.

O Decreto nº 99.658, de 30/140/1990, que regulamenta, no âmbito da Administração Pública Federal, o reaproveitamento, a movimentação, a alienação e outras formas de desfazimento de material, estabelece no seu artigo 7º prevê a avaliação do material como requisito para a alienação, estatuinto, ainda, a necessidade de observância com os preços praticados no mercado, devendo-se registrar que o artigo 19 do regulamento prevê que as avaliações, classificação e formação de lotes e demais procedimentos que integram o processo de alienação de material serão efetuados por comissão especial composta de, no mínimo, três servidores integrantes do órgão ou entidade interessados, o que, por certo, evidencia o grau de importância desta etapa no contexto da alienação de bens integrantes do patrimônio da União.

Ora, neste contexto, ressalte-se que não se identifica no Ordenamento Jurídico pátrio, ou mesmo em sede de hermenêutica constitucional, autorização para que o agente público promova interpretação restritiva ao conteúdo e profundidade para o âmbito das atribuições previstas em sede de alienação de bens públicos, ou mesmo interpretações em descompasso com o rol dos princípios descritos no artigo 37 da Constituição da República, cujos bens jurídicos subjacentes são protegidos pela Lei nº 8.429/92, o que caracterizaria processo informal de relativização da supremacia e força normativa da Constituição, sobretudo, nos casos em que a alienação de bens, supostamente, passa a funcionar como instrumentos de ofensa ao erário e ao princípio republicano.

Dessa forma, à míngua de expressa motivação e comprovação de plano da regularidade dos elementos que conduziram à conclusão de mérito a que chegaram as requeridas no bojo dos trabalhos realizados no procedimento de doação dos bens descritos nos autos à Municipalidade de Piracicaba, na condição de membros da Comissão de Vistoria, Avaliação e Alienação de Bens Móveis e Materiais de Consumo da GRA/SP, *não se pode concluir, a priori*, que sua atuação tenha se verificado em conformidade com os preceitos vigentes na instituição.

No *caso dos autos*, como visto alhures, a imputação de conduta ímproba ofensiva ao patrimônio da *União* aos princípios da Administração Pública sustentou-se, em relação aos corréus *EDSON CARLOS ODA* e *MARGARETE PEREIRA*, na alegação de que teriam classificado e enquadrado bens novos como ociosos, entendidos *como bens que, embora em perfeitas condições de uso, não estiverem sendo utilizados*, de forma artificial, à míngua de comprovação de ausência de serventia para a *União*. Salientou o *Parquet* que, *primeiramente deveria ter sido tentada a atribuição de tais bens para uso por qualquer ente federal e, somente se nenhum órgão da Administração Pública Federal estivesse necessitando, tais bens poderiam ser classificados como ociosos e, conseqüentemente, doados aos demais entes políticos, como, por exemplo, os Municípios*. Pretendeu-se o enquadramento dos fatos no disposto no artigo 10, *caput* e inciso X e artigo 11, *caput* e inciso I, da *LIA*.

Em relação às corrés *MARIA APARECIDA GOMES*, *VANEIDE MARIA DE LIMA*, e *MARILUCIA ANDRADE GOMES* o *MPF* sustentou a imputação de avaliação *fictícia* e *forjada* para simular procedimento o procedimento de doação, contribuindo para o prejuízo causado ao erário.

*Pois bem*. De tudo quanto apurado no conjunto probatório amealhado, é preciso assinalar

em primeiro lugar, que *não* logrou o *Parquet*, com a *devida vênia*, comprovar que a avaliação consignada no procedimento administrativo de doação estava *incorreta*, ou mesmo que tenha sido elaborada de forma *forjada ou fictícia* por qualquer dos corrêus.

Há que se relembrar, neste ponto, que, em relação à prática de atos pretensamente causadores de danos ao erário, tal imputação *não* prescinde da comprovação da lesão.

E *não* se pode olvidar que, consoante reconhecimento no capítulo pretérito da presente sentença, os bens adjudicados eram sabidamente específicos e, à luz da conduta do réu *EDSON FELICIANO*, visavam tão somente à satisfação de necessidades do ente municipal. Alias, *não* comprovou, e sequer imputou o MPF, neste sentido, hipótese de associação e conluio entre o procurador da Fazenda *EDSON FELICIANO DA SILVA* e os corrêus.

Reconhece-se, neste contexto, a plausibilidade das declarações prestadas pelos corrêus *EDSON CARLOS ODA*, *MARGARETE PEREIRA*, e *MARIA APARECIDA GOMES* em sede de depoimento pessoal e pelas testemunhas *Sérgio Aparecido dos Santos*, todas ouvidas em Juízo, das quais se extrai a desnecessidade de tais bens no contexto das atividades daquele órgão federal. *EDSON CARLOS ODA*, neste sentido, foi específico em ressaltar que *os bens não teriam serventia para a Fazenda, que há muito tempo utiliza arquivos deslizantes*.

Ressalte-se, diante do teor das declarações prestadas, que a conduta do réu *EDSON FELICIANO DA SILVA*, ao laborar pela destinação dos bens adjudicados ao ente municipal antes mesmo da instauração do procedimento de doação, de forma indene de dúvidas, acarretou impacto na avaliação de *custo-benefício* envolvida em cena, tendo-se em vista os custos públicos que seriam necessários para diversa disposição dos bens, já previamente adjudicados, reitera-se, de forma alheia ao interesse da Fazenda Nacional.

Tais elementos, à míngua de elementos de prova em sentido oposto, devem militar em favor dos corrêus, consoante aplicação do *princípio da presunção de inocência*, como cediço, imanente ao *direito sancionatório*.

Além disso, e, com efeito, apesar de se afigurar incontroverso nos autos que a avaliação *não* foi realizada pelos corrêus de forma presencial, sendo que poderia ter sido feita, inclusive, via servidores designados e localizados na Seccional, o que, de fato, a par da elaboração de *termos de vistoria e doação sem quaisquer ressalvas ou anotações* hábeis a conferir transparência efetivamente republicana e fundamentação às decisões tomadas, caracteriza, sim, irregularidade no exercício das referidas atividades funcionais, *por outro lado, há que se considerar que a posterior utilização dos termos, descrições e valores consignados em carta de adjudicação chancelada pelo Poder Judiciário do Estado de São Paulo, poucos meses antes, no bojo do debatido procedimento administrativo de doação não permite, sob este prisma, de forma proporcional e razoável, o reconhecimento de tais irregularidades como aptas ao seu enquadramento na condição de ato ímprobo quanto a este ponto específico*.

Ainda que com irregularidades, eis que *não* observados os mais cautelosos e estritos termos da regulamentação administrativa como exigido, diante do encerramento da instrução probatória, *não* decorre do procedimento adotado, nas bases alhures expostas, hipótese de *avaliação forjada ou meramente fictícia*.

As irregularidades verificadas, em todo caso, adequam-se ao objeto de apuração específica em procedimento administrativo disciplinar, mas *não* à materialidade exigida para condenação em *ação de improbidade administrativa*.

Ressalto, sem prejuízo, que a aposição do contexto e das razões dos atos lançados no bojo do procedimento de doação poderia despertar os órgãos de controle e, quiçá, os próprios

servidores administrativos para, justamente, a verificação do ato ímprobo ora reconhecido na adjudicação antecedente levada a efeito, prevenindo e mitigando os efeitos desta e de outras condutas ímprobas análogas e antecedentes.

No entanto, restou comprovado que, além da adjudicação ter sido homologada pelo Poder Judiciário Estadual, a proposição de doação estava já previamente chancelada pela Procuradoria Seccional da Fazenda Nacional e despachada pelo Gerente Administrativo do MF/SP, autoridades de elevada hierarquia na estrutura administrativa envolvida em cena, tanto no que tange à interpretação das normas, quanto, em relação ao segundo, à tomada das decisões administrativas, sendo certo que cabia ao Gerente Administrativo, e *não* aos corrêus, como comprovado nos autos (fls. 151 – *Portaria GAB/MF, nº 287, de 30/09/2004, art. 90, inc. XXX*), a decisão pela doação dos bens adjudicados.

A mera proposição de doação dos bens adjudicados, *sob todo este contexto, não* implica, *per si*, hipótese de ato ímprobo, à míngua de elementos de prova em sentido oposto. E o *ônus da prova* cabia, como cediço, ao *MPF*.

Ademais, importa mencionar, *não* logrou o *Parquet*, na perspectiva do *princípio da congruência* que anima a apreciação da *causa de pedir* exposta e dos *pedidos* deduzidos no feito, comprovar a existência de utilidade dos bens para outro órgão da *UNIÃO*, ou, ainda, a inconformidade da avaliação adotada. Tanto é assim, que *não* há imputação de enriquecimento ilícito ou sem causa da empresa executada fornecedora dos bens adjudicados, fato que ensejaria indisponível atuação do *Parquet*.

Destarte, o contexto em cena, a par das conclusões depreendidas da instrução probatória, e do quanto cognoscível à época dos fatos, *não* permite que a atuação dos corrêus seja considerada, à luz de sua hierarquia subalterna, como adequada, suficiente e orientada como causa de lesão ao erário, e, em ainda menor grau, animada por *dolo* ou *culpa grave*, sendo, pois, *de rigor*, o reconhecimento da *improcedência* do pedido neste ponto.

II. III – *Da utilização indevida de veículo oficial por EDSON FELICIANO DA SILVA.*

II. III. A. *Da imputação.*

O *MPF* imputou, ainda, ao requerido *EDSON FELICIANO DA SILVA* o uso de veículo oficial, por mais de *02 (dois) anos*, em atividades *não* relacionadas com o serviço público para o qual foi investido.

Em relação a esta segunda conduta imputada a *EDSON FELICIANO DA SILVA*, manifestou-se o *MPF* no sentido de que teria restado apurado que aquele se utilizou do *veículo oficial GM/Astra, placa DQG 7833*, para seu *uso pessoal*, pelo período de *02 (dois) anos e 02 (dois) meses (10/2006 a 02/2009)*.

Mencionou que o veículo oficial era, anteriormente, de propriedade da empresa executada *Colina Mercantil de Veículos S/A*, e que também teria sido objeto de adjudicação, no âmbito de processo de execução fiscal (nº 2006.61.09.008337-6), conforme PAJ 12219.000352/2006-92.

Noticiou ainda o *Ministério Público Federal* que *EDSON FELICIANO DA SILVA* apresentou requerimento administrativo para fins de formalização de cessão de uso do referido bem em seu favor (fls. 87 – Anexo XVI) por tempo indeterminado, sendo que, mesmo após o indeferimento do pedido administrativo (fls. 1297), teria utilizado indevidamente o bem em questão *para tratar de seus interesses particulares*, conforme denúncia formulada pelo servidor *Affonso Carlos Longo*, ex-Chefe da Procuradoria Seccional da Fazenda Nacional em Piracicaba – SP (fls. 52/59).

A partir de tais elementos, concluiu o *MPF* pela existência de dano ao erário no importe

de R\$ 87.758,84 (oitenta e quatro mil setecentos e cinquenta e oito reais e oitenta e quatro centavos), *correspondente ao valor mensal de aluguel de veículo similar, durante o prazo de 26 meses.*

*II. III. B. Da defesa.*

Em sede de *contestação*, *EDSON FELICIANO DA SILVA* rejeitou as imputações, afirmando que jamais utilizou o veículo para fins particulares e que toda acusação se funda apenas no depoimento unilateral de *Paulo Roberto de Oliveira* e *Affonso Carlos Longo*, os quais, segundo o réu, em sede de declarações prestadas em procedimento administrativo disciplinar não teriam confirmado as denúncias.

Mencionou outros depoimentos prestados no PAD em referência no mesmo sentido.

Destaca que a solicitação de cessão do veículo, em si, não é ilícita e que jamais guardou ou estacionou veículos oficiais nas dependências de sua residência.

*II. III. C. Da prova oral colhida.*

Em sede de depoimento pessoal, o réu *EDSON FELICIANO DA SILVA* declarou, *em síntese*, que nunca teve veículo oficial a sua disposição; que se lembrava das acusações falsas do *Sr. Affonso* no sentido de que utilizava o carro para passear, viajar ou dirigir-se para o curso de *pós-graduação*; que se recorda do requerimento de cessão do veículo por prazo indeterminado em seu favor, mas que foi cientificado da negativa; que não utilizou para fins particulares; que a imputação nesse caso se deve a algum tipo de vingança, pois o *Sr. Affonso* teria feito as denúncias após a exoneração de seu cargo de confiança; que dirigia o veículo a trabalho; que as chaves ficavam com o motorista terceirizado; que não se lembra de ter levado o veículo para sua casa; que acha que não havia algum controle de entrada / saída de veículos; que confirma que fez o requerimento de cessão porque estava sem veículo à época; que não pode ser atribuída má-fé apenas pelo requerimento; que se houvesse má-fé sequer teria feito o requerimento; que nega que a presença ou ausência do veículo tenha relação com a presença / ausência do depoente; que pegava a chave do veículo com o motorista terceirizado; que tinha a “*carteirinha*” necessária para utilização do veículo; que, excepcionalmente, poderia ter levado o veículo para casa no caso de ter sido o mesmo utilizado para audiência em outro município encerrada mais tarde; que não recebeu multa de trânsito; que o motorista terceirizado deve ter recebido, mas não se recordava quem fez o pagamento.

*Affonso Carlos Longo*, por sua vez, declarou, *em síntese*, que foram adjudicados alguns carros para uso na seccional; que o veículo *Astra* mais sofisticado ficava somente com o réu *EDSON FELICIANO*; que nunca viu o réu utilizando o veículo para fins particulares; que havia o comentário de que o veículo era utilizado pelo réu nos finais de semana; que também havia comentário de que o veículo seria somente do réu e ninguém mais poderia utilizá-lo; que o veículo não dormia na PSFN, inclusive nos finais de semana; que nunca perguntou ao réu os motivos da utilização do veículo; que quando o réu não ia ao trabalho, o veículo também não estava na PSFN; que não se lembra de ter feito denúncia também em relação ao veículo; que sobre o controle de utilização, havia uma planilha com o *Sr. Paulo*, e que o réu deveria conhecer; que via o réu chegar à PSFN com o veículo e que o mesmo era utilizado para saída para almoço; que na época o réu frequentava curso de *pós-graduação*, mas sabe que ele pegava carona; que no período de férias do réu, o veículo não ficava na PSFN, mas que ninguém perguntava, durante o período de férias do réu, sobre a localização do carro.

*Paulo Roberto de Oliveira*, a seu turno, declarou, *em síntese*, que o veículo *Astra* placa DQO-7833 não era de uso exclusivo do réu, apesar de utilizado pelo mesmo; que havia um controle, um mapa mensal de utilização dos veículos, mediante anotação de quilometragem, saída,

destino, volta; que o controle ficava dentro do veículo; que tal controle também se aplicava ao réu; que não sabe onde o veículo era guardado à noite, pois saía cedo, mas que o veículo estava lá quando chegava e saía do trabalho; que não tem o controle sobre quais períodos o veículo ficava com o réu; que o controle da quilometragem era feito ao final do mês; que não sabe se em algum mês houve caso de planilha de controle totalmente em branco, mas tal situação acontecia durante dois ou três dias, e até durante uma semana; que não sabe informar onde permanecia o veículo nas férias do réu; que sobre o curso de pós-graduação frequentado pelo réu, sabe que fazia uso de ônibus para deslocamento, sendo que o próprio depoente teria levado o réu até a rodoviária; que o veículo, quando não estava sendo utilizado por outra pessoa, era usado pelo réu para ir almoçar; que confirma que o réu poderia ter utilizado o veículo a serviço em horário de almoço.

Em sede de *acareação*, o réu declarou que o controle de utilização dos veículos era frágil, pois muitos dos usuários não o preenchiam.

Sobre a localização das chaves do veículo, *Paulo* afirmou que várias vezes teria visto a chave na recepção à disposição; que outras pessoas eventualmente utilizavam o veículo.

*Affonso*, por sua vez, disse não se lembrar da chave do veículo ter sido deixada na recepção e que teria ficado sabendo disso apenas nesta oportunidade.

*Paulo* disse que foi disponibilizada garagem em 2007 e que antes disso possivelmente o réu guardava o veículo em sua residência não sabendo dizer sobre os finais de semana. Sobre o comentário de que o carro seria de uso do réu, declarou *Paulo* que se comentava que “*era o carro do chefe*” porque era utilizado pelo réu, mas o mesmo ficava à disposição.

*Affonso* disse, também, que o réu utilizava o carro em serviço. Quando o réu estava trabalhando, o veículo estava lá.

*Paulo* confirmou que o réu não ia cursar a pós-graduação em São Paulo conduzindo o veículo, pois o deixaram esporadicamente na rodoviária para que pegasse um ônibus, não sabendo afirmar sobre férias e finais de semana.

O réu, sobre o ponto, disse que não sabe onde ficava o veículo, talvez na garagem, mas não o utilizava para deslocar-se até o local do curso que fez no período de 2007-2008.

*Affonso* afirmou que o réu não utilizava o veículo para deslocamento até São Paulo.

*Paulo*, sobre o ponto, declarou que não utilizava o veículo em questão para levar o réu até a rodoviária, utilizando outra viatura da PSFN, pois era horário de trabalho, não dirigia veículo automático e a rodoviária ficava a dois quarteirões da sede.

#### *II. III. D. Do caso concreto.*

No caso concreto, *ab initio*, a par da prova oral colhida, foram trazidos aos autos os documentos afetos ao controle de utilização do veículo mencionado nos autos (fls. 827/848), tendo sido noticiado às fls. 827 o extravio do documento de controle relativo ao mês de 08/2008, e, às fls. 828, que os documentos não possuem informação diária, apenas mensal, mediante controle de quilometragem inicial e final.

Neste sentido, extrai-se dos referidos documentos que às fls. 832/833, 835/841, e 843/845 há apenas anotações de quilometragem, sendo às fls. 842, 847/848 constam anotações de quilometragem e destino, dentre os quais unidades da *Justiça Federal, Estadual e do Trabalho, Delegacia de Polícia, Receita Federal, além de posto de combustível*. Verifica-se, ainda, a anotação de registros de utilização em favor de outros procuradores da Fazenda em serviço para deslocamento indicado a órgãos supracitados (fls. 847/848).

Pois bem.

Com a *devida vênia*, do conjunto probatório amealhado *não* se depreende lastro suficiente para a imputação deduzida.

Com efeito, ainda que os fatos narrados na peça exordial revelem indícios de prática de ato ímprobo, aptos, pois, a ensejar o recebimento da inicial, o que se fez, ressalte-se, *naquela oportunidade processual, in dubio pro societate*, o encerramento da dilação probatória *não* corroborou o teor das alegações tecidas e sustentadas pelo *Parquet*, mesmo em sede de *alegações finais*.

Ora, tratando-se de imputação de ato de improbidade pretensamente gerador de enriquecimento indevido, há que se questionar, no bojo da instrução probatória, se houve ou não a comprovação, e em que medida, de conduta ilícita do réu, que validamente se constitua como causa eficiente de um ganho patrimonial indevido.

A resposta é *negativa*.

*Explico-me*.

Ainda que o requerimento administrativo apresentado pelo réu, para fins de cessão de uso do bem descrito nos autos em seu favor (fls. 87 – Anexo XVI), afigure-se apto a evidenciar as razões típicas da *administração patrimonialista*, da mesma forma do que se depreende de atos pretéritos à adjudicação deste e de outros veículos em favor da PSFN, tal como narrado pelo *MPF* às fls. 986 e 990 (item 15.1), e mencionado em audiência, tais elementos *não* bastam para a comprovação de ato ímprobo, sobretudo no que tange ao imputado acréscimo patrimonial indevido.

Da mesma forma ocorre em relação à quase absoluta carência de informações e controle de utilização e local de guarda noturna do veículo debatido nos autos, eis que desta constatação exsurge nítida inobservância do *dever de cuidado* com a *res publica*, a demandar apuração em sede de procedimento administrativo específico, *sem, contudo, constituir evidência de que o veículo estava em uso particular pelo réu nos períodos em que meramente registrada a quilometragem*.

Ademais, como visto, da prova oral colhida *não* se extrai afirmação concreta – *delimitada no contexto espaço-tempo* - de que o réu utilizava o veículo oficial descrito nos autos para fins particulares, mas tão somente afirmações e comentários fluidos, ainda que indiciários, no sentido de que a presença / ausência do réu estaria relacionada com a disponibilidade ou não do referido veículo na unidade, ou que seria utilizado para deslocamento para almoço, tal como declarado pela testemunha *Affonso*. Neste ponto específico, além de *não* se poder verificar nos autos *exemplo concreto* desta alegação, deve-se considerar que a testemunha *Paulo*, por sua vez, declarou que o réu poderia ter utilizado o veículo para realizar algum serviço em horário de almoço, o que, a seu turno, *não* foi infirmado pelo *MPF* no curso da instrução probatória, mesmo em face do tempo de tramitação processual<sup>31</sup>.

A testemunha *Paulo* declarou, ainda, que o veículo estava à disposição de outros servidores e que as chaves ficavam na recepção, tendo confirmado, inclusive, sobre o curso de pós-graduação frequentado pelo réu, que sabe que o mesmo fazia uso de ônibus para deslocamento, sendo que o próprio depoente teria levado o réu até a rodoviária com outra viatura da PSFN, pois não dirige carro com câmbio automático, e que o fazia no horário de trabalho, localizando-se a rodoviária em distância estimada de dois quarteirões em relação à sede da PSFN.

E a utilização de *diversa* viatura oficial para o fim apontado (deslocamento até a rodoviária), além não estar contemplada na *causa de pedir* exposta, a depender ainda do regime

31 Fatos imputados referentes ao período de 2007/2009, tendo sido ajuizada a presente ação em 03/07/2012.

jurídico em que autorizado, ou não, o réu a fazer tal curso – *elemento não trazido aos autos* -, constitui informação hábil a infirmar as imputações do *MPF* em relação ao ponto.

E tal conclusão afigura-se presente, mesmo em face da alegação que a presença do réu no trabalho correspondia à disponibilidade do veículo, na medida em que se o réu deslocava-se para a rodoviária, conduzido por outra viatura oficial, partindo da sede da PSFN, é possível afirmar que a viatura descrita nos autos permanecia à disposição da instituição e *não* do réu.

E quanto à guarda do veículo, referida testemunha disse, inclusive, que foi disponibilizada garagem (para as viaturas) em 2007 e que antes disso, possivelmente, o réu guardava o veículo em sua residência não sabendo dizer sobre os finais de semana. Nada de concreto, no entanto, afirmou-se, pois, em relação ao lapso temporal da imputação.

Neste contexto, verifica-se que as imputações expostas na exordial *não* se confirmaram – *do modo concreto e suficientemente denso* exigido na legislação de regência - no curso da instrução processual, sendo certo que ao *Parquet* cabia se desincumbir do *ônus da prova*, consoante aplicação do *princípio da presunção de inocência*, como cediço, imanente ao *direito sancionatório*, no que, como exposto na presente sentença, *não* logrou êxito.

Afigura-se, pois, *de rigor*, o reconhecimento da *improcedência* do pedido neste ponto.

### III – DA CONCLUSÃO E DA DOSIMETRIA DA PENA

Destarte, *em razão do ato ímprobo cometido através da adjudicação levada a efeito no âmbito da execução fiscal nº 91/2005 (146.01.2005.000959-2)*, com juízo de certeza, responde o réu como incurso no artigo 10, caput, e artigo 11, caput e inciso I, da LIA – Lei nº 8.429/92.

*Ab initio*, cumpre reconhecer que o âmbito de vigência específico e determinado para o artigo 11 da LIA pressupõe estabelecer que o dispositivo não disciplina condutas subsumíveis aos artigos 9º e 10, afirmando-se na doutrina o caráter residual do artigo 11 e das sanções enumeradas no artigo 12, inciso III do referido diploma normativo, uma vez que tais normas apenas serão aplicadas nas hipóteses em que *não* for constatado o *enriquecimento ilícito* ou a *lesão ao erário*<sup>32</sup>.

Feitas estas considerações, *passo*, em cumprimento ao mandamento constitucional, decorrente do *princípio do devido processo legal*, com fulcro no artigo 12, caput, inciso II e parágrafo único da Lei nº 8.429/92 à dosimetria das sanções aplicáveis.

Dispõe a legislação de regência que:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, *está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:* (Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009).

(...)

II - na hipótese do art. 10, *ressarcimento integral do dano*, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, *perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;*

(...)

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a *extensão do dano causado*, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente. (g. n.).

32 MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Proibição Administrativa*, 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, citado por NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Improbidade Administrativa*. 2ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Método, 2014.

*Pois bem.*

A primeira disposição, qual seja, o *ressarcimento integral do dano* não ostenta a condição de pena, sendo, em sentido diverso, medida com natureza reparatória, tratando-se de providência inerente ao mandamento constitucional estabelecido no §5º do artigo 37 da CRFB/88 decorrente do reconhecimento de ato ímprobo previsto no artigo 10 da LIA.

No *caso concreto*, à luz do quanto exposto na presente sentença, o ato ímprobo decorrente da adjudicação de bens em desvio de finalidade importou *lesão ao erário* (artigo 10, *caput*, da LIA), no importe do valor da adjudicação descrita nos autos, qual seja, R\$ 71.500,00 (setenta e um mil e quinhentos reais), em valor atualizado para 06/2008 (fl. 100 – Inquérito Civil nº 1.34.008.100006/2009-19, Anexo XVIII, Volume I, “C”), o qual deverá ser suportado pessoalmente pelo réu, em valores atualizados para a data de liquidação, para efeito de recomposição integral do patrimônio público, na forma do artigo 18, da Lei nº 8.429/92.

Importa ainda destacar que a finalidade, ainda que pública, alçada pela doação dos bens adjudicados ao *Município de Piracicaba/SP* não altera o presente quadro *fático-decisório*, e muito menos afasta a responsabilidade *civil-administrativa* do réu, eis que tal alcance decorreu *diretamente* do próprio desiderato de sua conduta - praticada com reconhecido *desvio de finalidade* em prejuízo da União -, a exigir, pois, a incidência na espécie do *princípio geral do Direito Nemo auditur propriam turpitudinem allegas*, segundo o qual *ninguém é ouvido alegando a própria torpeza*.

Com relação à aplicação das sanções de natureza *político-administrativa*, há que se considerar que, tal como exposto alhures que:

(...) o réu EDSON FELICIANO, atuando, *de forma consciente e deliberada*, com recurso aos poderes administrativos fiduciários outorgados pela legalidade da Administração ao seu cargo, no contexto da representação judicial dos interesses da Fazenda Nacional, ao lograr direcionar e adjudicar bens, sabidamente específicos, em prol do atendimento de necessidades de ente diverso e alheias ao interesse da UNIÃO, incorreu em flagrante *desvio de finalidade* do ato de adjudicação a caracterizar, a um só tempo, ofensa profunda aos princípios da legalidade, da impessoalidade e da isonomia, e aos deveres funcionais de imparcialidade, legalidade e, sobretudo, lealdade às instituições, desvirtuando, por completo, os deveres basilares de seu cargo de *advogado público*, especialmente, quanto ao zelo que deveria dispensar aos interesses primários da Fazenda Nacional e à cobrança do crédito público devido em seu favor. De forma indene de dúvidas, houve *dolo*, pois, consoante comprovado nos autos, o réu atuou ciente de que estava, por óbvio, no exercício do cargo de procurador da Fazenda Nacional, assim como sabedor de seus deveres funcionais, ante, sobretudo, a hierarquia e posição do cargo no contexto organizatório da Administração Pública, e diante da excepcionalidade de que se reveste o instituto da adjudicação em sede de satisfação do crédito público em cobro, eis que o próprio réu declarou que não havia regulamentação suficiente do instituto à época. Ora, é correto afirmar, neste sentido, que atuou consciente da amplitude do poder inerente as suas atribuições funcionais, o que está a corresponder, de outro lado e por óbvio, correlato grau de responsabilidade e vinculação às finalidades públicas subjacentes. O próprio réu declarou, no bojo da acareação, que ao procurador competia aferir o interesse público, sendo que a GRA não poderia, segundo o próprio réu, tolher sua atuação como procurador da Fazenda Nacional. Ademais, logrou atuar, como visto, no intuito evidente e inequívoco de atender interesses completamente estranhos aos que deveria representar no caso, direcionando conscientemente, em decorrência de um casuísmo próprio, o exercício de potestade outorgada fiduciariamente pela legalidade de forma contrária à finalidade pública subjacente, ao esquema organizatório

do regime jurídico da repartição de funções e competências da Administração, e em prejuízo da regular e legítima satisfação do crédito público titularizado pela Fazenda Nacional.

De forma mais específica, o princípio e o dever de legalidade foram ofendidos na medida em que, desvirtuando-se do escopo que deveria nortear sua atuação, o réu EDSON FELICIANO, não apenas exorbitou de suas competências, como usurpou competências de *ordenador de despesas*, e outras ainda mais amplas e afetas, no regime jurídico administrativo, à destinação e ao uso do crédito e do patrimônio público.

E não se pode olvidar que, *in casu*, estava em cobro crédito relativo ao IRPJ, importante fonte de receita derivada e não vinculada.

Na mesma medida, o princípio da impessoalidade e o dever de imparcialidade foram violados no ponto em que a atuação do réu visou favorecer determinada pessoa, *in casu*, o Município de Piracicaba, quando, na realidade, o interesse a ser resguardado era o da legítima cobrança do crédito público devido à União. E lesou-se o princípio da isonomia neste mesmo ponto, considerando-se que um ato desviado de sua finalidade pública pelo réu, por sponte sua, satisfizesse necessidade de aquisição de bens pela Administração Pública Municipal, favorecendo-se, inclusive, a pessoa jurídica da empresa executada - fornecedora dos bens adjudicados - em prejuízo evidente do princípio da isonomia que anima o regime jurídico-constitucional das *contratações públicas*.

E o dever de lealdade, por sua vez, *afeto ao respeito aos princípios que norteiam a honra, a probidade e a fidelidade aos deveres e compromissos assumidos pelo réu no exercício da função pública*, acabou por ser ofendido no ponto em que uma potestade – *in casu* o ato de adjudicação -, materializada com elevado grau de discricionariedade, e fiduciariamente deferida ao cargo de procurador da Fazenda Nacional, foi – infiel e integralmente – utilizada em detrimento dos interesses da esfera em favor da qual a legalidade outorgou o poder, e em favor de pessoa jurídica, ainda que de direito público, não integrante da relação jurídica administrativa e processual envolvidas na espécie, o que, tratando-se de ato praticado no exercício do cargo de *advogado público*, importa consubstanciação de conduta comissiva de reprovabilidade gravíssima e intensa, hábil, pois, a ensejar em seus próprios e inerentes termos o seu reconhecimento como ato de improbidade administrativa, consoante disciplina constitucional e infraconstitucional aplicável. (...)

Ora, da reconhecida *ofensa profunda aos princípios da legalidade, da impessoalidade e da isonomia, e aos deveres funcionais de imparcialidade, legalidade e, sobretudo, lealdade às instituições, desvirtuando, por completo, os deveres basilares do cargo de advogado público ocupado, especialmente, quanto ao zelo que deveria dispensar aos interesses primários da Fazenda Nacional e à cobrança do crédito público devido em seu favor decorre, de modo peremptório, a inabilitação para exercício de funções públicas, a abarcar (i) a relação jurídica existente entre o réu e a pessoa jurídica ofendida, in casu, a União, a par da (ii) suspensão de direitos políticos e da (iii) proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, as últimas pelo prazo mínimo de 05 (cinco) anos, eis que em todas estas hipóteses constata-se a indispensabilidade dos deveres e preceitos então violados, observando-se os termos do artigo 20, da Lei nº 8.429/92.*

E o prazo *mínimo* fixado em relação aos itens (ii) e (iii) *supra* decorre da *gravidade, per si*, das sanções cumulativamente aplicadas, considerando-se ainda o valor total de prejuízo experimentado pelo erário (R\$ 71.500,00 – atualizado para 06/2008), e reconhecendo-se, outrossim, que se encontram os bens adjudicados, em que pese o *desvio de finalidade* ímprobo apurado, afetados às atividades da *Secretaria de Saúde do Município de Piracicaba /SP*. Trata-se de justa medida a fim de que não se incorra em ofensa ao *postulado da proporcionalidade*,

enquanto inafastável de *direito sancionatório*.

Com relação à *função pública* abrangida, há que se extinguir, consoante doutrina majoritária e jurisprudência do C. STJ, a *relação jurídica existente no momento do transito em julgado da presente sentença*, ainda que diversa daquela exercida à época em que foi praticado o ato ímprobo<sup>33</sup>, sendo certo que tal medida, ainda consoante termos da jurisprudência do referido Tribunal Superior, *abarca a cassação de aposentadoria eventualmente concedida*<sup>34</sup>.

Neste diapasão, a sanção relativa à *(i) multa civil e não encontra pertinência na espécie* no contexto da improbidade reconhecida.

Com efeito, sua imposição desbordaria dos parâmetros de dosimetria elencados na legislação de regência, na exata medida em que, diante da *gravidade do fato* e da *extensão do dano*, as razões do reconhecimento da inabilitação para exercício da função pública e a lesão causada ao erário encontraram suficiente reprimenda nas sanções anteriormente impostas, que de forma indene de dúvidas, já estão a acarretar as devidas repercussões patrimoniais. Ademais, *neste específico ponto de análise*, cumpre assinalar, que os bens adjudicados, em que pese o prejuízo percebido pela *União*, encontram-se afetados às atividades da *Secretaria de Saúde do Município de Piracicaba /SP*.

#### IV – DISPOSITIVO

Ante o exposto, **JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO**, com resolução do mérito nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, para o efeito de:

**I – CONDENAR** o réu **EDSON FELICIANO DA SILVA**, qualificado nos autos em epígrafe, como incurso no artigo 10, caput, e artigo 11, caput e inciso I, da LIA – Lei nº 8.429/92, ao *(a) ressarcimento integral do dano ao erário*, e às sanções de *(b) perda da função pública*, *(c) suspensão dos direitos políticos* e *(d) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário*, pelo prazo mínimo de cinco anos em relação aos itens *(b) e (c)*, observando-se, em tudo, a fundamentação da presente sentença, e;

**II – REJEITAR** os demais pedidos expostos para o efeito de **ABSOLVER** os réus **EDSON FELICIANO DA SILVA**, **EDSON CARLOS ODA DOS SANTOS**, **MARGARETE PEREIRA**, **MARIA APARECIDA GOMES**, **VANEIDE MARIA DE LIMA**, e **MARILUCIA ANDRADE GOMES** das demais acusações, nos termos da fundamentação da presente sentença.

Correção monetária e os juros moratórios incidirão nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal em vigor, sendo últimos devidos a contar da prática do ilícito, consoante teor do artigo 398 do Código Civil e Súmula 54 da jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Custas *ex lege*.

Honorários advocatícios *indevidos* (art. 18 da Lei nº 7.347/85; e STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.386.342/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 27/03/2014).

Nada a prover em relação ao artigo 7º da LIA ante a ausência de requerimento ministerial ou da *UNIÃO* (TRF 1R, 3ª Turma, AC 2003.32.00.001627-0/AM, Rel. Des. Federal Cândido Ribeiro, j. 23.03.2010; TRF 1R, 2ª Seção, MS 2007.01.00.007068-5/AM, Rel. Juiz Federal Convocado Ney Bello, j. 25.07.2007).

33 Neste sentido: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Improbidade Administrativa*. 2ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Método, 2014; e STJ, 2ª Turma, REsp 924.439/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 06.08.2009.

34 STJ, 5ª Turma, RMS 22.570/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 18.03.2008.

*V – DAS DISPOSIÇÕES FINAIS*

Promova a Secretaria a devida consulta do andamento processual dos recursos de *agravo de instrumento* interpostos, e, caso pendente a tramitação, certifique-se, e comunique-se a presente sentença à (o) EXMO. (a) Sr. (a) Desembargador (a) Relator (a), como nossas homenagens e cautelas de *praxe*.

Interposto (s) eventual (ais) recurso (s), proceda a Secretaria conforme os §§ 1º, 2º e 3º, do art. 1.010, do Novo Código de Processo Civil.

Após o *trânsito em julgado*, oficie-se ao Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo - TRE/SP, para que se proceda à suspensão aqui determinada (Artigo 15, inciso V, CRFB/88).

*Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Cumpra-se.*

Piracicaba - SP, 15 de maio de 2017.

Juiz Federal Substituto FERNANDO CEZAR CARRUSCA VIEIRA

## **AÇÃO DE RITO ORDINÁRIO**

**0007401-39.2015.4.03.6100**

Autor: DIEGO WIEZEL PEREZ

Ré: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 21ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Juiz Federal: HERALDO GARCIA VITTA

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/01/2017

### *Relatório*

Trata-se de ação de rito ordinário, ajuizada em face da Caixa Econômica Federal, objetivando a condenação em “prover o ambiente de trabalho com todos os recursos necessários à garantia de sua autonomia”, bem como ao pagamento de danos materiais (a ser apurado em liquidação) e morais (no valor de mil salários mínimos), sofridos pela injusta reprovação em concurso público.

Alega o autor ser portador de tetraplegia CID-10:G82.4-W16. Em 23/10/2014, foi notificada pela requerida de sua *aprovação* no Concurso Público, para o cargo de Técnico Bancário Novo.

Contudo, foi *reprovado* no exame médico admissional sob a alegação: “*Tendo em vista as informações fornecidas pelo candidato, considero contra indicado para o cargo de TB*”.

Não conformado, o autor interpôs “recurso administrativo”, o qual fora indeferido, nos seguintes termos: “*Razões Administrativas e/ou técnicas julgadas pertinentes pela GIPES, médico coordenador ou junta média do recurso*”.

Em seguida, o autor requereu cópia da Ficha de Inspeção de Saúde, negado pela requerida.

Contudo, prestou *concurso para vaga similar* – Cargo de Escriturário no Banco do Brasil, onde foi admitido, encontrando-se no exercício de suas funções.

Entende ter havido reprovação injusta pela CEF, o que lhe causou danos materiais e morais.

A *preliminar de inépcia da inicial* foi afastada no despacho saneador de fls. 147/148, ocasião em que foi *afastada a necessidade de produção de prova testemunhal*.

Pela Caixa Econômica Federal foram juntados os laudos médicos do autor.

O Ministério Público Federal opinou pela *procedência parcial da ação*, apenas quanto ao provimento do cargo e do ambiente de trabalho, com todos os recursos necessários à garantia da autonomia do requerente. Entendeu *improcedente a ação*, a respeito da indenização material e moral.

*É o relatório.*

*Passo a decidir.*

Antecipo o julgamento da lide, porque não há necessidade de produzir provas em audiência (art. 355, I, do Código de Processo Civil – Lei 13.105/15).

A preliminar trazida aos autos em contestação já foi analisada e afastada no despacho saneador de fls. 147/148, sem que tenha sido apresentado recurso dessa decisão.

*Preliminarmente*, verifico a *falta de interesse processual* do autor, quanto à manutenção, pela requerida, de ambiente adequado à pessoa com deficiência, uma vez que o pedido formulado na ação não é de admissão do autor na Caixa Econômica Federal, em razão do concurso

prestado, mas de *indenização* por danos que alega ter sofrido. Por decorrência, há falta também de *legitimidade ativa*, eis que eventual *proteção de direito difusos* compete a determinadas entidades, demarcadas na *Constituição* e nas leis – titulares da *ação civil pública*.

Passo, portanto, à apreciação do pedido de indenização por danos materiais e morais.

Em razão do Edital nº 1 – Caixa, de 22/01/2014, o autor concorreu às vagas para cargo de Técnico Bancário Novo, na qualidade de *candidato portador de deficiência*.

O autor recebeu telegrama e e-mail, por meio do qual a requerida informou a sua *aprovação e necessidade de apresentação de documentos* (fls. 62/64 e 65/68). Porém, novo telegrama foi-lhe enviado (fls. 70), comunicando-lhe que o laudo médico, emitido com base nos exames médicos admissionais realizados pelo autor, concluiu pela *impossibilidade de seu aproveitamento no cargo de Técnico Bancário Novo*, o que prejudica sua admissão no quadro de pessoal da Caixa.

Não conformado, o autor pediu reconsideração da decisão. Segundo o telegrama de fls. 78, o recurso referente ao resultado da etapa Exames Médicos Admissionais foi indeferido por “*Razões Administrativas e/ou técnicas julgadas pertinentes pela GIPES, médico coordenador ou junta médica do recurso.*”. Mantido, pois, o resultado pela impossibilidade de aproveitamento no cargo escolhido.

Contudo, por meio de documentos juntados posteriormente, no bojo desta ação, foi possível perceber os motivos pelos quais a requerida entendeu ser o autor inapto para o exercício de seu trabalho.

O documento Ficha de Inspeção de Saúde – FIS (fls. 82/84), o de fls. 171/173 (Junta Médica 23/12/2014 Exame Pré-Admissional) e o de fls. 175/176, apontam que o autor depende de terceiros para cuidados pessoais, locomoção, deslocamentos e atividades da vida diária, com perda significativa de funcionalidade dos membros superiores e inferiores; dificuldades para atividades como segurar caneta, escrever, segurar objetos ou papel, necessitando sempre de alguém para auxílio nas tarefas, quer relacionadas ao trabalho ou de ordem pessoal. *Quanto a outros aspectos, sejam de ordem emocional, comportamental ou cognitiva, não foram constatados óbices.*

De acordo com o edital, à fls. 36, as principais atividades para o cargo ao qual o autor concorreu e foi *aprovado nas provas*, são *prestar atendimento e fornecer as informações solicitadas pelos clientes e público, efetuar todas as atividades administrativas necessárias ao bom andamento do trabalho na Unidade; operar microcomputador, terminais e outros equipamentos existentes na Unidade; instruir, relatar e acompanhar processos administrativos e operacionais de sua Unidade; efetuar cálculos diversos referentes às operações, programas e serviços da Caixa; elaborar e redigir correspondências internas e(ou) destinadas aos clientes e ao público*(...).

São, portanto, “tarefas administrativas” inerentes à função para a qual o autor concorreu; exigem *capacidades que o autor detém, isto é, a emocional, a comportamental e a cognitiva* - estas são mais do que *suficientes para o desempenho da função*.

No ponto, cumpre salientar, o autor fora *aprovado* posteriormente para funções correlatas, no Banco do Brasil, no cargo de Escriturário, e lá está a exercer suas funções.

Isso reforça a *inexistência de incompatibilidade* entre a situação física do autor e as atribuições do “cargo” para o qual fora aprovado, na CEF.

O edital, que vincula as partes diante das condições nele impostas, prevê que no ato da inscrição a pessoa que se declara portadora de deficiência deve encaminhar, no ato da inscri-

ção, cópia do seu laudo médico, emitido nos últimos doze meses, atestando a espécie e o grau ou nível da deficiência, com expressa referência ao código correspondente da Classificação Internacional de Doenças.

O laudo/relatório médico de fls. 34, de 14/08/2016, aponta: o “*paciente sofreu trauma raquimedular em acidente de mergulho ocorrido em dezembro de 2001. Apresenta quadro de tetraplegia espástica completa, nível funcional C5. Também de acordo com as anotações em prontuário, locomove-se em cadeira de rodas e necessita de auxílio nas atividades de vida diária. O esvaziamento vesical é realizado através de cateterismo intermitente*”.

De acordo com o Guia do Fisioterapeuta, são características do nível funcional C5 (<http://fisioterapiahumberto.blogspot.com.br/2011/02/lesao-medular-traumatica-objetivos.html>):

### *NÍVEL C5*

Indivíduos com tetraplegia C5 possuem uso funcional da flexão de cotovelo. Com a ajuda de dispositivos de assistência especializada, tais como órteses de punho ou a mão que lhes permitam segurar objetos, estas pessoas podem alcançar a independência na alimentação e higiene. A fisioterapia é importante para prevenir contraturas de flexão de cotovelo e supinação do antebraço causada pela atividade do bíceps sem oposição. Pacientes com lesão em C5 podem ajudar na mobilidade e vestuário.

Embora possam utilizar cadeira de rodas manual com adaptações para serem tocadas, provavelmente uma cadeira de rodas motorizada com controles manuais será necessária para a maioria das suas necessidades de mobilidade. Os pacientes necessitam de assistência para a maioria dos auto-cuidados, para a mobilidade, transferência e para o manejo das funções vesicais e intestinais. A tecnologia assistiva desempenha um papel importante na maximização do controle do ambiente, ajudando o paciente a ajustar a altura da cama, atender telefones, usar computadores, acender e apagar luzes e televisores. Dirigir um veículo especialmente adaptado é possível.

*Habilidades:* Normalmente tem o controle dos movimentos de cabeça, pescoço e ombros. Podem fletir os cotovelos e realizar supinação de antebraço.

#### *OBJETIVOS FUNCIONAIS:*

*Tarefas Diárias:* Independência para comer, beber, lavar o rosto, escovar os dentes, barbear rosto e cabelos após assistência na montagem de equipamentos especializados.

*Cuidados de Saúde:* É possível realizar alguns dos auto-cuidados de saúde, como tosse auto-assistida e alívio de pressão ao inclinar-se para frente ou para os lados.

*Mobilidade:* Pode empurrar uma cadeira de rodas manual em curtas distâncias sobre superfícies lisas. A cadeira de rodas motorizada com controles de mão é normalmente utilizado para as atividades diárias. Dirigir pode ser possível após serem avaliados por um profissional qualificado para determinar as necessidades de equipamentos especiais.

A lei nº 7.853/1989 dispõe, no artigo 1º:

Art. 1º Ficam estabelecidas normas gerais que asseguram o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiências, e sua efetiva integração social, nos termos desta Lei.

§ 1º Na aplicação e interpretação desta Lei, serão considerados os *valores básicos da igualdade de tratamento e oportunidade, da justiça social, do respeito à dignidade da pessoa humana, do bem-estar, e outros, indicados na Constituição ou justificados pelos princípios gerais de direito.*

§ 2º As normas desta Lei visam garantir às pessoas portadoras de deficiência as ações governamentais necessárias ao seu cumprimento e das demais disposições constitucionais e legais

que lhes concernem, afastadas as discriminações e os preconceitos de qualquer espécie, e entendida a matéria como obrigação nacional a cargo do Poder Público e da sociedade.

A requerida, em cumprimento à determinação contida no artigo 37, §1º, do Decreto nº 3.298/99, (regulamento da referida lei) promoveu, no edital do concurso, a *reserva de vagas para pessoas portadoras de deficiência*.

Comprovada a deficiência, nos termos da lei, *não há como se eximir da contratação*, sob a alegação de que o aprovado seria deficiente físico e necessitaria das adequações necessárias, a fim de que pudesse exercer a função para a qual foi aprovado.

Se fosse o caso, eventual “desclassificação” deveria ocorrer apenas *durante o período de estágio probatório, mediante justificativa plausível*. Nesse momento, ou seja, *na prática*, no desenvolvimento da função propriamente, poder-se-ia verificar eventual falta de condições físicas do autor.

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO EM VAGA RESERVADA A DEFICIENTE FÍSICO. EXAME MÉDICO ADMISSIONAL. FASE DO CERTAME. AVALIAÇÃO DA COMPATIBILIDADE ENTRE AS ATRIBUIÇÕES DO CARGO E A DEFICIÊNCIA APRESENTADA. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 7.853/89 E DECRETO Nº 3.298/99. *EXAME QUE DEVE SER REALIZADO DURANTE O ESTÁGIO PROBATÓRIO. PRECEDENTES DO STJ*. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MINORAÇÃO.

1. Remessa Oficial e recursos de apelação interpostos pela FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA - FUB - e pela UNIÃO FEDERAL em face de sentença responsável por julgar procedente o pleito autoral, declarando a nulidade do ato que eliminou o autor do concurso para Policial Rodoviário Federal (Edital nº 1 de 11.06.2013) na etapa de avaliação médica, assegurando-lhe o direito de prosseguir no certame, *devendo sua deficiência física ser avaliada, em relação à compatibilidade com as atribuições do cargo, no curso do estágio probatório, nos termos do parágrafo segundo do art. 43 do Decreto nº 3.298/99*. (...).

3. O Decreto nº 3.298/99, que vem regulamentar a Lei nº 7.853/89 e instituir a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, assegura ao candidato aprovado em vaga destinada aos portadores de deficiência física que o *exame da compatibilidade no desempenho das atribuições do cargo seja realizada por equipe multiprofissional, durante o estágio probatório e não em uma etapa de concurso público. Precedentes do STJ*. (...) (TRF5 – Quinta Turma, APELREEX 08040243720134058300, Desembargador Federal Marcelo Navarro, 26/06/2014)

De todo modo, conforme ressaltado, o *autor foi aprovado em concurso similar*, no Banco do Brasil, onde exerce, regularmente, suas funções.

A Constituição Federal estatui, como um dos *fundamentos* da República brasileira, a *dignidade da pessoa humana* (art.1º, “caput”, III). A par disso, no artigo 3º, estabelece os *objetivos fundamentais* da República, dentre eles: (I) *construir uma sociedade livre, justa e solidária*; (III) *erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais*; (IV) *promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação*.

Já, o artigo 6º, XXXI, do Texto Constitucional, refere ao seguinte *direito social*: *proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência*.

Sem falar na *assistência social*, consistente na *habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária* (art.203, IV), e na *educação*, na qual é dever do Estado dar *atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino* (art.208,III).

A esse arcabouço jurídico-constitucional, sobrevieram as legislações, dentre elas, a Lei 7.853/99, regulamentada pelo citado Decreto 3.298/99; e o Decreto 6.949/09, o qual promulgou a Convenção Internacional sobre as Pessoas Portadoras de Deficiência, assinados em Nova Iorque, em 2007; dispõe o artigo 27, 1, “a”:

1. Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência ao trabalho, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. Esse direito abrange o direito à oportunidade de se manter com um trabalho de sua livre escolha ou aceitação no mercado laboral, em ambiente de trabalho que seja aberto, inclusivo e acessível a pessoas com deficiência. Os Estados Partes salvaguardarão e promoverão a realização do direito ao trabalho, inclusive daqueles que tiverem adquirido uma deficiência no emprego, adotando medidas apropriadas, incluídas na legislação, com o fim de, entre outros:

a) Proibir a discriminação baseada na deficiência com respeito a todas as questões relacionadas com as formas de emprego, inclusive condições de recrutamento, contratação e admissão, permanência no emprego, ascensão profissional e condições seguras e salubres de trabalho;

Portanto, a ação procede, nesse aspecto.

A respeito dos *danos materiais*, solicitados pelo autor, deve-se consignar, ele não chegou a exercer as funções; não houve trabalho laboral. Dessa forma, pretende-se aplicar-se o *princípio geral de Direito* denominado “*proibição do enriquecimento sem causa*”; o Ministério Público Federal, no parecer, foi nesse sentido.

Mas a situação concreta não é tão singela assim, pois demanda *aspectos valorativos* importantíssimos, e todos *comportados pelo Direito*, conforme se verá.

O autor germânico, Karl Larenz, explica:

Tanto a procura da decisão para um caso concreto como a interpretação e integração da lei por parte da ciência do Direito são, efetivamente, atividades criadoras.<sup>1</sup>

É que, no dizer, de *Ihering – Geist des romischen Rechts, 4º vol., 1864 -*, citado por Karl Lauez:

A vida não é o conceito; os conceitos é que existem por causa da vida (...) a dialética jurídica, mesmo quando teve de *ponderar* as consequências dos conceitos e princípios em jogo, determinou-se, essencialmente, pela *adequação prática do resultado*.<sup>2</sup>

No caso, diante das circunstâncias fáticas (o autor, deficiente físico, após penoso e concorrido concurso, embora *aprovado nas provas*, não pôde assumir as funções), a *dignidade da pessoa humana* ressoa de forma a amoldar a aplicação daquele princípio [proibição do enriquecimento sem causa] aos ditames do sistema normativo; há, por assim dizer, *contenção* daquele princípio geral de Direito em face da *dignidade da pessoa humana*.

<sup>1</sup> *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 81, 5ªed., Fundação Calouste Gulbenkian, trad. José Lamego, 2009.

<sup>2</sup> Ob.ci., p. 58. Grifos não-originais.

Noutro dizer, num *juízo de ponderação*, verifica-se, claramente, a necessidade de o autor ser *indenizado*, por não ter exercido as funções para a qual prestou o *concurso e fora aprovado* – segundo “padrão mínimo” de *razoabilidade*, a *dignidade da pessoa humana*, na situação concreta, ajusta e contende o princípio da *proibição do enriquecimento sem causa*.

Além do mais, no confronto, *prepondera* outro princípio, o da *boa-fé*, que decorre do *princípio da segurança jurídica*, o qual, tanto quanto a *proibição do enriquecimento sem causa*, é *princípio geral de Direito*.<sup>3</sup> No caso, o autor esteve o tempo todo de boa-fé, e acabou *surpreendido* pela conduta da requerida, que interrompeu o acesso dele ao exercício das funções; houve *interrupção abrupta da expectativa certa* do autor (ingressar nos quadros da CEF).

Finalmente, aplica-se o regime de *Direito Constitucional* e, sobretudo, de *Direito Administrativo*, eis que o *concurso público*, exigência contida na *Constituição*, (art.37, II), é um *procedimento administrativo*. O regime, assim, é de *Direito Administrativo*.

Nessa seara jurídica, referindo-se à *responsabilidade civil do Estado*, expõem os autores franceses Laubadère, Venezia e Gaudemet:

O prejuízo deve ser *certo*. (...). Exclui-se, pois, o prejuízo simplesmente possível e eventual. Mas a jurisprudência tem assimilado como prejuízo certo o *prejuízo futuro*, não apenas quando ele for inevitável, mas também nos casos em que houver chances sérias de sua realização.<sup>4</sup>

Dentre os exemplos citados pelos autores, destaco aquele que refere à “perda de uma chance séria de êxito num concurso, por fato de uma decisão ou de uma ação da Administração”.<sup>5</sup>

Nesse campo, conforme se sabe, de regra, a *responsabilidade civil é objetiva*, mediante a aplicação do artigo 37, §6º, da Constituição Federal. Conquanto a requerida seja *pessoa jurídica de Direito Privado e não preste os serviços públicos*, sobressai essa *espécie de responsabilidade*, por conta de estar submetida, ao realizar *concurso público*, ao regime de *Direito Administrativo*.

Se a requerida praticou *atos de Direito Público*, se realizou *procedimento* na feição pública, somente a *responsabilidade objetiva* é equipolente às *prerrogativas* dela. O regime de *Direito Público* propicia certas *prerrogativas* à entidade que pratica a atividade pública; por outro lado, há o ônus identificado na *responsabilidade civil objetiva da entidade titular da atividade*.

Escrevemos:

A nosso ver, o Brasil adota a *teoria do risco administrativo*. Como o nome indica, fundamenta-se no risco que a atividade pública gera para a sociedade, podendo acarretar danos a alguns, em detrimento de outros. Pelo princípio da igualdade, todos devem suportar o ônus, por intermédio do Estado, que é mantido pelo pagamento de tributos.

Acolhe-se, assim, a responsabilidade objetiva do Estado: *não se perquire a culpa ou o dolo* do agente causador do dano; basta a existência do *nexo causal entre este e o ato*.<sup>6</sup>

3 Heraldo Garcia Vitta, *Aspectos da Teoria Geral no Direito Administrativo*, p. 94, Malheiros, 2001: “A segurança jurídica liga-se à ideia de boa-fé...”.

4 *Traité de Droit Administratif*, Tome I, p. 949, L.G.D.J., Paris, 1996.. Grifos originais: “Le préjudice doit être certain (...).Est exclu par là le préjudice simplement possible et éventuel. Mais la jurisprudence assimile assez libéralement au préjudice certain le *préjudice futur*, non seulement lorsqu’il est inévitable mais aussi lorsqu’il presente des ‘chances sérieuses de réalisation.’”

5 Ob.cit., p. 950: “(...) perte d’une chance sérieuse de réussite à un concours du fait d’une décision ou d’un agissement de l’administration (C.E. 8 févr 1984, Min.Ed.nat.c. *Dlle Guéninchault*, D.1986, I.R., 31, obs.Moder et Bom)”.

6 Heraldo Garcia Vitta, *Responsabilidade Civil e Administrativa por Dano Ambiental*, p. 88, Malheiros, 2008, Grifos não-originais.

Dessa forma, na *responsabilidade objetiva*, há *inversão do ônus probatório*<sup>7</sup> - compete à *requerida* demonstrar ter atuado segundo os parâmetros do Direito, o que, na verdade, não ocorreu, em que pese a *ausência de dolo por parte dos empregados dela*. Estamos, portanto, no tema da *responsabilidade civil objetiva por ato ilícito* praticado pelo Estado.

A *ilicitude do ato* deve ser vista igualmente de forma objetiva, independe da intenção do agente, quanto ao tomar a medida tendo conhecimento de que ela é ilegal, ou não. Isso teria importância somente no tema de penalidades ao agente faltoso – que não é o caso.

De todo modo, houve, por parte do autor, *perda séria de uma chance*, porque o ingresso na função foi *obstaculizado*, de maneira abrupta, inesperada, por ato da *requerida*, a qual, *ainda que alegue boa-fé*, na medida em que teria interpretado o *laudo equivocadamente*, *impediu o acesso* do autor à função para a qual estudou com afinco e dedicação, tendo sido aprovado.

Percebe-se, o autor tem direito à indenização por *perda de uma chance*, além dos *danos morais*. Quanto a estes, sem razão o Ministério Público, ao asseverar a impossibilidade da indenização, ante os *meros agravos do cotidiano*. Não se pode dizer ter havido agravos de rotina a situação do autor, conforme já ressaltamos, e torna-se desnecessário repetir.

Nem se alegue, em face do pedido do autor, de julgamento *extra petita*; é que, pode-se admitir, os *danos materiais*, solicitados na inicial, referem à “expectativa de receber salários e acesso aos quadros da entidade”, a qual fora “perdida em decorrência de ato da *requerida*”.

Pode, o magistrado, ao *qualificar os fatos*, conferir-lhes a respectiva *feição jurídica*, definindo-a, perante o Direito:

Não ocorre julgamento extra ou ultra petita quando o juiz, decidindo a causa, dá aos fatos, narrados pelo autor na inicial, definição jurídica, simplesmente, qualificando-os para, em decorrência, arbitrar o valor da indenização (STJ, 3ª T. Resp. 10002-SP, Rel.Min. Nilson Naves, j.9.12.1991, v.u., DJU 17.2.1992, p.1373).<sup>8</sup>

Fixo, portanto, o valor de *R\$ 10.000,00 (dez mil reais)*, referente a indenização por *perda de chance do autor*, considerando a *probabilidade de êxito*. Reputo *razoável* esse valor, por conta das *condições do autor e da probabilidade exitosa* quanto ao exercício das funções a contento.

Quanto ao *dano moral*, verifico também sua configuração, considerada toda a sorte de desgaste imposto ao autor em razão da exclusão do certame.

O dever de indenizar prescinde da demonstração objetiva do abalo moral sofrido, porquanto decorrente da experiência comum, exigindo-se como prova apenas o fato ensejador do dano.

Passo à fixação do valor da indenização relativa ao dano moral, o que faço considerando seus fins reparatórios, punitivos e pedagógicos, bem como as circunstâncias do dano e as condições socioeconômicas, psicológicas e a culpabilidade das partes, atentando à proporcionalidade, não levando à indenização branda, a ponto de frustrar o desestímulo que dela se esperaria, ou ao enriquecimento sem causa do autor.

Destaco a seguinte ementa do Superior Tribunal de Justiça:

<sup>7</sup> *Idem, ibidem*, p. 86

<sup>8</sup> Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, *Comentários ao Código de Processo Civil*, L. 13.105-2015, p.1165, RT, 2015.

**DANO MORAL. REPARAÇÃO. CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO DO VALOR. CONDENAÇÃO ANTERIOR, EM QUANTIA MENOR.**

Na fixação do valor da condenação por dano moral, deve o julgador atender a certos critérios, tais como nível cultural do causador do dano; condição sócio-econômica do ofensor e do ofendido; intensidade do dolo ou grau da culpa (se for o caso) do autor da ofensa; efeitos do dano no psiquismo do ofendido e as repercussões do fato na comunidade em que vive a vítima. Ademais, a reparação deve ter fim também pedagógico, de modo a desestimular a prática de outros ilícitos similares, sem que sirva, entretanto, a condenação de contributo a enriquecimentos injustificáveis. Verificada condenação anterior, de outro órgão de imprensa, em quantia bem inferior, por fatos análogos, é lícito ao STJ conhecer do recurso pela alínea c do permissivo constitucional e reduzir o valor arbitrado a título de reparação. Recurso conhecido e, por maioria, provido.

(Processo RESP 20010137595 - RESP - RECURSO ESPECIAL – 355392- Relator(a) -NANCY ANDRIGHI - Sigla do órgão - STJ - Órgão julgador - TERCEIRA TURMA - Fonte - DJ DATA:17/06/2002 PG:00258)

Posto isso, fixo a indenização pelo dano moral no valor de R\$ 15.000,00 (*quinze mil reais*), que entendo razoável, como forma de compensação a propiciar a reparação do dano moral sofrido pelo autor e como reprimenda à CEF para que evite ao máximo a repetição do fato lesivo.

A correção monetária, quanto à indenização por danos morais, conta-se desde a publicação desta sentença, inteligência da Súmula 362 do Superior Tribunal de Justiça (*A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento*).

Diante do exposto,

1. JULGO EXTINTO O FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, com relação ao pedido de manutenção, pela requerida, de ambiente adequado à pessoa com deficiência, nos termos do artigo 485, VI, do Código de Processo Civil;

2. JULGO PROCEDENTE o pedido, resolvendo o mérito, consoante artigo 487, I, do CPC (Lei 13.105/2015), para o fim de condenar a requerida no pagamento de *indenização de R\$ 10.000,00 (dez Mil reais), por perda de chance do autor*. Quanto aos *danos morais*, condeno-a ao pagamento de R\$ 15.000,00 (*quinze mil Reais*). Ambos os valores serão acrescidos de juros e correção monetária, cumulativamente pela SELIC, art. 406 do Código Civil (*Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional*), nos seguintes termos: quanto à *perda da chance*, a partir do momento em que foi negado ao autor o acesso às funções (05.01.2015, fls.78); no caso dos *danos morais*, a partir da sentença.

Observada a súmula nº 326 do Superior Tribunal de Justiça (*Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca*), a sucumbência é plena, razão pela qual condeno a ré ao pagamento de custas e honorários à razão de 10% sobre o valor atualizado da condenação.

Ressalto que não obstante a prolação da sentença já sob a vigência do Novo Código de Processo Civil, as normas relativas aos honorários são de natureza mista, visto que fixam obrigação em favor do advogado, portanto direito material, além de se reportarem à propositura da ação, momento em que se firma o objeto da lide, que demarca os limites da causalidade e sucumbência, cuja estimativa é feita pelo autor antes do ajuizamento.

Nesse sentido é a doutrina de Marcelo Barbi Gonçalves, em *“Honorários Advocatícios*

e *Direito Intertemporal*”, <http://jota.uol.com.br/honorarios-advocaticios-e-direito-intertemporal>:

Ora, se a causalidade é dotada de referibilidade ao ajuizamento da petição inicial, é natural que se aplique a regra *tempus regit actum*, de sorte que os honorários sejam disciplinados não pela lei em vigor ao tempo de prolação da sentença/acórdão, senão por aquela vigente àquele primeiro momento. Dessa forma, pode-se dizer que o capítulo condenatório, à semelhança do lançamento tributário (art. 144, CTN), reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação, qual seja, a propositura da ação, e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente revogada.

Veja-se, ainda, que a celeuma doutrinária quanto à natureza jurídica do ato de lançamento – se declaratório da obrigação, ou se constitutivo do crédito tributário –, é despicienda para a questão ora em debate. Com efeito, a despeito da natureza que se lhe queira atribuir, a obrigatoriedade de que os atos substanciais sejam regidos pela lei em vigor ao tempo de seu aperfeiçoamento é uma decorrência da tutela ao ato jurídico perfeito (art. 5º, inc. XXXVI, CRFB), de maneira que não se pode retroagir o NCPC para colher sob seu manto de eficácia ato já consumado.

(...)

E, de veras, outra solução não é possível em um código que busca, incessantemente, evitar as decisões-surpresa. Como é cediço, a decisão de *terza via*, incompatível com o modelo processual participativo preconizado pelo novo código,[12] é aquela que, em desrespeito aos deveres de cooperação processual, surpreende as partes quanto a aspectos fáticos ou jurídicos da demanda. Ora, se assim o é, o que dizer de uma decisão que frustra a legítima expectativa de despesa decorrente da improcedência do pedido? Essa calculabilidade também não está coberta pelo modelo cooperativo de processo?

De fato, o custo *ex ante* de se utilizar um método de resolução de conflitos é um primado ínsito a um bom sistema jurisdicional, de forma que apenas em sociedades de subterrâneo capital institucional os cidadãos socorrem-se do aparelho estatal para compor litígios sem poder antever as consequências possíveis de seu comportamento.

Em palavras outras, o prêmio de risco de um litígio judicial deve, em um sistema constitucional que abraça o princípio da segurança jurídica, assim como em um modelo processual que resguarda as partes de decisões-surpresa, ser um dado prévio à propositura da ação, de modo que o jurisdicionado não seja surpreendido com uma despesa-surpresa que não podia antever quando calculou o custo envolvido.

Assim, em atenção à segurança jurídica, aplica-se o princípio *tempus regit actum*, reportando a origem dos honorários e a avaliação da causalidade e dos riscos de sucumbência à inicial, pelo que as novas normas sobre essa matéria só devem incidir para processos ajuizados após sua entrada em vigor.

*Indefiro* o pedido de enviar cópias ao Ministério Público, para o fim de apurar eventual infração criminal, pois entendo, de forma cristalina, não haver os requisitos do tipo legal – não há o *mínimo de reprovabilidade no âmbito criminal*.

P.R.I.

São Paulo, \_\_\_\_ de dezembro de 2016.

Juiz Federal HERALDO GARCIA VITTA

## **AÇÃO PENAL**

**0009649-15.2015.4.03.6120**

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
Ré: DULCELAINÉ LUCIA LOPES NISHIKAWA  
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE ARARAQUARA - SP  
Juiz Federal: MÁRCIO CRISTIANO EBERT  
Disponibilização da Sentença: REGISTRO EM TERMINAL 06/10/2017

### *I - RELATÓRIO*

O Ministério Público Federal denunciou DULCELAINÉ LÚCIA LOPES NISHIKAWA pela prática do crime de estelionato (art. 171, § 3º do Código Penal). A denúncia narra que no período compreendido entre setembro de 2008 e fevereiro de 2009 a ré “(...) obteve para si vantagem ilícita em prejuízo da CAPES, induzindo-a e mantendo-a em erro mediante fraude, ao informar a existência de dedicação integral à atividade acadêmica a ser desenvolvida, o que lhe permitiu receber indevidamente, [...] quatro parcelas da bolsa”. Na época, a CAPES exigia dedicação exclusiva às atividades acadêmicas, sendo vedada a percepção da bolsa com o exercício de outras atividades remuneradas, condição que constava em termo assinado pela ré. No entanto, entre setembro de 2008 e fevereiro de 2009, concomitantemente à fruição da bolsa, a ré prestou serviços ao Departamento Autônomo de Águas e Esgoto de Araraquara – DAAE, sendo remunerada para tanto.

Ainda de acordo com a denúncia, não bastasse o descumprimento das condições para a fruição da bolsa, a ré tentou encobrir a fraude por meio de certidão do DAAE atestando que ela não percebeu remuneração entre setembro de 2008 e fevereiro de 2009.

A denúncia foi recebida em 30/11/2015 (fl. 10).

Em resposta à denúncia (fls. 31-35) a Defesa sustentou que a conduta é atípica em razão da pouca expressão do alegado prejuízo. Com base nesse raciocínio, requereu a absolvição sumária da denunciada ou, alternativamente, a suspensão condicional do processo.

Os pedidos de absolvição sumária e de suspensão condicional do processo foram rejeitados.

Uma das testemunhas de acusação foi ouvida por carta precatória (fl. 44-46).

Em 7 de março último realizou-se a audiência para inquirição de testemunhas e interrogatório da ré (fls. 74-75).

Em alegações finais (fls. 82-85) o MPF discorreu sobre o conjunto probatório, concluindo que as provas colhidas confirmaram os fatos narrados na denúncia. Destacou que não se pode falar em aplicação do princípio da insignificância. Requereu a condenação da ré, bem como a fixação de valor mínimo para a reparação de danos, não inferior a R\$ 10.800,00.

Os memoriais da Defesa foram encartados às fls. 94-110. Em resumo, a Defesa argumentou que as provas produzidas na instrução demonstraram que a autora não prestou serviços ao DAAE no período em que percebeu a bolsa. O que ocorreu é que seu contrato com o DAAE foi encerrado sem o pagamento integral dos valores devidos, débito que foi adimplido entre setembro de 2008 e fevereiro de 2009.

Como os memoriais da Defesa foram acompanhados de documentos, abri vista ao MPF. Após examinar esses elementos, o MPF ponderou que “(...) os documentos juntados pela acusada não alteram o contexto delineado nas alegações finais oferecidas pelo Parquet, pois não

explica a prestação de serviços indicada a fls. 1258/1259 do apenso I, a qual ocorreu após o início do vínculo da acusada com a CAPES”.

São essas as principais ocorrências do processo.

## II – FUNDAMENTAÇÃO

A denúncia imputa à ré a prática do crime de estelionato (art. 171, *caput*, c/c § 3º do Código Penal). Segundo a inicial, no período de setembro de 2008 a fevereiro de 2009 a ré exerceu atividades remuneradas junto ao DAAE ao mesmo tempo em que recebia bolsa de estudos do CAPES. O problema é que naquela época era vedado o exercício de atividade remunerada durante a fruição da bolsa, limitação que era de conhecimento da bolsista.

A comprovação do crime neste caso embaralha materialidade e autoria delitiva. Objetivamente, o que deve ser definido neste caso é se a partir de outubro de 2008 DULCELAINE continuou a exercer atividade remunerada junto ao DAAE (algo que a acusada nega) ou se os elementos que apontam a prestação de serviços concomitante ao pagamento da bolsa CAPES encerram um mal entendido. Correta a primeira assertiva, está configurado o crime de estelionato; ao revés, caso comprovada a tese do mal entendido, não se pode falar em vantagem indevida para a ré tampouco em prejuízo ao erário.

É disso que passo a tratar.

A investigação que desaguou nesta ação penal foi deflagrada a partir de notícias de irregularidades nos programas de concessão de bolsas da CAPES e do CNPq no âmbito da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho — UNESP levadas ao conhecimento do Ministério Público Federal pelos professores Augusto César Francisco e Diogo Ramos de Oliveira. Especificamente quanto à DULCELAINE, a notícia dava conta de que a ré percebia bolsa do CAPES ao mesmo tempo em que mantinha vínculo remunerado com o DAAE.

Para receber a bolsa a ré firmou termo de compromisso em que se comprometia a respeitar as cláusulas do programa, dentre as quais “I —dedicação integral às atividades do programa de pós- graduação”; e “III — quando possuir vínculo empregatício, estar liberado das atividades profissionais sem percepção de vencimentos” (cópia do termo de compromisso está juntada à fl. 979 do apenso). DULCELAINE também emitiu declaração em que afirmava “(...) para os devidos fins que não possuo nenhum vínculo empregatício remunerado” (cópia à fl. 980). Tanto o termo de compromisso quanto a declaração foram assinados em 29 de outubro de 2008.

Em março de 2008 a ré celebrou contrato com o DAAE cujo objeto era a prestação de serviços de coordenação de projeto social em áreas atendidas por obras do PAC (cópia às fls. 1314-1319 do apenso, quase no final do último volume). Segue a transcrição das cláusulas mais relevantes para esta ação penal:

### CLÁUSULA SEGUNDA — DOS PRAZOS

2.1 O período de vigência do contrato será de 06 (seis) meses contados a partir do dia 31/03/2008.

### CLÁUSULA TERCEIRA — DOS PREÇOS E CONDIÇÕES DE PAGAMENTO

O preço total para execução do objeto deste contrato é de R\$ 7.943,33 (sete mil, novecentos e quarenta e três reais e trinta e três centavos), que será pago em seis parcelas mensais. Mensalmente, a contratante deverá apresentar RPA (Recibo de Pagamento de Autônomo) e o relatório das atividades desenvolvidas, contendo: data, atividade e horas dispendidas.

Considerada a data de início do vínculo (31/03/2008) e o período de vigência do contrato

(seis meses), o vínculo da autora com o DAAE deveria se encerrar em 30/09/2008, ou seja, *antes* do início da fruição da bolsa.

No entanto, documentos encaminhados pelo DAAE ao Tribunal de Contas da União mostram que em outubro de 2008 e janeiro de 2009 DULCELAINE foi remunerada por serviços prestados à autarquia municipal. As respectivas notas de empenho estão fundamentadas em relatórios que documentam atividades desenvolvidas pela ré em outubro, novembro e dezembro de 2008. Os documentos enviados pelo DAAE ao TCU estão encartados entre as fls. 1241-1260 do apenso; — deixo de fazer referência específica às folhas em razão de falhas na numeração dos autos.

Segundo a ré, esses relatórios não retratam a realidade. O que aconteceu é que o DAAE atrasou o pagamento de parte da remuneração ajustada, muito embora o serviço tenha sido concluído no prazo acertado, e para viabilizar os pagamentos emitiu relatórios de atividade cujos conteúdos não correspondem ao que ocorreu no plano dos fatos.

Tomo como ponto de partida para o exame da tese a prova produzida em audiência, começando pelo depoimento da testemunha Diogo Ramos de Oliveira. Diogo foi um dos alunos da pós-graduação que denunciou a ocorrência de supostas fraudes na execução dos programas de bolsas de estudo da CAPES e do CNPq no âmbito da UNESP Araraquara; — o outro foi o acadêmico Augusto César Francisco.

Prestei concurso para doutorado em Araraquara na UNESP, tendo me classificado em segundo lugar na proficiência em francês. Dada minha colocação, acreditei que receberia bolsa, pois o edital estabelecia que os três primeiros colocados seriam agraciados. Mudei-me para Araraquara e em fevereiro fui atrás de informações sobre as bolsas. Porém, fui informado de que não tinha a mínima previsão para a bolsa. Conversei com o coordenador sobre a questão, quando fui informado que pelos critérios da UNESP os candidatos à bolsa deveriam entrar numa lista de espera, tanto para bolsa do CAPES quanto para o CNPq. Pelos critérios da instituição, novos alunos nunca teriam chance de conseguir a bolsa, pois sempre havia acadêmicos mais antigos na lista de espera. A ré obteve a bolsa, mas ela estava trabalhando. Era uma coisa tão normal para eles, que até colocavam no Currículo Lattes que trabalhavam e recebiam bolsa. Depois eles foram apagando isso, mas eu e meu amigo guardamos as versões mais antigas desses currículos. Eu e um amigo ligamos para a empresa informada pela ré e confirmamos que ela realmente trabalhava lá, de modo que não tinha dedicação integral. Ela trabalhava em alguma coisa de consultoria ambiental, se não em Araraquara nos arredores da cidade. Por conta dessa denúncia sobre irregularidades nas bolsas fui desligado do programa de doutorado. Condiționaram minha permanência no programa a um pedido de retratação sobre as irregularidades, mas eu não aceitei.

Transcrevo agora o depoimento da testemunha Simone Cristina de Oliveira. Simone foi a funcionária do DAAE que emitiu declaração segundo a qual a partir de setembro de 2008 a pesquisadora DULCELAINE não manteve vínculo funcional ou recebeu remuneração da autarquia (fl. 1240 do apenso).

A ré trabalhou para o DAAE em 2008 num projeto vinculado ao PAC. Uma das exigências do programa era de que fosse contratado um profissional da área de ciências sociais que ficasse responsável pelo projeto socioambiental. Dulcelaine foi contratada para essa atividade e a desempenhou muito bem. Depois do encerramento do contrato ela me procurou dizendo que teve um problema com a CAPES, que fizeram uma denúncia de que ela acumulava a função no DAAE com a bolsa. Sei que quando da contratação ela não era bolsista, até porque essa

era umas das condições do contrato. Como eu não tinha conhecimento de acúmulo de vencimentos pagos pelo DAAE entendi que não haveria problema em expedir uma declaração nesse sentido. A declaração foi redigida segundo as informações prestadas pela ré e com informações do setor financeiro do DAAE. Lembro que a execução das obras do PAC tiveram algum atraso, mas a parte da Dulcelaine foi feita conforme o cronograma. O que pode ter acontecido é ela ter recebido algum resíduo financeiro depois do encerramento do contrato, em razão da burocracia do setor financeiro. Pelo que me lembro, o trabalho de Dulcelaine foi concluído em setembro de 2008. [Depois de consultar os relatórios de atividades exibidos pelo MPF] Acredito que esses relatórios tenham sido elaborados pelas assistentes sociais. Não tenho conhecimento se o pagamento nessas condições aconteceu com outras pessoas.

Por fim, resgato o interrogatório da ré, também em transcrição livre.

A acusação não é verdadeira. Entrei na pós-graduação e num primeiro momento não tinha bolsa. Posteriormente me comunicaram sobre o interesse na obtenção de uma bolsa. Eu tinha um contrato de prestação de serviço com o DAAE que ia de março a setembro. Quando me oferecerem a bolsa eu estava terminando o contrato com o DAAE e precisava de recursos para continuar pagando minhas contas. Então, em 29 de outubro eu assinei o termo de compromisso com a CAPES, informando que eu não tinha vínculo empregatício. Nesse momento meu contrato já tinha sido encerrado e eu não prestava mais serviços ao DAAE. Sobre os relatórios de atividades, aconteceu o seguinte: se somados os valores que recebi, vai dar exatamente o que estava previsto no contrato. Acontece que por um atraso do DAAE, eu só recebi as últimas parcelas em janeiro de 2009. Eu não tinha intenção alguma de receber algo ilícito. Uma das coisas que muito meu orgulho é meu caráter e minha dignidade; eu jamais tomaria algo que não fosse lícito. Na verdade estou sendo penalizada porque trabalhei direito, ter cumprido o contrato no período e ter recebido de forma posterior. Os relatórios eram assinados quando do pagamento. Quem elaborava os relatórios eram as assistentes sociais. Elas fizeram esses relatórios para viabilizar o pagamento do que o DAAE me devia. Meu contrato não teve nenhum aditamento; foi cumprido no prazo combinado, de março a setembro de 2008. O que recebi depois disso foi resquício do que deveria ter sido pago na vigência do contrato. Essa foi a primeira vez que participei desse tipo de contratação. Acho que o denunciante Diogo tinha o direito de investigar as irregularidades... o que ele fez de errado foi investigar a vida das pessoas, mas não ir a fundo nessas apurações.

Em linhas gerais, o depoimento da testemunha Simone corrobora a alegação da ré no sentido de que não houve prestação de serviço ao DAAE após o término do contrato. Aliás, a testemunha denotou segurança ao afirmar que o projeto desenvolvido por DULCELAINE foi concluído dentro do prazo de seis meses estabelecido no contrato; de acordo com Simone, se houve atraso isso se deu apenas em relação ao pagamento do que faltava para integralizar o valor ajustado no contrato.

Por outro lado, a testemunha Diogo afirmou que por meio de ligação telefônica confirmou o vínculo empregatício da ré junto à empresa "... que ela dizia que trabalhava na época". No entanto, arrisco-me a dizer que muito provavelmente o depoente se equivocou nesse ponto, talvez confundindo a ré DULCELAINE com outra pessoa.

Explico.

Conforme se depreende da representação que deu início às investigações no âmbito criminal, formalizada pelos doutorandos Augusto César Francisco e Diogo Ramos de Oliveira, os representantes apuraram indícios de irregularidades na concessão de bolsas da CAPES e do

CNPq a pelo menos sete alunos da pós-graduação da UNESP de Araraquara (Antônio Carlos Brunetta, Fabrício Antônio Deffacci, Rogério Fernandes Macedo, *Dulcelaine Lucia Lopes Nishikawa*, Renan Bandeirante Araújo, Moisés Augusto Gonçalves e Antonio Carlos Lopes Petean). Em quase todos os casos as principais irregularidades estavam na burla ao compromisso de dedicação exclusiva às atividades acadêmicas e vedação à manutenção de vínculo de emprego ou função com outra instituição ou empresa.

A representação aponta os elementos que na visão dos denunciantes comprovariam o exercício de atividade remunerada simultaneamente à fruição de bolsa da CAPES ou do CNPq. No caso do aluno Renan Bandeirante Araújo o suposto vínculo foi demonstrado pelo conteúdo do currículo Lattes conjugado com ato de nomeação para o cargo de professor publicado na Imprensa Oficial do Estado do Paraná; em outros três casos (Antônio Carlos Brunetta, Rogério Fernandes Macedo e Moisés Augusto Gonçalves) pela conjugação dos respectivos currículos Lattes com informações obtidas por telefone junto às instituições a que estariam vinculados; nos demais (*Dulcelaine Lucia Lopes*, Fabrício Antônio Deffacci e Antonio Carlos Lopes Petean) os representantes não indicam outros elementos que não as informações contidas nos currículos Lattes.

É importante realçar que a representação dos alunos Augusto e Diogo — intitulada “denúncia formal de corrupção” — deixa transparecer em sua forma e conteúdo o cuidado dos denunciantes em bem fundamentar a ocorrência das irregularidades que julgaram encontrar. Aproveitando dois ditos populares que caem bem ao caso, Augusto e Diogo se preocuparam em não deixar ponto sem nó; em contar o milagre e dar o nome do santo. Todos os atos normativos citados (portarias, resoluções etc.) e as atas de reunião referidas acompanham a representação na forma de anexos, o mesmo ocorrendo com os currículos Lattes dos representados. No caso das informações obtidas por telefone, os denunciantes tiveram a cautela de informar o número e os dados da pessoa que prestou as informações. O cuidado foi tanto que ao perceberem, depois de protocolada a representação, que uma das informações obtidas por telefone não era tão consistente como então se acreditava, os denunciantes requereram que a denúncia fosse desconsiderada em relação ao aluno Moisés Augusto Gonçalves (fls. 76-78 do apenso).

O desvelo dos representantes com a exatidão das informações que levaram ao conhecimento do MPF voltou a se manifestar com o avanço das apurações. É que depois de tomar conhecimento das notícias de irregularidades, o CNPq deflagrou auditoria com o propósito de apurar a concessão de bolsas pelo programa de pós-graduação em sociologia da Faculdade de Ciências e Letras da UNESP Araraquara. A auditoria concluiu que “... as acusações foram consideradas improcedentes por não ter encontrado nenhuma irregularidade que transgredisse as normas deste Conselho, tanto por parte dos alunos bolsistas quanto da Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Sociologia-PPGS, da UNESP em Araraquara” (fl. 177 do apenso). Ao tomarem conhecimento do resultado da auditoria, os alunos Augusto e Diogo encaminharam nova manifestação do MPF, agora com o objetivo de “apontar contradições na auditoria do CNPq” (fls. 156-172). Nessa manifestação, os denunciantes não só revisitaram os elementos informados na representação inicial como trouxeram novos dados que confirmariam as supostas irregularidades, sempre tendo o cuidado de indicar as respectivas fontes. Porém, em relação à ré DULCELAINE, os denunciantes atacaram a auditoria do CNPq apenas com base nas informações expostas no currículo Lattes conforme a versão de fevereiro de 2009.

Denota-se, portanto, que as irregularidades concernentes à concessão da bolsa da ré DULCELAINE foram baseadas apenas no conteúdo de seu currículo Lattes em fevereiro de 2009, sem a realização de outras diligências que confirmassem o vínculo de emprego ao DAAE, em especial a consulta por telefone à suposta empregadora. Com efeito, se os denunciantes

tivessem confirmado o vínculo da ré junto ao DAAE certamente teriam detalhado essa informação na representação ou na manifestação que refuta as conclusões da auditoria do CNPq. Nessa ordem de ideias, parece-me que a testemunha Diogo se equivocou quando mencionou em seu depoimento que o vínculo fora confirmado por meio de ligação telefônica, provavelmente confundindo o caso de DULCELAINE com outro aluno arrolado na representação. A propósito disso, vale lembrar que o depoimento foi prestado cerca de oito anos depois do protocolo da representação, o que torna compreensível eventual lapso de memória.

Por aí se vê que os indícios que os alunos Augusto e Diogo reuniram contra a ré se resumiam às informações expostas na versão de fevereiro de 2009 do currículo Lattes da ré.

Todavia, a simples menção no currículo Lattes a respeito da existência de vínculo profissional é muito frágil para comprovar a irregularidade no recebimento da bolsa de estudo. As informações na plataforma Lattes são de responsabilidade do titular do cadastro, de modo que a exatidão de seu conteúdo depende apenas de seu interesse em manter a base atualizada. Aliás, a falta de controle rígido sobre o conteúdo é motivo de crítica na comunidade acadêmica; — é famoso o caso do falso currículo Lattes de Galvão Bueno, no qual se informa que o locutor esportivo, entre outros portentos, tem graduação em medicina pela Unifesp, mestrado em engenharia eletrônica pelo MIT, doutorado em física pela Caltech e é fluente em croata, chinês e guarani<sup>1</sup>.

Está certo que a versão do currículo que serviu de base para a representação foi certificada pela autora em 25/02/2009. Ou seja, nessa data a ré atualizou seu currículo, inserindo ou retificando informações. Porém, não se sabe o que a autora alterou no currículo nessa oportunidade, muito menos se ela revisou de forma vertical seu conteúdo para sanar eventuais inconsistências, em especial o campo atuação profissional. Ainda nesse particular, é importante registrar que os denunciante instruíram a representação com cópia parcial do currículo, deixando de fora a parte que compila as informações a respeito da produção acadêmica, justamente a porção que costuma ser alvo de especial atenção do acadêmico nas atualizações; — na versão atual do Lattes da ré, certificada em 05/12/2016, sete das 11 laudas são dedicadas à produção acadêmica<sup>2</sup>.

De mais a mais, embora o currículo de DULCELAINE tenha sido importante para fundamentar a representação dos alunos Augusto e Diogo, não foi determinante para a denúncia que abre esta ação penal. O principal elemento que compromete a ré são os relatórios de atividades que descrevem atividades desenvolvidas entre 11 de novembro e 19 de dezembro de 2008 (cópia encartada entre as fls. 1258 e 1260 do apenso) e as notas de empenho e recibos que comprovam o pagamento de remuneração em outubro de 2008 e janeiro de 2009 (fls. 1250-1258, com falhas na numeração).

Tudo seria mais fácil se as irregularidades se limitassem aos pagamentos efetuados em outubro de 2008 (R\$ 1575,76). É que não há registro de atividades desenvolvidas em outubro de 2008, o que faz presumir que esse pagamento diz respeito a atividades desenvolvidas no mês de setembro de 2009.

Cumpra anotar que o simples pagamento concomitante à fruição da bolsa não implica em irregularidade, se demonstrado que essa verba decorre de atrasados. O que não se admite é que o pagamento seja efetuado em contrapartida ao exercício de atividade durante o período em que a doutoranda deveria estar se dedicando apenas às atividades de pesquisa.

1 <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/ciencia/fe0807200901.htm>, acessado em 05/09/2017, às 18h03.

2 <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4769023P8>, acessado em 05/09/2017, às 16h.

Vistas as coisas sob esse ponto de vista, não há problema quanto aos pagamentos efetuados em outubro de 2008, uma vez que decorrentes de atividades seguramente desenvolvidas *antes* da concessão da bolsa de estudo.

Por outro lado, o pagamento efetuado em janeiro de 2009 é quase que indesculpável, uma vez que foi determinado com base em relatórios que documentam atividades desenvolvidas entre 11 de novembro e 19 de dezembro de 2008, quando a ré já era beneficiária da bolsa da CAPES.

Porém, a Defesa conseguiu estabelecer interessante contraponto aos indícios de irregularidade na fruição da bolsa. Segundo a tese exposta nas alegações finais, a autora prestou os serviços ao DAAE no prazo estipulado no contrato (de março a setembro de 2007), mas não recebeu integralmente a remuneração ajustada. Para viabilizar o pagamento do resíduo, o DAAE emitiu relatórios de atividades que na verdade não foram desenvolvidas pela coordenadora DULCELAINE, ao menos não nas datas ali informadas. Trocando em miúdos, o DAAE teria encontrado um *jeitinho* para pagar o que devia à prestadora de serviços.

A tese está bem resumida no seguinte trecho extraído das alegações finais da Defesa:

Está claro nos autos que o RELATÓRIO juntado ao financeiro para pagamento de restos de salário foi feito com data anterior a janeiro de 2009 para cumprir exigência de normas internas do financeiro do DAAE e justificar o pagamento. A Senhora Dulcelaine esclarece em depoimento que não coordenou serviço de campo após a data de 30 de setembro de 2008. Os autos não trouxeram testemunhas cabais de que a Senhora Dulcelaine estava de corpo presente nos meses de novembro a dezembro de 2008 na obra mencionada no relatório. O Relatório apresentado apenas para cumprir burocracia de normas internas do DAAE não foi assinado pela acusada Dulcelaine, diferente de outros relatórios, como por exemplo os Relatórios dos períodos de 28/04/2008 a 12/05/2008; de 13/05/2008 a 16/05/2008, anexos dentre as folhas 1241 a 1259 do apenso I.

O primeiro indício de que o pagamento efetuado em janeiro de 2009 não corresponde a atividades desenvolvidas quando a autora ostentava a condição de bolsista da CAPES decorre do contrato celebrado entre a ré e o DAAE. Conforme visto, o contrato tinha validade até 30 de setembro de 2008, sendo que não há notícia de prorrogação.

Não é incomum que débitos atinentes a contratos firmados com o Poder Público sejam adimplidos após sua extinção por decurso de prazo. Nesses casos o pagamento constitui mero desdobramento de contrato findo, sem implicar em sua repristinação ou prorrogação tácita. Contudo, o que não é comum (até porque ilegal) é o contrato continuar vinculando as partes após sua extinção por decurso de prazo, sem que tenha havido novo acordo ou mesmo até de império determinando sua prorrogação.

O valor da parcela paga em janeiro de 2009 também apoia a tese de que esse pagamento correspondia a atrasados devidos à DULCELAINE. Como bem observado pela Defesa, até 06/10/2008 o DAAE emitiu notas de empenho cujo valor bruto somou R\$ 7.109,76. Já o valor bruto da nota de empenho referente ao pagamento efetuado em janeiro de 2009 foi de R\$ 834,12, ou seja, o montante que faltava para integralizar a remuneração estipulada no contrato (R\$ 7.943,33); — para ser bem preciso, a soma do valor bruto de todas as notas de empenho supera o valor do contrato em R\$ 0,55.

Os depoimentos da testemunha Simone Cristina de Oliveira e da ré fortalecem os indícios de que não houve prestação de serviços a partir de setembro de 2008.

A testemunha Simone Cristina de Oliveira cogitou que pode ter havido alguns atrasos pontuais na execução das obras do PAC que demandaram a contração da ré. No entanto, foi enfática ao defender que esses atrasos não repercutiram no projeto de DULCELAINE, que foi desenvolvido segundo o cronograma previsto. E justamente por ter convicção disso é que a testemunha emitiu a certidão que nega a prestação de serviços pela ré ao DAAE após a concessão da bolsa. A respeito dos relatórios que informam atividades nos meses de novembro e dezembro de 2008, acredita que foram elaborados pelas assistentes sociais para viabilizar o pagamento do resíduo devido à DULCELAINE.

No mesmo sentido foram as declarações prestadas pela ré em seu interrogatório. DULCELAINE foi categórica ao negar a prática de irregularidades na obtenção e fruição da bolsa CAPES. A propósito disso, abro um parêntese para registrar uma nota pessoal: revisitando o vídeo do interrogatório da ré conservei a impressão que tive quando presidi a audiência, no sentido de que DULCELAINE foi sincera quando negou que prestou serviços ao DAAE depois de setembro de 2008.

Se tais indícios não convencem de forma cabal sobre a inocência da ré ao menos colocam em dúvida a alegação de que DULCELAINE prestou serviços remunerados ao DAAE ao mesmo tempo em que recebeu bolsa da CAPES. Dito de outra forma, a conclusão a que chego pode ser sintetizada em duas perguntas: a ré prestou serviços ao DAAE ao mesmo tempo em que recebia bolsa da CAPES? Resposta: talvez sim, talvez não (pessoalmente acredito que não). As provas demonstram de forma conclusiva algum desses cenários? Resposta: não.

Diante deste quadro de incerteza, não há outro caminho que não a absolvição da ré nos termos do art. 386, VII do CPP. Oportuno lembrar lição de SANTIAGO SENTÍS MELENDO, transcrita por FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO<sup>3</sup>, “El juez no duda cuando absolve. Está firmemente seguro, tiene a plena certeza. De qué? De que lhe faltam pruebas para condenar...Não si trata de um favor sino de justicia...”.

### III – DISPOSITIVO

Diante do exposto, *ABSOLVO* a ré *DULCELAINE LUCIA LOPES NISHIKAWA* da imputação de estelionato, o que faço com fundamento no art. 386, VII do CPP.

Sem custas.

Fixo os honorários da Advogada Dativa no valor máximo da tabela. Com o trânsito em julgado, requisite-se o pagamento.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Araraquara, 11 de setembro de 2017.

Juiz Federal Substituto MÁRCIO CRISTIANO EBERT

3 Código de processo penal comentado: volume 2 – 13 ed. rev. e atual. — São Paulo: Saraiva, 2010, p. 968.

## **AÇÃO CIVIL PÚBLICA** **0000041-23.2016.4.03.6131**

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - MPF

Réus: ESPÓLIO DE THARCILIO BARONI JUNIOR E VILSON JOSÉ INNOCENTI

Intervenientes: FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO - FNDE E MUNICÍPIO DE SÃO MANUEL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE BOTUCATU - SP

Juiz Federal: MAURO SALLES FERREIRA LEITE

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/10/2017

*Vistos, em sentença.*

Cuida-se de ação civil pública, por atos de improbidade administrativa, atribuídos a *THARCILIO BARONI JUNIOR*, ex-prefeito do município de São Manuel/SP e *VILSON JOSÉ INNOCENTI*, ex-vice-prefeito do município de São Manuel/SP.

Aduz-se que tais autoridades públicas locais foram responsáveis, cada qual à sua época, pela implantação, coordenação e gestão dos recursos federais transferidos pelo *Fundo Nacional da Educação - FNDE* ao Município de São Manuel durante o período de 2009 a 2012, destinados exclusivamente à merenda escolar e vinculados ao *Programa Nacional de Alimentação Escolar – PNAE/ Merenda Escolar*. História a inicial que esses requeridos, no exercício dos respectivos cargos públicos que ocupavam, praticaram atos violadores de preceitos constitucionais e legais, por meio dos quais constatou-se dano ao erário, no montante de R\$ 1.810.402,00, o que consubstancia ato de improbidade administrativa, nos termos dos arts. 10 e 11 da Lei nº 8.429/92. Que, supostamente, teriam praticado atos contrários aos princípios da Administração Pública de sua conduta resultou dano ao patrimônio público da União, que se pretende ver apurado e composto por meio da presente demanda.

Em despacho inicial preliminar (fls. 28-vº), determinou-se a coleta da manifestação inicial dos requeridos acerca dos fatos descritos na exordial (respectivamente fls. 52/57, com documentos juntados às fls. 58/84; 92/119), em que se sustentam preliminares processuais entre tais, inépcia da inicial, ausência de dano ao erário, além de, no mérito, sustentarem que não cometeram os atos de improbidade a eles atribuídos.

A petição inicial da ação foi recebida pela decisão de fls. 124/130-vº, que determinou, liminarmente, a decretação de indisponibilidade de bens e de direitos, até o limite dos danos materiais pleiteados pelo autor.

Devidamente citados, os réus apresentam suas contestações às fls. 170/177 (THARCÍLIO BARONI JÚNIOR) e 181/205 (VILSON JOSÉ INNOCENTI), em que, sucintamente, reiteram os termos da sua manifestação preliminar escrita, sustentando, em suma apertada, que não cometeram os atos de improbidade que lhe estão sendo imputados pelo órgão ministerial, e que não agiram, impelidos por dolo de locupletamento, impossibilidade de prestação das contas na forma pretendida pelo autor e aplicação integral dos valores relativos ao PNAE/ Merenda nas finalidades sociais por ele divisadas. Sustentam, mais, quanto ao valor indenizatório pretendido, que a petição inicial da ação ignora valores já devolvidos pelo Município, batendo-se, ao final, pela inexistência de prática de ato de improbidade administrativa por parte dos aqui réus.

Admissão à lide, na qualidade de assistentes litisconsorciais do autor do *FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO – FNDE* e do *MUNICÍPIO DE SÃO MANUEL*, por meio da decisão de fls. 281.

Réplica do MPF, refutando as preliminares alvitadas pelos requeridos, e, quanto ao mérito, pugnando pela procedência da ação (fls. 288/316).

Às fls. 431/432-vº proferi decisão saneando o feito, indeferindo a realização de prova pericial contábil pleiteada pelos réus, e indeferindo a oitiva das testemunhas pretendidas pela defesa do requerido VILSON JOSÉ INNOCENTI. Àquela oportunidade, admiti o traslado da prova produzida no curso da instrução criminal encetada nos autos da ação penal intentada pelo ora autor em face do primeiro co-réu (Processo nº 0008880-42.2013.403.6131), a título de prova emprestada, o que foi devidamente levado a efeito às fls. 448/456.

Às fls. 469/470 foi trasladada para estes autos cópia da certidão de óbito do co-requerido THARCÍLIO BARONI JÚNIOR. Às fls. 482/484 (com documentos juntados às fls. 485/498), comparece aos autos o espólio do de cujus, requerendo sua admissão à lide, em sucessão, o que foi concretizado por força de decisão proferida às fls. 499.

Alegações finais do MPF às fls. 512/550; do espólio de THARCÍLIO BARONI JR. às fls. 559/571; do FNDE às fls. 572; de VILSON JOSÉ INNOCENTI às fls. 574/601. A Prefeitura Municipal de São Manuel não se manifestou em alegações finais, conforme se colhe da certidão de fls. 602.

Vieram os autos com conclusão.

*É o relatório.*

*Decido.*

A preliminar de litispendência ou coisa julgada suscitada pela defesa técnica dos ora requeridos não tem como ser acolhida. Bem observa, nesse ponto, o DD. Órgão Ministerial aqui oficiante que, *verbis* (fls. 528): “(...) os demais fatos/ pedidos que são objeto da presente demanda (causa de pedir) diferem daquele tratado nos autos nº 1000550-25.2016.8.26.0581, da 1ª Vara Cível em São Manuel, que inclusive sequer adentrou ao mérito”. Com tais considerações, agregando, ademais, que não se trata de lide estabelecida entre as mesmas partes, e observado que o espectro do pedido aqui realizado é bem mais amplo do que aquele, com diversas causas de pedir, não se está diante de qualquer causa processual que configure empecilho ao desenvolvimento da presente demanda. Por tal razão, *rejeito* a preliminar de litispendência/coisa julgada.

As demais questões preliminares suscitadas pelos requeridos aqui em testilha já foram, todas, devidamente analisadas pelo juízo quando da decisão que acabou por concluir pelo recebimento da petição inicial da presente ação civil pública por ato de improbidade administrativa. Nessa conformidade, remetem-se as partes à leitura do que ali ficou estabelecido, devendo a sentença que ora se prolata revolver o mérito da controvérsia formada no bojo dos presentes autos. Antes, porém, ainda merecem consideração os pontos a seguir, que dizem com os pressupostos processuais e as condições da ação.

#### *DA LEGITIMIDADE ATIVA DO ÓRGÃO DO PARQUET FEDERAL.*

Cumpra afirmar, *in casu*, a legitimidade ativa *ad causam* sustentada pelo D. Órgão da Procuradoria da República local.

Com efeito, inserem-se entre as atribuições constitucionais do Ministério Público o zelo pelo, *verbis* “efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia” (CF, art. 129, II).

Ora, não resta a menor dúvida de que a proteção das verbas envolvidas nos serviços sociais relacionados a programa governamental federal, se insere dentro da órbita de atuação

do Ministério Público Federal, sendo que o objetivo da lide em pauta é justamente escrutinar a regularidade e a juridicidade dos serviços públicos prestados durante a gestão dos requeridos, nos cargos de administração superior da gestão municipal.

De outro giro, encontro presente a nota essencial da metaindividualidade dos direitos subjetivos aqui em questão, na medida em que se veiculam, *lato sensu*, hipóteses de violação generalizada a interesses individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum. Perfaz-se, nessa seara, o requisito da transindividualidade dos direitos discutidos no bojo da presente demanda, donde afigurar-se presente a legitimidade ativa do Ministério Público Federal para os termos da demanda.

Isto bem assentado, verifico que não existem preliminares a decidir, nulidades ou irregularidades a suprir ou sanar. Feito bem processado, contraditório preservado, partes legítimas e bem representadas, encontro presentes os pressupostos processuais e as condições da ação. O feito em termos para receber julgamento pelo mérito, porquanto, analisados os requerimentos de produção probatória por meio da decisão de fls. 431/432-vº, restou a mesma irrecorrida, de forma que restou estabilizada a instrução processual, cabendo analisar as provas que constam dos autos. É o que se passa a fazer.

*ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DA IRREGULARIDADE FUNCIONAL À IMPROBIDADE.*

Em primeiro lugar, é necessário deixar bem assentada a diferenciação existente entre irregularidade administrativa e ato de improbidade.

A primeira consiste na prática do ato administrativo em desacordo com o figurino legal. Em se tratando de Administração Pública, e presentes os cânones da legalidade estrita, a prática do ato em desacordo com a lei se sujeita às sanções próprias constantes do ordenamento jurídico.

Encarece a doutrina que o ímprobo é o desonesto, o desleal, o imoral. É essa a nota distintiva da improbidade. Mais do que a comprovação da prática do ato viciado em si mesmo, deve-se caracterizar, para fins de enquadramento do sindicado nos ditames da improbidade, a falta ao dever ético de conduta de parte do servidor, a falta ou desvio de caráter da ação a qualificar a nulidade como ato imoral, ímprobo.

Sobre esse ponto, ensina a doutrina de *MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO*:

Quando se exige probidade ou moralidade administrativa, isto significa que não basta a legalidade formal, restrita da atuação administrativa, com observância da lei; é preciso também a observância de princípios éticos, de lealdade, de boa-fé, de regras que assegurem a boa administração e a disciplina interna na Administração Pública.  
 [Direito Administrativo, 15 ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 670].

Nesse sentido, também tem se posicionado a jurisprudência do *Colendo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA*, que, em julgado conduzido pelo voto do Eminentíssimo *Ministro LUIZ FUX*, então integrante dos quadros daquela Corte, assim se pronunciou:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 535 DO CPC. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. EFEITOS INFRINGENTES. IMPOSSIBILIDADE. (PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92, ART. 11. EXIGÊNCIA DE CONDUTA DOLOSA)

1. Os embargos de declaração visam conceder efeitos infringentes do julgado sob a invocação

de que o elemento subjetivo do tipo não logrou ser examinado.

2. O aresto embargado, nos itens 3 e 4, versou acerca do elemento subjetivo do tipo, *verbis*: A doutrina do tema é assente que “imoralidade e improbidade devem-se distinguir, posto ser a segunda espécie qualificada da primeira, concluindo-se pela inconstitucionalidade da expressão culposa constante do *caput* do artigo 10 da Lei 8.429/92” (Aristides Junqueira, José Afonso da Silva e Weida Zancaner). É que “estando excluída do conceito constitucional de improbidade administrativa a forma meramente culposa de conduta dos agentes públicos, a conclusão inarredável é a de que a expressão “culposa” inserta no *caput* do art. 10 da lei em foco é inconstitucional. Mas, além da questão sobre a possibilidade de se ver caracterizada improbidade administrativa em conduta simplesmente culposa, o que se desejou, primordialmente, foi fixar a distinção entre improbidade e imoralidade administrativas, tal como acima exposto, admitindo-se que há casos de imoralidade administrativa que não atingem as raias da improbidade, já que esta há de ter índole de desonestidade, de má-fé, nem sempre presentes em condutas ilegais, ainda que causadoras de dano ao erário” (Improbidade Administrativa – questões polêmicas e atuais, coord. Cassio Scarpinella Bueno e Pedro Paulo de Rezende Porto Filho, São Paulo, Malheiros, 2001, pág. 108). Destarte, “somente nos casos de lesão ao erário se admitiria a forma culposa – cumulativamente com a dolosa – de improbidade administrativa, porquanto teria o legislador silenciado quanto às hipóteses em que não houvesse prejuízo ao patrimônio público. Com efeito, a forma culposa de lesão aos princípios que regem a atuação dos agentes públicos, por si só, sem o correspondente prejuízo patrimonial efetivo, não basta para justificar incidência das sanções de improbidade administrativa, ante o princípio da reserva legal” (Improbidade Administrativa, Fábio Medina Osório, Porto Alegre, Síntese, 1997, pág. 82).

3. Consectariamente, são inacolhíveis os embargos de declaração com finalidade unicamente infringente, porquanto inócua qualquer omissão (precedentes) (g.n.).

[Processo: EDcl no REsp 939142 / RJ – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL 2007/0071808-0, Relator(a): Ministro LUIZ FUX, Órgão Julgador: T1 - PRIMEIRA TURMA, Data do Julgamento: 18/09/2008, Data da Publicação/Fonte: DJe 20/10/2008]

No voto condutor do Recurso Especial donde manejados os embargos acima indicados, Sua Excelência bem pontua que:

A exegese das regras insertas no art. 11 da Lei 8.429/92, considerada a gravidade das sanções e restrições impostas ao agente público, deve ser realizada cum granu salis, máxime porque uma interpretação ampliativa poderá acoiar de ímprobas condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público, preservada a moralidade administrativa e, a fortiori, ir além de que o legislador pretendeu. A má-fé, consoante cediço, é premissa do ato ilegal e ímprobo e a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-intenção do administrador.

À luz de abalizada doutrina: “A probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial da Constituição, que pune o ímprobo com a suspensão de direitos políticos (art. 37, §4º). A probidade administrativa consiste no dever de o ‘funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer’. O desrespeito a esse dever é que caracteriza a improbidade administrativa. Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada. A improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem (...)” in José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, 24ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2005, p-669.

[RECURSO ESPECIAL nº 797.671 – MG (2005/0179387-0)]

Em outro precedente, o mesmo Em. Ministro, que, atualmente, compõe o *C. STF*, assim se pronuncia a respeito desse tema:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREFEITO. RECURSOS DO PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTAÇÃO ESCOLAR (PNAE). MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 7/STJ.

1. A atipicidade dos fatos, à luz da prova produzida na fase de defesa prévia da ação de improbidade, decorrente da análise das atividades do prefeito, conducentes à rejeição da ação, interditam a cognição do Tribunal na forma da Súmula 7/STJ.

2. *In casu*, a instância *a quo* concluiu que: “AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREFEITO. NÃO RECEBIMENTO DA INICIAL. 1. Os fatos, cujo enquadramento é proposto no art. 11, I, demais não caracterizarem a figura do desvio de poder, qualificam-se como meras irregularidades, incapazes de configurar improbidade administrativa, instituído inseparável da presença de desonestidade. 2. A verificação na aquisição de merenda escolar, de aquisições superiores a 3% do valor de mercado, não é hábil, só por si, para configurar o tipo do art. 10, XII, da Lei 8.429/92. 3. Inicial não recebida Sra. Presidente, quanto à questão da lei de improbidade, que é uma lei da máxima relevância, no entanto tenho uma certa preocupação com a aplicação da lei de improbidade. Essa preocupação nasce do próprio conceito de improbidade administrativa. O Professor José Fontes da Silva, quando entrou em vigor a Constituição Federal, se pronunciou pelo conceito de improbidade administrativa como uma ofensa qualificada à moralidade administrativa. De maneira que se pode concluir que uma irregularidade ou uma ilegalidade nem sempre poderá ser considerada improbidade administrativa. Os fatos narrados, a aquisição de produtos alimentícios no valor bem superior ao valor do mercado configuraria, a princípio, a improbidade administrativa. Creio que o fato de uma resolução regulamentar exigir um laudo de controle da mercadoria e, isso não foi realizado pela administração, penso que talvez essa desobediência que se enquadra no art.11, I, não configure o tipo da improbidade. O meu voto é no sentido de receber, apenas, o pedido no que concerne ao art. 10, XXII.. (...) Peço licença para retificar meu voto. Quando recebi a inicial, fi-lo com base no art. 10, XII. É certo que este inciso fala ‘permitir, facilitar ou concorrer para que terceiros se enriqueçam ilicitamente’. No entanto, assim fazia em face de o inciso V ter um tipo que poderia representar a subsunção de uma das irregularidades narradas, que era ‘permitir ou facilitar aquisição, permuta ou locação de bens ou serviços por preços superiores ao do mercado’. Considerando que dentro do conjunto do valor global do convênio o suposto excesso de valor de mercado fora de aproximadamente 2% (dois por cento), retifico meu voto acompanhando a maioria e não recebendo a inicial, pedindo vênias ao Relator”.

3. Recurso Especial não conhecido (g.n.).

[RESP 200501941946, LUIZ FUX, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:13/10/2008].

Essas são as diretrizes de pensamento que, segundo vejo a questão, devem orientar e informar o critério diferenciador entre a prática de uma mera irregularidade administrativa e um ato de improbidade.

Bem de ver, por outro lado, que a constatação da má-fé nas condutas trazidas ao crivo da cognição judicial deve ser cabalmente comprovada pelo interessado.

Por ser a representação do senso médio de honestidade que se deve esperar das condutas em sociedade, é a boa-fé do agente que deve ser presumida no caso concreto, cedendo a presunção apenas quando sobrevier prova incontestável da situação oposta.

Quanto a esse ponto, entendo pertinente que se traga à colação as reflexões de nosso mais notável juriconsulto, o emérito Professor *MIGUEL REALE*, que deixa bem clara essa posição: a grande baliza do intérprete do Direito é o pressuposto da boa-fé. Em suas próprias palavras:

Se há algo que me impressiona no evolver do Direito pátrio é a crescente perda de confiança no homem. Nossa legislação baseia-se, cada vez mais, no pressuposto da má fé. Desconfia-se de tudo e de todos, postos no mesmo plano os honestos e os que o não são, como se fosse possível esperar tudo da lei quando nada se espera da livre e espontânea cooperação do homem. Crê-se na lei, porque já não se crê no homem, quando aquela só vale como expressão objetiva das virtudes humanas.

[*Horizontes do Direito e da História* – Estudos de Filosofia do Direito e da Cultura, São Paulo: Editora Saraiva, 1956, p. 10].

Assim, em atenção à exortação da doutrina, deve prevalecer sempre, no espírito do julgador, a orientação que prestigia a presunção da boa-fé nas relações jurídicas. Todas as outras situações devem ficar comprovadas nos autos.

Com isso em mente, passo à análise individualizada de cada uma das condutas apontadas inicial, explicitando que os temas foram aqui agrupados segundo sua similitude, seja em razão das situações fáticas evidenciadas, seja em razão da conclusão que, em relação a eles se impõe. Por este motivo, não se respeitou, necessariamente, à seqüência dos temas exposta na inicial. Dentro dessa estruturação, portanto, é que passarei à análise de cada um desses tópicos que indico na seqüência.

#### *DA EFETIVA IMPLEMENTAÇÃO DO PNAE NO MUNICÍPIO DE SÃO MANUEL/ SP. AUSÊNCIA DE PROVA DE PREJUÍZO AOS DESTINATÁRIOS DA TUTELA JURÍDICA.*

Quanto a este aspecto, é de se mencionar que, como forma de contextualizar o conteúdo das condutas dos gestores públicos às épocas dos fatos descritos na inicial, é necessário explicitar, preliminarmente, que não há nenhuma indicação objetiva, concreta, segura, de que a merenda escolar não tenha sido efetivamente fornecida aos alunos da rede pública de educação no Município de São Manuel no período de gestão dos requeridos mencionado na preambular. Observe-se, no ponto, que a petição inicial, a partir das constatações levadas a efeito pelas autoridades competentes da fiscalização federal, atribui aos requeridos a supressão completa das verbas relativas aos repasses efetuados para tais fins, tanto que, ao final, se pede a condenação dos mesmos à *devolução do valor integral repassado*, sem qualquer dedução ou abatimento, de sorte que é razoável assumir, considerada essa observação, que o D. Órgão do Ministério Público Federal se embasa na premissa de que nenhuma verba tenha sido destinada ao programa de alimentação escolar.

Sucedo, entretanto, segundo penso, que a inexistência de documentação, em poder dos réus, que comprove, nos exatos termos exigidos pela legislação específica, a efetiva entrega dos gêneros alimentícios às unidades escolares destinatárias *não equivale* a demonstrar que a merenda não foi entregue. É preciso ter em mente, quanto a este ponto, que, no Brasil, merenda escolar é um tema que figura dentre as prioridades capitais da sociedade contemporânea, sendo que a absoluta ausência de seu fornecimento ou a sua dispensação de forma grosseiramente inadequada seriam assuntos tão relevantes e centrais que, dificilmente, passariam impunes, fosse qual fosse a esfera de governo envolvida com falha de tamanha gravidade, ou o matiz ideológico da posição política dominante. De ilegalidade desse jaez, certamente, haveria histórico relevante de reclamações perante o Órgão Estadual do Ministério Público local, a própria Prefeitura Municipal, Secretaria de Educação, Conselho Tutelar, entre outros. Ou, quando não, pelo menos teria sido objeto de divulgação pela imprensa, ainda que local, como frequentemente se verifica em face de algumas ocorrências congêneres que, infelizmente, ainda se constata nos dias atuais.

Dessas circunstâncias, entretanto, o DD. Órgão Ministerial promovente não manejou fazer prova absolutamente nenhuma, limitando-se ao argumento – alicerçado, é verdade, nos depoimentos dos agentes que procederam à auditoria relativa à execução desse programa de alimentação estudantil junto ao Município – de que os então gestores municipais *não comprovaram, documentalmente, a efetiva entrega dos alimentos* (cf. nesse sentido, argumentação de fls. 533, tomada com base no depoimento da auditora do FNDE MARCÍLIA DE OLIVEIRA). Como já antes assinalado, considero, no entanto, *data maxima venia*, pouco viável essa conclusão, na medida em que uma falta administrativa dessa gravidade, e por período de tempo tão expressivo e relevante – que, aí sim, acaso configurada, permitiria o enquadramento da conduta para a tipicidade de ato de improbidade –, certamente, mostraria consequências que extrapolariam, e em muito, a simples constatação administrativa da ausência dos documentos pertinentes, ante o notório impacto social que esta conduta, substancialmente considerada, seria capaz de produzir.

Fico, assim, nesse ponto, com a conclusão que me parece mais razoável nesse quesito, no sentido de que – à revelia da exibição da documentação necessária à comprovação da efetiva entrega dos gêneros alimentares aos estudantes – a merenda escolar do Município de São Manuel foi, ao menos na parte principal ou relevante, dispensada aos estudantes beneficiários, de sorte que, por tal razão, reputo não haver prova satisfatória seja da tredestinação dos recursos que a tanto seriam alusivos, seja de sua absorção indevida por parte dos réus, a adjungi-los, já por este fundamento, às sanções de improbidade correlatas.

Assim, sedimentada, nos autos, a efetiva prestação do Poder Público Municipal relativamente à entrega da merenda escolar no período de incumbência de ambos os requeridos, não se vislumbra nenhum prejuízo aos destinatários da especial proteção legal, que – ainda que com irregularidades administrativas de caráter formal – receberam a alimentação que lhes era destinada, cumprindo-se, ainda que por vias transversas, o desiderato maior da legislação. Nessas hipóteses, vale registrar que a jurisprudência de nossas Cortes Federais vem reiteradamente se orientando no sentido da inexistência de configuração de improbidade por parte do gestor público, uma vez que afastada a má-fé ou o dolo a qualificar a conduta inquinada. Nesse sentido, arrolo precedentes:

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM. REMESSA OFICIAL. RECURSO MINISTERIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (LEI 8.429/92 - LIA). EX-PREFEITO. GESTÃO. PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTAÇÃO ESCOLAR (PNAE). IRREGULARIDADES. PREJUÍZO AO ERÁRIO (ART. 10). ATENTADO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO (ART. 11). DESCARACTERIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE DOLO E DE MÁ-FÉ. PARECER DO MPF PELA MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. DESPROVIMENTO.**

- Foram imputados ao réu, ex-prefeito de Flora Rica/SP, as seguintes condutas: a) inobservância de procedimento licitatório para aquisição de merenda escolar; b) inconsistências em quantitativos de gêneros alimentícios adquiridos para merenda escolar; c) gerenciamento inadequado dos recursos federais repassados pelo PNAE, que não foram movimentados em conta específica do programa, consoante determina o art. 19, V, da Res./CD/FNDE nº 32/2006.

- É inadmissível a responsabilidade objetiva na aplicação da LIA, exigindo-se a presença de dolo nos casos dos arts. 9º e 11 (que coíbem o enriquecimento ilícito e o atentado aos princípios administrativos, respectivamente) e ao menos de culpa nos termos do art. 10, que censura os atos de improbidade por dano ao erário.

- Não há prova de que o réu, deliberadamente, dispensou indevidamente o procedimento licitatório, visando favorecimento próprio ou de terceiros. Igualmente, não há elementos que permitam analisar se as compras realizadas à margem do procedimento licitatório acarretaram prejuízo ao erário, ou se de algum modo prejudicaram os destinatários da merenda escolar.

- No que tange às inconsistências nos quantitativos de gêneros alimentícios adquiridos para merenda escolar, restou devidamente esclarecido nos autos que se tratou de desencontro de informações causado por meras irregularidades, uma vez que, não possuindo o Município um setor de compras e, sendo costume dos fornecedores locais expedirem notas fiscais únicas para diversos setores, estas eram empenhadas em rubrica exclusiva do orçamento municipal, dando a errônea impressão de que todos os gêneros alimentícios adquiridos eram empregados como merenda escolar quando, na verdade, também o eram para outras finalidades de interesse público.

- Em relação à ausência de manutenção dos recursos do PNAE em conta específica, a prova dos autos demonstra que a transferência para uma conta municipal se dava porque essa verba era insuficiente para suprir a demanda por alimentação, necessitando de complementação por outros recursos da Edilidade. Logo, ainda que certa a desatenção formal ao contido na Resolução que regulamenta a movimentação dos recursos repassados pelo PNAE, o fato é que tais valores, mesmo transferidos para uma conta do Município, foram efetivamente empregados na alimentação escolar, descaracterizando a ocorrência de improbidade administrativa.

- As condutas do réu, ora impugnadas pelo Ministério Público, encerraram prática de diversas irregularidades, sendo a ausência de licitação para a compra de merenda escolar, de fato, a que mais se aproximou de uma improbidade administrativa, uma vez que simplesmente foi descartada fora das hipóteses legalmente previstas para uma dispensa ou inexigibilidade.

- Entretanto, não descartadas eventuais punições nas esferas civil e administrativa, considerados os pequenos valores envolvidos, a dimensão do Município de Flora Rica, a boa-fé do requerido e a ausência de dolo e de locupletamento, não há falar-se em aplicação das rigorosas sanções previstas na LIA, até porque foi demonstrado que o serviço público em foco - fornecimento da merenda escolar aos alunos - foi satisfatoriamente provido, inexistindo controvérsia nesse ponto.

- Acolhido o parecer da Procuradoria Regional da República, nega-se provimento à apelação e à remessa oficial (g.n.).

[APELREEX 00021694920114036112, JUIZA CONVOCADA LEILA PAIVA, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:17/12/2015].

Nesse mesmo sentido:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DISPENSA INDEVIDA DE PROCESSO LICITATÓRIO. INEXISTÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE DANO AO ERÁRIO E DO ELEMENTO SUBJETIVO. IRREGULARIDADES QUE NÃO TÊM QUALIFICATIVO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SENTENÇA REFORMADA.

1. Imputa-se ao apelante, então Prefeito, e assim foi entendido pela sentença (condenatória), a prática de improbidade na gestão dos recursos públicos federais advindos do Programa de Apoio a Alimentação Escolar na Educação Básica - PNAE, em razão da aquisição de gêneros alimentícios para a merenda escolar com dispensa indevida de processo licitatório (art. 10, VII - Lei 8.429/1992), no valor de R\$ 41.977,77.

2. A despeito das irregularidades formais apontadas pela CGU quanto à dispensa de licitação para a aquisição dos gêneros alimentícios de terceiros, não houve a indicação do *quantum* da efetiva lesão aos cofres públicos em decorrência desses fatos, tanto que a sentença não encontrou elementos para impor o ressarcimento.

3. O que se extrai dos documentos é que, apesar da ausência do devido processo licitatório, houve a aquisição dos produtos e a efetiva entrega dos gêneros alimentícios necessários ao preparo da merenda escolar dos alunos da rede de ensino pública do município. A finalidade da lei foi cumprida, mesmo com desvio de rota.

4. O sentido do inciso VIII do art. 10 da Lei 8.429/92 é o de propiciar à Administração a aquisição por preço menor, em face da concorrência. Mas o chamado dano *in re ipsa* (presu-

mido), decorrente da ausência da licitação, não deve ser considerado diante da conclusão da sentença, que não vislumbrou danos indenizáveis.

5. É imprescindível o elemento subjetivo do agente para a configuração da conduta ímproba, admitindo-se a modalidade culposa somente nas hipóteses de atos que acarretem lesão ao erário (art. 10 - idem). Não houve comprovação de que o apelante agira com dolo ou culpa grave, nem que a utilização das verbas atentasse contra a moralidade, causasse desvio de recursos ou o enriquecimento ilícito do ex-gestor.

6. Provimento da apelação (g.n.).

[APELAÇÃO 00006737820124013307, DESEMBARGADOR FEDERAL OLINDO MENEZES, TRF1 - QUARTA TURMA, e-DJF1 DATA:13/09/2016].

Nesse ponto, por certo, ainda insta frisar que a ausência de aquisição de gêneros alimentícios cultivados a partir de agricultura de base familiar, bem como a falta de planejamento de cardápio por responsável técnico do Programa não autorizam, por si apenas, a conclusão de que a alimentação escolar fornecida na gestão dos requeridos tenha sido deficiente ou inadequada. Quanto a este aspecto, considero relevante mencionar que não existe nenhuma comprovação – e nem qualquer alegação nesse sentido – de que, em função da dieta praticada na rede escolar municipal aqui em causa, os estudantes houvessem anotado algum tipo de *déficit* nutricional, que lhes causasse prejuízo à saúde ou ao pleno desenvolvimento biológico ou psíquico. Por tal razão, entendo que, aqui, ainda uma vez, o polo autoral se ressentia da demonstração de lesão efetiva ao plexo axiológico tutelado pelas normas de improbidade, porquanto – ainda que a atenção integral à pauta regulatória inerente ao programa seja mandamento obrigatório destinado ao administrador público – a ausência de prova de sua observância não autoriza, senão, concluir pela presença de uma mera irregularidade administrativa, mas nada que autorize, apenas por isso, a configuração de lesão substancial, objetiva e principal aos cânones que tutelam a probidade na gestão da res publica.

Nesse particular, especificamente, é preciso muita cautela na avaliação das condutas administrativas sob escrutínio para que não se promova uma simples irregularidade administrativa à categoria de ato substancial de improbidade, naquilo que seria potencialização obviamente indevida, e, ulteriormente ilegal, do caráter sancionatório das normas incidentes sobre a gestão do programa. Justamente nessa direção, já se decidiu que, *verbis* (APELAÇÃO 00019319720104013306, DESEMBARGADOR FEDERAL OLINDO MENEZES, TRF1 - QUARTA TURMA, e-DJF1 DATA: 08/09/2015 PAGINA: 903): “Não é razoável enxergar sempre, de forma automática, dolo, segundas intenções ou atos ímprobos nas irregularidades cometidas pela administração municipal, às vezes de caráter meramente formal. Cada caso deve ser avaliado no seu histórico e nas suas circunstâncias. Não é toda ilegalidade e/ou imoralidade que caracteriza ato de improbidade” (g.n.).

Daí porque, à míngua da demonstração de que a distribuição da merenda escolar não tenha se dado de forma escorregada no âmbito da Municipalidade de São Manuel, ou de que, por outro lado, da dieta ali praticada haja sobrevivendo algum tipo de *déficit*, carência ou prejuízo aos discentes por ela atendidos, não vejo como se possa inculcar aos requeridos qualquer tipo de responsabilidade a título de prática de ato de improbidade.

#### *DO DOLO NA CONDUTA DOS REQUERIDOS. NÃO CARACTERIZAÇÃO.*

Um segundo aspecto que merece, a meu ver, destaque na avaliação das atitudes dos agentes públicos aqui em questão repousa na observação de que a petição inicial da presente ação civil não aponta um motivo, um móvel, interesse pessoal ou razão prática a justificar o agir dos sindicados, de forma a extrair, dos ilícitos por eles praticados na gestão do progra-

ma, o proveito pessoal – para si ou para terceiros, de caráter patrimonial, pessoal, político ou mesmo eleitoral – enfim, o ganho indevido almejado pelos requeridos como forma de, a partir daí, isolar-se a prática do ato adornado pela nota distintiva da improbidade.

Daí, ainda que efetivamente demonstradas as diversas irregularidades em que estiveram incursos os procedimentos de aquisição de gêneros alimentícios no Município de São Manuel, à conta do programa de alimentação escolar de que se trata (adoção de modalidade de certa-me em desconformidade com o valor total da contratação; fracionamento indevido do objeto do contrato; dispensa de procedimento licitatório (compra direta) em hipóteses em que seria exigível), em nenhum momento chegou-se a declinar – *subsídio indispensável para a correta apreensão do elemento anímico da conduta impugnada* – qual o ganho pessoal, interesse ou estratégia engendrado pelos agentes de sorte a retirar algum proveito ou contrapartida das ilicitudes relacionadas na inicial da presente demanda.

Mesmo porque, e esse dado me parece da maior relevância na aferição do dolo das condutas aqui em estudo, não existe prova absolutamente nenhuma de que tenha havido *sobrepreço*, ou *direcionamento*, favorecimento intencional de terceiros, nos contratos avaliados pela fiscalização que deram origem ao procedimento que ora desce a talho. Nesse sentido, é relevante mencionar os depoimentos, colhidos no âmbito da ação penal a esta correlata, e que, em suma, atestaram para a inexistência de prova de prática de sobrepreço ou de direcionamento dos contratos celebrados no âmbito da Prefeitura Municipal de São Manuel.

Postam-se nesse sentido, com efeito, as declarações, prestadas, sob compromisso, dos auditores da fiscalização vinculada ao *FNDE*. *MARCÍLIA DE OLIVEIRA* atesta que não houve pesquisa de sobrepreço relativamente à aquisição de gêneros alimentícios em São Manuel (59’09” do seu depoimento), não podendo afirmar que, a partir dos dados coletados durante o procedimento de auditoria, tenha percebido direcionamento ou favorecimento intencional de terceiros nos contratos celebrados pela Municipalidade (57’33” do seu depoimento). Em sentido coerente, também se postou o depoimento de *JÚLIO CÉSAR QUEIROZ CIGARINI*, também auditor, que confirma que, no caso aqui sob análise, não se deu a pesquisa de sobrepreço nas aquisições efetuadas pelo Poder Público Municipal (36’16”), tendo afirmado que, embora as empresas vencedoras desses certames fossem sempre mais ou menos as mesmas, não tinha como afirmar haver percebido algum tipo de direcionamento ou de favorecimento de algumas em detrimento de outras (35’11”).

O teor de tais assertivas parece vir ao encontro das conclusões administrativas adotadas no âmbito do próprio *FNDE*, que, após a revisão/ consolidação dos dados compilados a partir do *Relatório de Auditoria nº 29/2013* acaba concluindo pela *inexistência de prova de dano ao erário*, nos termos das conclusões firmadas no *Parecer nº 761/2015-DAESP/ COPRA/ CGCAP/ DIFIN/ FNDE*. Nas considerações acerca da execução financeira do programa em evidência, a autoridade administrativa acaba por concluir, relativamente ao exercício fiscal de 2009, que, *verbis (fls. 361/362)*:

5.1. Em relação aos subitens 1.1 a 1.4 e 1.6 a 1.12 do Relatório de Auditoria nº 29/2013, *vale considerar que, apesar das irregularidades constatadas, não foram apresentados elementos que evidenciassem objetivamente a ocorrência de prejuízo ao Erário.*

5.1.1. *Se por um lado destacam-se irregularidades demonstrando flagrante descumprimento da norma, o elemento apresentado não expõe com convicção a ocorrência de prejuízo ao Erário.* Este último juízo é condição essencial para prosseguimento de medidas de exceção na fase de análise final de prestação de contas (g.n.).

Conclusão essa que se repete, *mutatis mutandis*, para o ano-fiscal de 2010, consoante se colhe do Parecer nº 786/2015- DAESP/ COPRA/ CGCAP/ DIFIN/ FNDE, aqui acostado às fls. 368/371.

Essa consideração, aliás, pela ausência de lesão ao erário assume, nesse caso concreto, importância ímpar, porquanto, considerado o óbito do co-réu THARCÍLIO BARONI JÚNIOR, o seu espólio somente responde pela eventual recomposição dos danos causados ao patrimônio público, considerada, nesse particular, a natureza eminentemente personalista do plexo das demais sanções por improbidade. Não sobrevivendo demonstração de que a lesão haja ocorrido, a pretensão reparatória ora dirigida em face do espólio do gestor falecido se mostraria esvaziada por inteiro.

De toda forma, e na linha daquilo que venho aqui sustentando, a ausência de demonstração de dano ao patrimônio público é mais um dos elementos que turvam a demonstração do dolo a animar a conduta dos então gestores municipais, circunstância essa indispensável à caracterização da infração como ato de improbidade. A ausência de qualquer lesão ao erário, reconhecido – como nesse caso – pela própria Administração Pública Federal, firma a presunção de que os recursos públicos foram empregados em benefício da coletividade, o que tanto mais se comprova à míngua da demonstração de absorção indevida ou desvio da massa patrimonial respectiva. Nessas condições, os repertórios de jurisprudência se orientam no sentido de excluir, nesses casos, o enquadramento nas hipóteses previstas no art. 10 da Lei nº 8.429/92. Indico precedente:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RECURSOS DO FUNDEB. IRREGULARIDADES QUE NÃO CONFIGURAM VIOLAÇÃO À LEI DE IMPROBIDADE.

I. Trata-se de apelações de sentença que, em ação civil pública de improbidade administrativa, julgou parcialmente procedente o pedido, para condenar o réu PAULO FRANCINETTE DE OLIVEIRA (ex-Prefeito do Município de Masaranduba/PB), nas penalidades previstas no art. 12, III, da Lei nº 8.429/92, decorrentes de atos previstos no art. 11, I da mesma lei citada, por aplicação irregular dos recursos financeiros do FUNDEB, determinando: a) a suspensão dos direitos políticos, pelo prazo de 3 (três) anos e, b) o pagamento de multa civil no valor de R\$ 5.000,00. Negou o pedido para o réu NIELSON FARIAS DE SOUSA (ex-tesoureiro do Município de Masaranduba/PB).

II. *Apelam os réus alegando que o Juiz monocrático optou por condenar o réu PAULO FRANCINETTE DE OLIVEIRA pela mera conduta formal, sem observar a ausência de dolo e de que os valores foram imediatamente devolvidos à conta do FUNDEB antes de qualquer denúncia, notificação, ação, pois ao ser percebido o equívoco, realizou-se a conversão dos pagamentos a conta do tesouro municipal. Afirmam que o Tribunal de Contas do Estado já analisou as contas do Município dos anos de 2009 a 2011 e não fez qualquer ressalva a utilização dos recursos do FUNDEB, julgando regulares as aplicações das citadas verbas.*

III. *A improbidade administrativa que dá ensejo à responsabilização correspondente materializa-se pelo ato marcadamente corrupto, desonesto, devasso, praticado de má-fé ou caracterizado pela “imoralidade qualificada” do agir, de acordo com a expressão empregada. Isto porque se entende que para que seja caracterizado o ato como de improbidade administrativa é forçoso que se vislumbre um traço de má-fé por parte do administrador, senão a ilegalidade se resolve apenas pela anulação do ato que fere o ordenamento legal. A conduta ilegal só se torna ímproba se revestida também de má-fé do agente público.*

IV. O FUNDEB foi regulamentado pela Lei nº 11.494/2007, a qual previu em seu art. 22, que “pelo menos 60% (sessenta por cento) dos recursos anuais totais dos Fundos serão destinados ao pagamento da remuneração dos profissionais do magistério da educação básica em

efetivo exercício na rede pública”. Com relação aos 40% restantes dos recursos do FUNDEB, nos termos do art. 23 da Lei nº 11.494/2007, é vedada sua utilização em atividades diversas da manutenção e desenvolvimento da educação básica.

V. No caso, a auditoria realizada pelo TCE/PB constatou que no exercício de 2009 e 2011 o réu PAULO FRANCINETTE DE OLIVEIRA se utilizou de parte dos 60% dos recursos do FUNDEB, destinados obrigatoriamente aos profissionais do magistério, para pagamento de servidores de categorias diversas da Secretaria de Educação. Observou-se, ainda, que foram realizadas despesas com finalidades diversas das previstas para a parcela restante dos recursos do FUNDEB (40%), que foram vedadas pelo art. 71 da Lei nº 9.394/1996 (aquisição de gêneros alimentícios e merenda escolar, fardamentos escolares, confecção de material para eventos festivos da Secretaria de Educação).

VI. Não há, no caso, comprovação de apropriação indevida ou desvio em proveito próprio ou alheio dos recursos do FUNDEB pelos réus, tendo sido a verba aplicada integralmente para a coletividade. Constam, nos autos, também, comprovantes de que os recursos desviados foram devolvidos à conta do fundo (fls. 304/361), na exata proporção do desvio reconhecido, não existindo qualquer dano ao erário a justificar o enquadramento dos réu PAULO FRANCINETTE DE OLIVEIRA nas hipóteses previstas no art. 10 da Lei de improbidade.

VII. Conquanto esteja configurada a conduta irregular do ex-Prefeito réu, quanto à observância das formalidades legais para o emprego da verba vinculada a um programa federal, não há nenhum elemento concreto que indique que tal ato tenha sido praticada de forma dolosa ou mesmo que o réu tenha agido de má-fé, ou seja, com o intuito de atentar contra os princípios da administração pública, não se justificando o enquadramento de sua conduta nas hipóteses do art. 11, I, da Lei nº 8.429/92.

VIII. Mesmo que não tenha se seguido de forma literal a legislação de regência, o fato não constitui ato de improbidade administrativa, mas de ilegalidade, não passível das sanções previstas no art. 12 da Lei nº 8429/92.

IX. Apelação provida (g.n.).

[AC 00005036020124058201, Desembargador Federal Ivan Lira de Carvalho, TRF5 - Segunda Turma, DJE - Data: 07/12/2016 - Página: 170].

Nesse sentido, aliás, o próprio valor envolvido nas glosas administrativas à prestação de contas referente ao programa (em valores da época, ano-fiscal 2009, R\$ 4.071,83, cf. fls. 569-vº), de diminuta expressão, mormente quando comparado aos montantes gerais empregados na execução financeira do convênio, indica para a descaracterização de ilícito por parte do administrador a ativar a cláusula que autoriza a imposição das sanções por improbidade. Quanto a esse particular, insta considerar, em primeiro lugar, que o valor das desconformidades apontadas pelo *Relatório de Auditoria nº 29/2013* sofreu considerável redução, por assim dizer, desidratando dos iniciais R\$ 1.810.402,00 (cf. fls. 24 da petição inicial) para a cifra *supra* reportada, obtida a partir da reanálise das conclusões daquele documento, levada a efeito no âmbito da própria administração pública federal (FNDE). Por tal razão, e à míngua de impugnação específica apresentada pelo autor, é de se concluir que, a despeito do vultoso montante inicial do prejuízo afirmado pelo autor, o evoluir da instrução não deixou dúvida quanto ao fato de que as inconsistências existentes na prestação de contas relativas ao Programa versavam importâncias muito mais modestas, estimadas em R\$ 8.522,64, valor atualizado para a data do pagamento efetuado pelos requeridos em 23/03/2017 (fls. 570).

Ora, em sendo essas as circunstâncias de fato a permear o caso concreto, não consigo visualizar presente o dolo dos gestores públicos relativamente às condutas relacionadas na preambular, na medida em que não é razoável supor que algum agente público vá se dar à prática de atos graves de improbidade administrativa a perpetrar um ganho de extensão tão diminuta.

Nesse sentido, é particularmente profícua a jurisprudência de nossas Cortes Federais, já se tendo decidido que, *verbis* (ACRIM nº 0008339-15.2012.4.03.6108/SP; 2012.61.08.008339-3/SP; Relator: Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW, Rel. p/ o acórdão: Desembargador Federal PAULO FONTES, Nº ORIG. : 00083391520124036108 – 1 Vr BOTUCATU/SP):

Ambos os réus, durante o exercício dos respectivos mandatos, para a aquisição de medicamentos e materiais médico-hospitalares com recursos públicos federais repassados ao município pelo Fundo Nacional de Saúde (FNS), dispensaram licitação quando ela seria exigível sem a realização de procedimento de justificação da dispensa, causando prejuízo para a Administração Pública.

*Como visto, são três anos de licitações de medicamentos e, nesses três anos, o prejuízo total apontado nos autos é de R\$ 21.627,00 (vinte e um mil, seiscentos e vinte e sete reais), montante diminuto que se aproxima dos valores que esta E. Quinta Turma adota para fins de aplicação do princípio da insignificância.*

*Nessa linha de raciocínio, referido valor, distribuído em três anos de compras, não comprova o dolo de causar prejuízo ao erário, principalmente à míngua de outros elementos que pudessem demonstrá-lo, como, por exemplo, se as compras narradas na peça acusatória tivessem sido feitas a uma determinada empresa, que tivesse surgido um elo qualquer de ligação entre os prefeitos e a empresa destinatárias dos valores.*

*Desta feita, a modéstia dos valores - não que seja lícito desviar qualquer valor dos cofres públicos ou que se considere insignificante a conduta delitiva - lançam no julgador dúvida invencível quanto ao dolo exigido dos denunciados, razão pela qual devem ser absolvidos (g.n.).*

Embora entenda que, isoladamente, essa circunstância possa não revelar prova suficiente da ausência de dolo, não há como deixar de considerar que, em cotejo com os demais elementos de prova, objetivos e subjetivos, que circundam o caso concreto (*v.g.*, a ausência sobrepreço ou de direcionamento dos contratos, a efetiva dispensação da merenda às escolas sob responsabilidade dos réus, a inexistência de menção a qualquer vantagem ou contrapartida percebida pelos agentes públicos, inocorrência de dano ao erário), este é, sim, um elemento muito relevante a compor um juízo satisfatório pela exclusão da intencionalidade da ação a afastar o dolo da conduta aqui imputada aos requeridos.

#### **DA PRESTAÇÃO DE CONTAS RELATIVAS AO PROGRAMA**

O MPF arrola, em diversas passagens da sua petição inicial, atos – tidos por atentatórios aos preceitos atinentes à probidade na Administração Pública – consistentes em irregularidades administrativas observadas nas tomadas de contas efetivadas em face da Administração Pública Municipal de São Manuel referente ao Programa de alimentação escolar aqui em causa.

Entre os atos impugnados pelo autor, nesta categoria (fls. 18 da inicial), destacam-se, entre tantos, os seguintes: pagamentos com compras diretas sem observância ao que dispõe o art. 2º c.c. art. 23, II, “a” c.c. art. 24, II, todos da Lei nº 8.666/93; ausência de comprovação por meio de documentação de despesas (notas fiscais, recibos, empenhos e ordens de pagamento, certames licitatórios), relativos a pagamentos realizados por meio de cheques verificados na movimentação da conta específica do Programa (conta corrente nº 162205, agência nº 0302 do Banco do Brasil), em contrariedade ao art. 57 da Resolução CD/ FNDE nº 38/2009; apresentação de documentos sem a identificação do Programa; não garantir o registro formal de efetivo recebimento dos produtos adquiridos, em afronta ao que dispõe o art. 36, § 2º, “d” do Dec. nº 72/1986 c.c. art. 62 c.c. art. 63, §2º, III, ambos da Lei nº 4.320/64; inobservância da exigência de aquisição de produtos alimentícios referentes à Agricultura Familiar (art. 18 da

Resolução CD/ FNDE nº 38/2009); não realização de testes de aceitabilidade e formalização de Termo de Compromisso referente à inspeção sanitária dos gêneros alimentícios adquiridos (art. 25, § 5º, Res. CD/ FNDE nº 38/2009).

No entanto, da forma como estas situações ficaram documentadas nos autos, e, tendo em vista a prova que foi realizada durante a instrução, a outra conclusão não se pode chegar senão a de que os atos aqui noticiados não passaram, ainda uma vez, de ser meras irregularidades administrativas.

Realmente, não há como negar que as denúncias efetivadas em face dos co-réus pelo órgão promovente da presente demanda torna visível uma certa situação de descontrole, desorganização, no que se refere à gestão das verbas relativas ao Programa aqui noticiado. Com efeito, em se tratando de recursos públicos de origem federal, era de rigor que o administrador levasse à risca todos os ditames legais e constitucionais no que se refere ao empenho, utilização e escrituração das despesas relativas ao emprego das respectivas verbas.

Não há dúvida de que a desatenção dos requeridos ao figurino legal exigido para fins de perfeita contabilização dos recursos destinados ao *PNAE – Merenda Escolar* pode mesmo configurar ilícito administrativo, a justificar, entre outras medidas, a aplicação das sanções correlatas aos infratores, a critério das autoridades administrativas competentes. Quanto a este ponto, realmente, não resta a menor dúvida.

A questão, entretanto, é que esses fatos, isolada ou conjuntamente analisados, não trazem, em si mesmos, a nota qualificativa da improbidade a impressionar a tábua normativa constante da *Lei nº 8.429/92*. É que não ficou demonstrada, no curso da demanda, também nesse ponto, nenhuma vantagem de cunho pessoal, nenhum tipo de proveito, seja de natureza política, eleitoral ou administrativa a qualificar as condutas aqui descritas como configuradoras de atos de improbidade.

É certo que a prestação de contas efetivada pela Administração dos aqui réus pode não ter primado pelo amor à melhor técnica de demonstração contábil e financeira; pode, efetivamente, ter gerado dúvidas e perplexidades com relação ao destino que foi conferido aos valores repassados pela administração federal, e pode, finalmente, não se ter feito acompanhar de todos os documentos necessários à autenticação financeira das contas prestadas pelo Município.

Daí, a se configurar a prática de ato de improbidade administrativa, vai, *data venia*, uma grande distância. Era de todo necessário que o órgão autor, a aparelhar alegação deste jaez, trouxesse aos autos a prova robusta do dolo dos agentes, consubstanciado na prática de eventual desvio de recursos, apropriação de qualquer vantagem indevida ou até mesmo, do emprego irregular de verba pública.

Nesse sentido, é indubitosa a orientação pretoriana:

APELAÇÃO. ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. AFASTADA PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EX-PREFEITO. ART. 11, INCISO VI, DA LEI Nº 8429/92. OMISSÃO NO DEVER DE PRESTAR CONTAS. NÃO OCORRÊNCIA. *CONTAS PRESTADAS COM IRREGULARIDADES*. DIFERENÇAS DE VALORES DE POUCA EXPRESSÃO ECONÔMICA. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA MANTIDA. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE MÁ-FÉ DO ADMINISTRADOR. ART. 18 DA LEI 7.347/85. ISENÇÃO DO ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA PREVISTA NA LEI DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA QUE TAMBÉM SE APLICA À AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EXCLUSÃO DO PAGAMENTO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO.

1. O apelado, ex-prefeito da cidade de Ivinhema/MS, prestou contas ao Tribunal de Contas da

União dos recursos federais recebidos relativos ao convênio nº 7874/97-PNAE, celebrado entre o município e o Ministério da Educação, não devendo prosperar a imputação de improbidade administrativa consistente em “deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo” (artigo 11, inciso VI, da Lei nº 8.429/92).

2. *Não há se falar em falta de prestação de contas quando esta ocorreu mesmo sendo constatadas irregularidades, no caso em tela foi apurado um débito no valor de R\$555,71 (quinhentos e cinquenta e cinco reais e setenta e um centavos).*

3. Os atos de improbidade administrativa descritos no artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa *não se confundem com simples irregularidades administrativas ou inaptidões funcionais*, devendo, além disso, demonstrar a inobservância dos princípios regentes da atividade estatal - legalidade, impessoalidade, honestidade, imparcialidade, publicidade, eficiência e moralidade - *sendo indispensável a má-fé do agente, não estando configurada a improbidade diante da ausência de dolo. Não se pode confundir administrador inepto com o administrador ímprobo.*

4. O panorama fático exposto nos autos aponta *para uma situação de irregularidade, e não de improbidade administrativa, uma vez que o apelado prestou contas relativas ao convênio mas, por falta de aplicação dos recursos no mercado financeiro, houve um débito no valor de R\$ 555,71 (quinhentos e cinquenta e cinco reais e setenta e um centavos) por parte do município. Não há evidências de desonestidade ou má-fé, que permita a incidência das sanções previstas na Lei nº 8.429/92.*

5. Sentença absolutória mantida.

6. Quanto à verba honorária, não cabe a condenação da parte autora em honorários advocatícios, por força do art. 5º, incisos LXXIII e LXXVII, da Constituição Federal e do art. 18 da Lei nº 7.347/85, devendo ser aplicada a isenção da sucumbência tanto na Ação Civil Pública como na Ação de Improbidade Administrativa. Precedentes do E. Superior Tribunal de Justiça.

7. Apelação parcialmente provida (g.n.).

[AC 00008005920114036002, DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 08/03/2016].

Assim, e embora o DD. Órgão promovente tenha efetivamente manejado demonstrar irregularidades formais na escrituração das contas municipais atinentes ao PNAE, não veio aos autos a prova da lesão substancial aos bens jurídicos tutelados pela legislação da improbidade. A hipótese contempla apenas situação de erro, equívoco, ou dúvida na *escrituração* das contas públicas relativas ao programa. Não houve a indispensável demonstração da destinação irregular dos valores a tanto compreendidos.

E, apenas a partir das irregularidades verificadas nos demonstrativos de contas prestadas e respectiva documentação que os acompanharam, não há como concluir pela prática de atos de improbidade administrativa.

Por todas essas razões, e respeitando, sempre, o cultíssimo ponto de vista sustentando pelo Ilustrado Órgão Promovente, estou em que se mostra improcedente a pretensão inicial.

### CONCLUSÃO

De tudo o quanto se verificou durante o contraditório estabelecido nos autos, conclui-se que, conquanto, efetivamente, se relacionem algumas situações que podem ser tidas por irregularidades administrativas, o certo é que, em nenhum dos casos trazidos à cognição do juízo, foi possível concluir, com o D. Órgão Autor, pela prática de atos de improbidade sancionados pelo ordenamento jurídico.

Faltou, sobretudo, a prova da má-fé, parcialidade ou comprometimento dos gestores públicos municipais que, de forma a qualificar as suas ações como atos ímprobos, devem agir motivados por razões escusas e propósitos inconfessáveis. Aqui, não se verificou essa situação.

Ao fim e ao cabo, o que se viu foi que os réus ficaram responsáveis pela gestão de um programa social complexo, bastante burocrático e exigente do ponto de vista da sua execução orçamentária, e que, consabido, tem situações de implementação problemática em todo o território nacional. O que, frise-se, é uma realidade preocupante em muitos cantões da administração pública deste País de dimensões continentais.

Não pode o juízo ficar insensível a tudo isso. Pena de criar uma realidade nos autos totalmente afastada da realidade da vida. Pena de impingir ao administrador público toda a severidade das sanções legais, sem atentar se as devidas condições de implementação das políticas sociais de governo, *que também são previstas em lei*, estavam todas presentes. Fossem diversas as circunstâncias da organização do Estado Brasileiro, e, talvez, a óptica do julgador perante o caso concreto pudesse ser diferente. Da forma como está, não é possível exigir do gestor político que administre com mais do que aquilo que ele dispõe ou pode oferecer. Tudo isso considerado e sopesados todos os valores envolvidos, inclusive o fato de que em nenhum momento e por nenhum motivo pude constatar deslealdade, desonestidade ou má-fé nas várias condutas aqui sindicadas, inclino-me, sem qualquer sombra de dúvida, para a conclusão de que os fatos aqui arrolados constituem, se tanto, meras infrações administrativas. Tudo muito pouco para se concluir pela prática de atos de improbidade, nos termos da *Lei nº 8.429/92*.

#### *DISPOSITIVO*

*Isto posto, e considerando o mais que dos autos consta, JULGO IMPROCEDENTE o pedido inicial, com resolução do mérito da lide, na forma do art. 487, I do CPC.*

Sem condenção em custas e honorários de advogado, tendo em vista o que prescreve o *art. 18 da Lei nº 7.347/85*.

*Sujeito a reexame necessário.*

*Ciência ao Ministério Público Federal.*

*P.R.I.*

Botucatu, 29 de setembro de 2017.

Juiz Federal MAURO SALLES FERREIRA LEITE

## ACÇÃO PENAL

**0001096-87.2016.4.03.6105**

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Réus: LUÍS CLAUDIO SOARES E CLAUDIJALMAS DUARTE

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 9ª VARA CRIMINAL DE CAMPINAS - SP

Juíza Federal: VALDIRENE RIBEIRO DE SOUZA FALCÃO

Disponibilização da Sentença: REGISTRO EM TERMINAL 13/02/2017

### 1. Relatório

LUÍS CLAUDIO SOARES e CLAUDIJALMAS DUARTE, qualificados nos autos, foram denunciados nos autos originais nº 0009611-48.2015.403.6105, juntamente com Ailton Ferreira da Silva, Lucas Fernandes Pimenta, todos como incurso nas penas do artigo 1º da Lei 9.613/98. Também foram denunciados Ivan Aparecido Martins e Luiz Carlos, como incurso *ambos* nas penas do artigo 35 da Lei 11.343/06. Além disso, Ivan Aparecido Martins também foi incurso, por cinco vezes, em concurso material entre si, nas penas do artigo 1º da Lei 9.613/1998; quatro vezes no artigo 18, c.c. artigo 19 da Lei 10.826/2003, em concurso material entre si; quatro vezes no artigo 16 da Lei 10.826/2003, na forma do artigo 70 do Código Penal; duas vezes, na forma continuada, nas penas do artigo 304, c.c. artigos 297 e 299, todos do Código Penal. Luiz Carlos Tijolim também foi incurso nas penas do artigo 16 da Lei 10.826/2003 e nas penas do artigo 1º da Lei 9.613/1998.

Narra a exordial acusatória:

A investigação teve início a partir da prisão em flagrante de IVAN APARECIDO MARTINS e LUIZ CARLOS TIJOLIM, ocorrida no dia 14 de julho de 2015. Neste dia, Policiais Militares do 1º BAEP – Batalhão de Ações Especiais de Polícia desconfiaram de um veículo Jetta Preto, placa policial FJO-8061, estacionado em um posto de combustíveis nas imediações do Condomínio Alphaville. Tentada a abordagem, o veículo empreendeu fuga, logrando-se pará-lo apenas alguns quilômetros depois, próximo ao jardim Miriam. No interior do veículo estavam LUIS CARLOS TIJOLIM E IVAN APARECIDO MARTINS, que se apresentou aos policiais como “José Roberto da Silva”, inclusive fazendo uso de CNH falsa. Como se descobriu posteriormente, a identidade falsa explicava-se pelo fato de IVAN ser foragido no processo penal 11290-36.2013.401.3801 – “Operação Athos”, em que é processado, perante a Justiça Federal em Juiz de Fora, por tráfico internacional de entorpecentes e associação ao tráfico. Durante a abordagem, os policiais encontraram, no assoalho do veículo, 14 munições de calibre 9 mm, admitindo IVAN que guardava vários objetos da mesma natureza em dois endereços: numa casa localizada no nº 167B da Rua Ana de Nazaré Cavaleira, ali na região contígua do Parque dos Pomares, e no apartamento de nº 22, da Rua Clóvis Teixeira, nº 100, no bairro Mansões Santo Antônio, onde residia.

Na casa situada na rua Ana de Nazaré Cavaleira, onde residia TIJOLIM, mas cujo aluguel, segundo este, era pago por IVAN, foi encontrado farto material relacionado à prática de delitos. Em um dos quartos da casa os PMs localizaram uma bolsa preta contendo uma máquina de contar dinheiro, 12 telefones celulares, 2 porta-carregadores de munições para fuzil, 2 balaclavas, 1 mira laser e 1 coldre. No fundo da residência, os PMs encontraram 3 tonéis plásticos vazios, com indícios de terem sido enterrados e desenterrados (envoltos em fitas adesivas pretas sujas de terra), e cujo exame por cães farejadores da PM apontou sua utilização para guarda e transporte de entorpecentes. Foi encontrada, ainda, uma motocicleta BMW modelo F800GS, placas FRR-0052, em nome de LUCAS FERNANDES PIMENTA. Observe-se que PIMENTA ainda consta, formalmente, no contrato de aluguel de residência,

que teria como locatários, segundo TIJOLIM, o próprio TIJOLIM, PIMENTA e um terceiro, de nome Leandro Campanha.

No apartamento localizado no bairro Mansões Santo Antônio, residência de IVAN, os PMs encontraram mais material relacionado à prática de delitos. Lá foram arrecadados uma mochila com vultosa quantidade de dinheiro (mais R\$ 861 mil), 2 cadernos com anotações de contabilidade do tráfico de drogas, 3 pistolas e 1 revólver de grosso calibre, todos de fabricação estrangeira e de uso restrito, farta quantidade de munição e carregadores para aquelas armas de fogo, além de celulares.

No local foram encontradas, ainda, chaves de outros 2 veículos de IVAN em nome de terceiros, guardados num estacionamento próximo (na quadra de trás da Rua Clóvis Teixeira, estabelecimento de nome Auto Parque, no nº 93 da rua José Luís de Camargo Moreira). Neste endereço estavam estacionados o veículo Mercedes Benz ML63 AMG, placas FLV-0008, em nome de AILTON FERREIRA DA SILVA (em cujo porta-malas o cão farejador da polícia indicou o transporte de armas), e o Fiat Strada Adventure CD, placas FOV-4418, adquirido por SOARES TRANSPORTES LTDA. ME (cujos sócios são AILTON e LUÍS CLÁUDIO SOARES). Posteriormente, durante a oitiva de IVAN da Delegacia, a autoridade policial identificou ainda um quarto veículo de propriedade deste em nome de terceiro, qual seja um Volvo XC60 3.0T Top, placas FLB-8514, em nome de CLÁUDIO AUGUSTO DUARTE (nome falso utilizado por CLAUDIJALMAS DUARTE), abandonado por IVAN durante abordagem que sofrera na cidade de Analândia (BO de fl. 65/66) em 28/06/2015 (...)

## 2. DA LAVAGEM DE CAPITAIS

Como se evidenciou nas investigações policiais, IVAN, que auferia sua renda de atividade criminosa, sobretudo de tráfico internacional de entorpecentes, valia-se de terceiros para dissimular a propriedade de bens provenientes, indiretamente, destas infrações penais. Neste desiderato é que atuou em conluio com AILTON FERREIRA DA SILVA, LUCAS FERNANDES PIMENTA, LUIS CLAUDIO SOARES, CLAUDIJALMAS DUARTE e LUIZ CARLOS TIJOLIM, responsáveis, pontualmente, por ocultar a propriedade de alguns dos seus bens, descritos adiante. (...)

### 2.2.3 Veículo Fiat Strada

Como apurado, IVAN ocultou, desde 8 de julho de 2015 a 14 de julho de 2015, com o auxílio de AILTON FERREIRA DA SILVA e LUIS CLAUDIO SOARES a propriedade do veículo Fiat Strada Adventure CD, ano (fab/mod) 2014/2015, placas FOV-4418, RENAVAM 01024342708, avaliado em R\$ 55.000,00 (fls. 189/195) e adquirido com proveitos de atividade criminosa, circunstância que era de conhecimento de todos. A ocultação ocorreu fazendo-se constar, no documento de transferência, que o veículo fora adquirido pela empresa SOARES TRANSPORTES LTDA. ME, de propriedade de AILTON FERREIRA DA SILVA e LUIS CLAUDIO SOARES, que emprestaram o nome da empresa com finalidade de ocultar o real proprietário do bem. A ocultação também contou com participação ativa de CLAUDIJALMAS DUARTE, que participou da negociação do veículo e apresentou-se, perante a loja que efetuou a venda, como futuro motorista.

A propriedade do veículo por IVAN é patenteada pelas circunstâncias de sua apreensão, tendo em vista que a chave encontrava-se em sua residência e que o veículo foi encontrado, após buscas policiais nos arredores do edifício, no estacionamento localizado na Rua José Luís Camargo Moreira, 123, Mansões Santo Antonio, Campinas/SP.

O concurso dos demais indivíduos no procedimento de ocultação também está plenamente demonstrado. Conforme apurado, a empresa utilizada no procedimento de aquisição é de propriedade de AILTON FERREIRA DA SILVA e LUIS CLAUDIO SOARES (f. 163/164), que a reativaram a partir do ano de 2010, quando AILTON ingressou no contrato social. Em visita no local da sede, entretanto, a Polícia Federal constatou que a empresa tem existência apenas jurídica (f.88).

A participação de CLAUDIJALMAS é demonstrada pelo depoimento do funcionário da empresa revendedora responsável pela venda, bem como pelo documento de f. 121, emitido falsamente

em nome de CLÁUDIO AUGUSTO DUARTE e apresentado no momento da compra. Conforme informado pelo vendedor, a compra pela Soares foi intermediada por um indivíduo de prenome “Luis” – ainda não identificado – enquanto um segundo indivíduo, indicado como empregado da Soares/futuro motorista do veículo e que forneceu ao intermediário a carteira em nome de CLAUDIO AUGUSTO DUARTE, permaneceu no veículo Toyota em que ambos chegaram, sem adentrar na loja. Posteriormente, a autoridade policial identificou que CLÁUDIO AUGUSTO DUARTE é o nome falso utilizado reiteradamente por CLAUDIJALMAS DUARTE (f. 63/64 e f. 135/138).

#### 2.2.4 – Veículo Volvo XC60

Conforme apurado, IVAN ocultou, desde 20 de março de 2015 até 28 de junho de 2015, com o concurso de CLAUDIJALMAS DUARTE, a propriedade do veículo Volvo XC60 3.0T Top Preto, ano (fab/mod) 2013/2014, placas FLB-8514, RENAVAM 00567013316, adquirido com proveitos de atividade criminosa, circunstância que era de conhecimento de ambos. A ocultação ocorreu registrando-se, nos órgãos competentes, que CLÁUDIO AUGUSTO DUARTE era o proprietário do veículo, em realidade pertencente a IVAN e por este utilizado.

A propriedade do veículo por IVAN é patenteada pelas circunstâncias de sua apreensão, ocorrida no município de Analândia/SP, bem como pelo depoimento do próprio IVAN nos autos. Conforme Boletim de Ocorrência de fls. 65/66, o veículo, em nome de CLAUDIO AUGUSTO DUARTE (nome falso utilizado por CLAUDIJALMAS), envolveu-se em um acidente no mencionado município no dia 28 de junho de 2015 e havia relato de que dele estavam sendo descarregadas algumas armas. Embora os ocupantes do veículo tenham logrado escapar antes da abordagem policial, observe-se que o próprio IVAN admitiu, em seu depoimento, que além dos quatro veículos descritos nos itens anteriores, era proprietário também de um Volvo abandonado após acidente (fls. 280/299).

Foram arroladas seis testemunhas de acusação (fl. 300).

A denúncia foi recebida em 21 de agosto de 2015, em relação a todos os réus e todos os delitos, exceto aquele disposto no artigo 35 da Lei 11.343/2006, que prevê inicialmente notificação dos réus para apresentação de defesa prévia. Na mesma ocasião, decretou-se a prisão preventiva dos réus que não foram presos em flagrante, para assegurar a aplicação da lei penal e garantir a ordem pública (fls. 302/305).

Os réus presos em flagrante, Ivan Aparecido Martins e Luiz Carlos Tijolim, foram notificados e citados (fls. 394; 384 e 555) e apresentaram *defesas preliminares* (fls. 544/553 e 538/543).

Em 08 de outubro de 2015, houve o recebimento da denúncia com relação ao delito do artigo 35 da Lei 11.343/06, tendo sido determinada a citação de Ivan Aparecido Martins e Luiz Carlos Tijolim para apresentação de resposta escrita à acusação ou ratificação da defesa preliminar já apresentada (fls. 572/573). Ambos foram citados (fls. 693 e 696) e protocolizaram *resposta à acusação* em fls. 697/708, reiterando os termos das defesas preliminares.

Em 18/11/2015, determinou-se o desmembramento dos autos em relação aos demais corréus que não estavam presos (fls. 609/610).

Com a notícia da prisão de CLAUDIJALMAS DUARTE em 22/12/2015 (fls. 744), determinou-se o desmembramento dos autos apenas para ele (fls. 770).

CLAUDIJALMAS DUARTE foi citado (fls. 781) e não tendo constituído defensor, nomeou-se a Defensoria Pública da União em sua defesa, a qual apresentou resposta à acusação (fls. 792).

Com a notícia da prisão de LUÍS CLÁUDIO SOARES em 20/01/2016 (fls. 788), determinou-se sua inclusão na presente ação penal (nº 0001096-87.2016.403.6105), conforme decisão de fls. 789.

LUÍS CLÁUDIO SOARES foi devidamente citado (fls. 815) e não tendo constituído defensor, nomeou-se a Defensoria Pública da União em sua defesa, a qual apresentou resposta à acusação (fls. 818).

Decisão de 03/05/2016 determinou o prosseguimento do feito, designando audiência de instrução e julgamento (fls. 819/820).

Em 14 de junho de 2016 foi ouvida no Juízo de Itirapina a testemunha de acusação residente em Analândia, conforme mídia de fls. 873.

No dia 04 de julho de 2016, neste juízo, foram ouvidas as demais testemunhas de acusação e interrogados os réus, conforme mídia de fls. 866.

Na fase do artigo 402 do CPP, o Ministério Público Federal requereu a juntada de documentos referentes à empresa Soares Transportes Ltda, obtidos em consulta *on line* à JUCESP, além da expedição de ofício à mesma instituição solicitando a remessa de cópia oficial de todas as alterações cadastrais pertinentes à referida pessoa jurídica. Requereu ainda a obtenção junto à Receita Federal de cópias das DIRPJ apresentadas pela empresa nos últimos cinco anos (fls. 875). Por sua vez, a Defensoria Pública da União nada requereu (fls. 906).

Foi deferido o requerimento ministerial (fls. 906) e as respostas encontram-se encartadas em fls. 909/917 e 1012/1072.

Em sede de memoriais, a acusação requereu a condenação dos réus nos exatos termos da exordial, além da majoração da pena pelos antecedentes criminais. Pugnou ainda pela decretação da pena de perdimento dos veículos em face de ambos os réus que detêm a titularidade formal dos bens, a fim de que não parem dúvidas sobre sua origem ilícita (fls. 1074/1079).

Em memoriais, a Defensora Pública requereu a absolvição de LUÍS CLÁUDIO SOARES porque não teria restado comprovada a autoria, visto que o réu alega desconhecer a inclusão de Ailton Ferreira da Silva no contrato social de sua empresa, que estaria inativa há anos. Além disso, não teria havido seu reconhecimento por parte dos vendedores do veículo Fiat Strada. Subsidiariamente requereu aplicação da pena mínima, vez que o acusado não obteve vantagem e não conhecia os fatos (fls. 1084/1087).

Em defesa de CLAUDIJALMAS DUARTE, a mesma Defensora Pública apresentou memoriais em que requereu a absolvição do réu, ante a ausência de comprovação de autoria, pois o réu alega não ter sido ele a utilizar o documento falso em nome de Cláudio Augusto Duarte na compra do Fiat Strada ou no registro do veículo Volvo. Teria sido vítima de “golpe” realizado por terceiros. Além disso, não teria havido seu reconhecimento por parte dos vendedores do veículo Fiat Strada. Subsidiariamente requereu aplicação da pena mínima, vez que o acusado não obteve vantagem e não conhecia os fatos (fls. 1088/1091).

Antecedentes criminais em apenso próprio.

Como referenciado pelo próprio réu em seu interrogatório e em vista da informação trazida aos autos pelo Ministério Público Federal em memoriais, requereu-se a certidão de objeto e pé referente aos autos nº 260/1996 – I.P. 196/1996 da 15ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo, em nome de Luís Claudio Soares, conforme fls.17/18 do apenso de antecedentes criminais.

*É o relatório.*

## **2. Fundamentação**

De acordo com a denúncia, o Ministério Público Federal imputa a ambos os acusados a prática do crime previsto no artigo 1º da Lei 9.613/1998, por uma vez, a saber:

*Lei 9.613/1998*

*Lavagem de dinheiro*

Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)

Pena: reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012). (...).

No entanto, a descrição fática presente na exordial aponta a atuação do réu CLAUDIJALMAS DUARTE, não apenas em uma, mas em duas condutas de ocultação de propriedade de bem proveniente do tráfico de internacional de entorpecentes: a primeira delas na ocultação do veículo Volvo, pertencente a Ivan Aparecido Martins, mas registrado em nome de CLAUDIJALMAS DUARTE na data de 20/03/2015; e a segunda no auxílio à compra do veículo Fiat Strada, na data de 08/07/2015, o qual foi adquirido em nome da empresa Soares Transportes, mas com a apresentação da CNH em nome CLÁUDIO AUGUSTO DUARTE, documento falso utilizado por CLAUDIJALMAS DUARTE, conforme se apurou nos autos.

Embora o Ministério Público Federal tenha narrado a existência das duas condutas delitivas na exordial acusatória, não as fez constar da capitulação.

Como a narrativa fática permite verificar que as condutas imputadas são de crimes da mesma espécie e ocorreram em condições de tempo e modo de execução semelhantes, visto que as datas em que os veículos foram registrados e, no caso do Fiat Strada adquirido, compõem uma sequência próxima: 20/03/2015 e 08/07/2015; com fundamento no artigo 383, do Código de Processo Penal, procedo à “*emendatio libelli*”, considerando que são imputadas ao réu CLAUDIJALMAS DUARTE duas condutas previstas no artigo 1º da lei 9.613/98, nos termos do artigo 71 do Código Penal.

Nesse sentido, a jurisprudência *in verbis*:

PENAL PROCESSO PENAL. CRIMES DESCRITOS NOS ARTIGOS 297 DO CÓDIGO PENAL E 1º, §1º, INCISO I, DA LEI Nº 9.613/98. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DOSIMETRIA. SENTENÇA CONFIRMADA, SALVO QUANTO À PENA DE MULTA.

(...)

8. A materialidade e a autoria do delito definido no artigo 1º, inciso I, da Lei nº 9.613/98, em sua redação primitiva, restou comprovada pela prova colhida no transcorrer da instrução criminal.

9. O crime antecedente restou demonstrado, uma vez que esta Corte Regional manteve a sentença que condenou o denunciado Roberto Pedrani pelo cometimento do crime descrito no artigo 33, “caput” c.c. o artigo 44, inciso I, ambos da Lei nº 11.343/06, nos autos da Ação Penal nº 2009.61.81.001591-6.

10. A prova coligida aos autos demonstra claramente que os valores eram provenientes do crime de tráfico, e que os apelantes dissimularam sua natureza e propriedade, convertendo-os em ativos lícitos.

11. A majoração da pena-se base restou bem fundamentada na conduta social desfavorável do acusado, na medida em que se dedica ao tráfico internacional de drogas.

12. O coeficiente de acréscimo derivado do crime continuado - ¼ (um quarto)-, de igual forma, se afigura consentâneo com o fito normativo do artigo 71 do Código Penal na medida em que foram praticados quatro delitos de lavagem de capitais - quatro compras de imóveis com o escopo de “lavar” dinheiro oriundo do crime de tráfico de drogas.

13. A pena pecuniária observou a proporcionalidade com a pena privativa de liberdade. No tocante à quantidade do dia-multa, o magistrado, ao fixá-lo, levou em conta a situação eco-

nômica do denunciado, nos moldes do artigo 49,§1º, do Código Penal e, de fato, existindo nos autos demonstração inequívoca no sentido de que a sociedade a que pertence o acusado possui bens de significativo valor, fixou, com acerto, o valor do dia-multa em dois salários mínimos, não merecendo reparos a sentença também quanto a este ponto.

14. Mantido o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

15. No tocante à acusada, o coeficiente de acréscimo derivado do crime continuado - ¼ (um quarto)-, de igual forma, se afigura consentâneo com o fito normativo do artigo 71 do Código Penal na medida em que foram praticados quatro delitos de lavagem de capitais - quatro compras de imóveis com o escopo de “lavar” dinheiro oriundo do crime de tráfico de drogas.

16. A pena de multa estabelecida, de início, em 34 (trinta e quatro) dias-multa, no entanto, não guardou proporcionalidade com a reprimenda corporal, uma vez que majorada acima do mínimo legal em decorrência da gravidade do crime a ela imputado e da natureza da infração penal, acréscimo que não constou na fixação da pena-base.

17. A pena de multa resta diminuída para 10 (dez) dias-multa e a majorada de ¼ (um quarto) em virtude da continuidade delitiva, resultando em 12 (doze) dias-multa.

18. Mantido o valor do dia-multa estabelecido na sentença em ½ salário mínimo, bem assim a substituição da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos.

19. Mandado de prisão expedido em desfavor do acusado Roberto Pedrani ( HC 126.292 - STF).

20. Apelo do denunciado desprovido, Apelo da corré a que se dá parcial provimento tão somente para reduzir a pena de multa.

(ACR 00117654920084036181, DESEMBARGADOR FEDERAL VALDECI DOS SANTOS, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:05/05/2016 ..FONTE\_REPUBLICACAO:.)

### 2.1 Materialidade

Os réus foram denunciados como incurso no artigo 1º da Lei 9.613/1998 por terem ocultado a propriedade de veículos adquiridos com produto de tráfico internacional de entorpecentes.

O delito antecedente (tráfico internacional de entorpecentes) encontra-se configurado na ação penal nº 0013524-54.2014.4.01.3801 de Juiz de Fora/MG, na qual Ivan Aparecido Martins foi denunciado por associação para o tráfico internacional de entorpecentes e por dois delitos de tráfico internacional de entorpecentes: “por oferecer, em 16/02/2014, 150 kg de entorpecentes aos interlocutores identificados por “Conam Neguinho” e “José Paulo”, a partir da cidade de Campinas/SP; bem como por concorrer, no dia 24/02/2014, para o transporte de 71,420 Kg de cocaína, ocasião em que foi preso em flagrante no município de Juiz de Fora/MG, Luís Fernando da Rocha Silva (Teco)”, motorista que teria se dirigido até a cidade de Vargem Grande do Sul/SP, a fim de se encontrar com IVAN em um sítio no qual o entorpecente seria entregue para ser transportado até Juiz de Fora/MG.

Segundo se evidenciou na denúncia em face de Ivan Aparecido Martins, formulada no bojo da “Operação Athos” (mídia de fls. 301), o denunciado integraria organização criminosa voltada ao tráfico internacional de entorpecentes e de armas de fogo, vinculada ao Primeiro Comando da Capital – PCC. Tal organização teria núcleos em Juiz de Fora/MG, local onde a operação se deu, no interior paulista, no Rio de Janeiro e em Mato Grosso do Sul. Ivan Aparecido Martins atuaria no núcleo do interior paulista, liderado por Álvaro Daniel Roberto, como braço operacional, armazenando e distribuindo drogas para outros traficantes, além de receber dinheiro dessas negociações.

A materialidade do delito antecedente está presente naqueles autos, tanto na apreensão de mais de 71 (setenta e um) quilos de cocaína, quanto nos índices da interceptação telefônica lá realizada, revelando que Ivan Aparecido Martins negociava a venda de entorpecentes (es-

pecificamente cento e cinquenta quilos no dia 16/02/2014), e também seria o responsável pela entrega das substâncias e pelo recebimento dos valores (conforme mídia de fls. 301).

No que concerne à materialidade delitiva dos crimes de ocultação de propriedade dos veículos Volvo e Fiat Strada, adquiridos com produto de tráfico internacional de entorpecentes, verifica-se que restou plenamente comprovada nos autos, sobretudo pelos seguintes elementos: 1) Auto de Apresentação e Apreensão (fls. 16/19), onde consta que foram localizados em um estacionamento de veículos na Rua José Luís Camargo Moreira, nº 123, Mansões Santo Antonio, próximo ao apartamento de Ivan Aparecido Martins, no qual estavam as chaves dos veículos: um automóvel Mercedes Benz, ML 63 AMG, cor prata, ano 2009/2010, placa FLV0008 e um automóvel FIAT/STRADA Adventure CD, cor cinza, ano 2014/2015, placa, FOV4418; 2) Boletim de ocorrência nº 188/2015 e Auto de Exibição e Apreensão da Delegacia de Polícia de Analândia/SP (fls. 416/425), onde consta apreendido um automóvel VOLVO XC60, RENAVAM 567013316, cor preta, ano 2013/2014, placa FLB8514, em nome de Cláudio Augusto Duarte; 3) cópia de CRLV e pesquisa INFOSEG (fls. 84/85) do automóvel VOLVO XC60, RENAVAM 567013316, placa FLB8514, registrado em nome de Cláudio Augusto Duarte na data de 20/03/2015; 4) cópia do CRLV-DUT (fls. 119/124) do veículo FIAT/STRADA Adventure CD, placa, FOV4418, RENAVAM 01024342708, bem como recibos, comprovando a venda para Soares Transportes Ltda/ME, CNPJ 43.772.557/0001-53, de propriedade de Ailton Ferreira da Silva e Luís Cláudio Soares, apresentando como motorista responsável Cláudio Augusto Duarte, na data de 08/07/2015; 5) laudos periciais nº 276/2015 (fls. 189/199) e 378/2015 (fls. 582/588) realizados nos veículos Fiat Strada e Volvo XC60, os quais concluem pela inexistência de adulterações nos automóveis.

Diante de todo o exposto, resta caracterizada a materialidade dos delitos de ocultação de propriedade de veículos provenientes do tráfico de entorpecentes, capitulados no artigo 1º da lei 9.613/98.

## 2.2 Autoria

### 2.2.1 LUÍS CLÁUDIO SOARES

Para a configuração do delito de lavagem de dinheiro é necessário que o bem, valor ou direito cuja origem se pretende ocultar ou dissimular seja proveniente, direta ou indiretamente, de infração penal.

No presente caso, conforme já devidamente fundamentado na análise da materialidade, o envolvimento do real proprietário do veículo FIAT STRADA, Ivan Aparecido Martins, com o tráfico internacional de entorpecentes restou configurado de acordo com a ação penal nº 0013524-54.2014.4.01.3801, desmembrada dos autos nº 11290-36.2013.401.3801, “Operação Athos”, realizada na Subseção Judiciária de Juiz de Fora/MG.

A propriedade real do veículo Fiat Strada restou confirmada pelo próprio Ivan Aparecido Martins em seu depoimento em sede policial:

(...) que o Jetta (2013), Mercedes (2009), pick-up Strada (2014) são de sua propriedade, porém estão em nome de terceiros; que questionado quem é esse “terceiro”, alega não saber; que adquiriu todos os veículos em São Paulo, em estabelecimento que não se recorda; que todos os veículos foram pagos em dinheiro; que possui também um Volvo, entretanto, após uma batida abandonou o carro (...) (fls. 11).

Além disso, segundo os policiais militares que realizaram as diligências, a chave do veículo foi localizada no apartamento de Ivan Aparecido Martins. De posse da chave, os policiais

encontraram o veículo no estacionamento *Auto Parque* (Rua José Luís de Camargo Moreira, 93, Chácara Primavera, Campinas), próximo ao apartamento.

(...) Num dos cômodos a gente encontrou uma grande quantidade de dinheiro, num corredor de acesso aos cômodos da casa tinha um armário planejado e lá foram encontradas quatro armas e munição. *Além dessas armas, nesse mesmo móvel foram encontradas duas chaves de veículos que não estavam no prédio. Fiz o contato com a equipe que estava com o IVAN detido e ele informou que estariam próximos num estacionamento. A gente prosseguiu em diligência até esse local em que localizamos uma MERCEDES, era um SUV, e uma FIAT STRADA.* As armas estavam guardadas e as chaves estavam de fácil acesso. Questionado, o IVAN disse que eram dele. (...) A gente se identificou no estacionamento, tinha só um vigia lá, porque já era noite, todos os policiais que participaram estavam fardados, então foi tranquilo e a gente acionou facilmente os veículos com os alarmes e inclusive os veículos foram alvo de vistoria pelo canil que a gente acionou pra fazer uma vistoria minuciosa (...) (depoimento do Tenente Fullmann em mídia de fls. 866).

No entanto, embora a propriedade real do veículo *FIAT STRADA* fosse de Ivan Aparecido Martins, havia sido adquirido formalmente pela empresa *Soares Transportes Ltda*, de propriedade de LUIS CLAUDIO SOARES e Ailton Ferreira da Silva (processado em autos desmembrados nº 0001197-27.2016.403.6105).

Conforme narram as testemunhas Paulo Sérgio Ribeiro, ex-proprietário do veículo *Fiat Strada*, e Antonio Gonzalez Veríssimo Fonseca, vendedor da empresa *VEGA Veículos*, na data de 07 de julho de 2015, um indivíduo denominado “Luís” iniciou tratativas para compra do automóvel que havia sido deixado em consignação na empresa por Paulo.

Na mesma data, após negociação sobre o preço (R\$ 55.000,00), foi realizado depósito vinculado ao CPF de Cláudio Augusto Duarte, nome falso utilizado pelo réu *CLAUDI JALMAS DUARTE*, em dinheiro na conta da empresa *VEGA Veículos* e concretizada a venda (fls. 120 e fls. 122/123).

Segundo o vendedor:

(...) O nome da pessoa que foi comprar o veículo era “Luís”. Era um carro em consignação, ele viu o carro, negociamos, ele foi ao banco, fez o pagamento e voltou pra retirar o carro. Em um dia só. Ele transferiu o dinheiro para a conta da loja. Pagamento à vista. Quem negociou comigo foi apenas ele. Teve um momento que .... *a venda do carro foi feita em nome de uma pessoa jurídica, não me recordo o nome. Ele se apresentou como uma pessoa que estava lá pra fazer a intermediação, mas não como sócio nem participante. Na venda do carro quando é no nome de uma pessoa jurídica, um dos procedimentos que nós fazemos é pedir a CNH.* Aí ele se dirigiu ao carro pra pegar o documento dizendo que era do motorista da empresa. Como se tivesse uma segunda pessoa no carro. Mas eu não vi essa segunda pessoa exatamente. *Ele trouxe um documento no qual eu tirei cópia dessa CNH. Acho que o nome era Cláudio.* (...) O Luís disse que ia até o carro buscar o documento do motorista da empresa, e aí ele foi e voltou com esse documento, então essa pessoa teria entregado pra ele. Mas não vi essa pessoa. (...) Luís era branco, mais ou menos 1,70m, cabelo não era claro, mas um pouquinho mais claro, na faixa de uns 40 anos, trinta e poucos, magro, pessoa magrinha. Nenhum dos que estão presentes aqui foram à loja (...) (mídia de fls. 866).

Conforme se verifica do depoimento acima, o veículo *Fiat Strada* foi negociado em nome da empresa *Soares Transportes Ltda*, por um indivíduo denominado “Luís”, que não foi reco-

nhecido pelo vendedor como o réu LUÍS CLÁUDIO SOARES, e no mesmo dia 07/07/2015 o pagamento foi realizado mediante depósito em dinheiro. O “representante” da *Soares Transportes Ltda-ME* apresentou Comprovante de Inscrição e de Situação Cadastral (fls. 118) e contrato social da empresa, de acordo com o depoimento do vendedor às fls. 117.

De acordo com o ex-proprietário do veículo, Paulo Sérgio Ribeiro, no dia seguinte após a negociação, ele se dirigiu sozinho ao cartório para registrar a venda em nome de Soares Transportes Ltda-ME (recibo em fls. 119):

(...) O veículo Fiat Strada era da empresa que é minha. Comprei no final de 2014. Deixei em consignação na loja pra vender pouco tempo depois que comprei. No começo do ano já deixei pra vender. Na época eu queria 58.000,00 e eles disseram que venderia por 58 e me dariam 56.000,00. *Daí quando vendeu tinha uma proposta de uma pessoa que pagava um pouco mais barato, pagava em dinheiro, por 55.000,00. Eles ficariam com mil e eu ficaria com 54. Aí eu aceitei. O valor foi depositado em conta, da loja para a conta da minha empresa.(...) Eu peguei o recibo de transferência na loja, fui até o cartório sozinho, reconheci e devolvi na loja de novo. Não tive contato nenhum com o comprador. (...)* (mídia de fls. 866).

A transferência formal para a empresa Soares Transportes Ltda-ME foi realizada no momento em que o vendedor declarou a venda no Documento de Transferência do Veículo e o veículo foi entregue aos novos proprietários: 08/07/2015 (fls. 119).

Ainda que o comprador não tivesse comparecido em cartório naquele momento, posteriormente deveria fazê-lo para que a transferência do veículo pudesse ser anotada no novo documento em nome da *Soares Transportes Ltda-ME*, com a assinatura dos sócios Ailton Ferreira da Silva e LUIS CLÁUDIO SOARES, os quais, conforme o contrato social encartado em fls.1063/1072, são os responsáveis pela gestão da empresa.

O réu LUÍS CLÁUDIO SOARES, no entanto, nega qualquer participação da ocultação do veículo Fiat Strada em nome de sua empresa Soares Transportes Ltda-ME.

(...)Veja bem, essa empresa vem de pai pra filho, essa empresa tem mais de 40 anos. Essa empresa é a Soares Transportes. Ela teve atividade até 1996, porque o colégio no qual eu trabalhava que era o School Immaculate Chapel – Católica de São Paulo que é um colégio de elite. Então eu transportava filho de embaixador da Alemanha, Cônsul do México... como houve um desvio de conduta minha quando eu fui preso, eu perdi esse serviço de confiança. Eu tinha quatro ônibus, dois ônibus ficou pra acertar os funcionários antigos e causas trabalhistas. Um eu dei pra minha irmã, o outro eu vendi pra pagar advogado como vendi também um carro que eu tinha na época e uma moto pra pagar advogado e dar continuidade pra que eu respondesse solto. Nesse período em fiquei nove anos pra responder solto até que eu fui capturado. A minha prisão ocorreu em 2006. (...) *A empresa está inativa desde 2000. (...) Quanto aos sócios da empresa, hoje vigora o meu nome e o da minha irmã. O que me estranha, alguém efetuar a compra de um carro não sendo eu nem minha irmã. Eu li no processo judicial que consta como senhor Ailton meu sócio. Eu não conheço senhor Ailton, nunca foi meu sócio. Não tenho convívio. Não conheço IVAN nem pelo nome. Também não conheço Luiz Tijolim. Não conheço nenhuma dessas pessoas que estão no papel que me foi entregue e não faço parte dessa corja. (...) Não transferi o Fiat Strada porque nunca foi proprietário desse carro. (...) O endereço da empresa é o mesmo há 25 anos, Rua dos Cafezais, 279. (...) Não sei como conseguiram os dados da firma, mas hoje você compra isso na Praça da Sé, na Santa Efigênia. O que eu acho estranho é uma empresa vender esse carro sem exigir contrato, documentação, sem que o proprietário vá lá assinar. A senhora percebeu que o rapaz falou que não era eu que fui lá assinar. Hoje com a crise quando alguém aparece com*

dinheiro pra tudo se dá um jeito. Esse jeito que deram eu estou pagando seis meses de uma cadeia que eu não tenho culpa. (...) (mídia de fls. 866).

Apesar da negativa de LUÍS CLÁUDIO SOARES, constam dos autos informações diversas. O comprovante de inscrição e situação cadastral da empresa (fls. 118) informa que a empresa estava “ativa” na data de 11/12/2008.

A ficha cadastral da JUCESP traz a informação de que em 07/12/2009 houve alteração do objeto social, do capital social, do endereço da empresa (para a Av. Professor Vicente Rao nº 1218, Bloco IV, Jd. Petrópolis, São Paulo) e redistribuição das quotas sociais entre os sócios Luís Cláudio Soares e Etelvina Ribeiro Soares. Posteriormente, em 16/04/2010, houve nova alteração do capital social com redistribuição das quotas sociais e mudança do quadro societário, tendo havido substituição da mãe do réu LUÍS, Etelvina Ribeiro Soares, por Ailton Ferreira Da Silva (fls. 1013/1015).

Estão encartados nos autos os contratos sociais com as mudanças acima referidas, todos assinados e registrados na JUCESP com visto de conferência aposto pela referida Junta Comercial.

Embora o réu alegue desconhecer tais mudanças e “ter sido vítima de um golpe”, não houve qualquer contestação por parte da defesa dos referidos contratos, tampouco se requereu qualquer diligência que pudesse comprovar eventual falsidade ou o não envolvimento do LUÍS CLÁUDIO SOARES nesses registros.

Nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal, cabe a quem a faz a prova da alegação. Não se desincumbiu a defesa de provar a versão apresentada pelo réu. Restou apenas a negativa genérica dos fatos.

Todavia, os documentos encartados comprovam que, ainda que não tenha sido LUÍS CLÁUDIO SOARES a negociar pessoalmente a compra do veículo Fiat Strada, visto que o vendedor não o reconheceu como o indivíduo que realizou a transação, o veículo foi adquirido em nome da empresa *Soares Transporte Ltda-ME*, com a apresentação dos documentos que a identificavam. Empresa cujos registros formais na Junta Comercial, comprovados por alterações contratuais devidamente assinadas e conferidas, apontam ser administrada pelo réu em conjunto com Ailton Ferreira da Silva.

Nesse sentido, colhe-se na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

EMEN: PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. CRIME DE LAVAGEM DE CAPITAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. NÃO OCORRÊNCIA. DETALHAMENTO MINUCIOSO DECORRENTE DO EXAME DO PLEITO. POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO COM BASE EM FUNDAMENTOS DIVERSOS DAQUELES APRESENTADOS PELAS PARTES. INDÍCIOS SUFICIENTES DA EXISTÊNCIA DO CRIME ANTECEDENTE. CONFIGURAÇÃO. AUTONOMIA. RECURSO IMPROVIDO.

1. Na hipótese, o detalhamento minucioso do caso, inclusive acerca da existência ou não de indícios de autoria, deu-se em decorrência da análise do pleito formulado pelo impetrante, quanto à incompetência da Justiça Federal para processamento do feito.
2. Pode o magistrado prestar jurisdição solvendo o direito aplicável inclusive por fundamentos não apresentados pelas partes, sem que isto altere o limite do caso penal.
3. Permanece típica e punível a lavagem de dinheiro mesmo quando desconhecido ou isento de pena o autor do crime precedente, desde que presentes indícios suficientes da existência deste delito (art. 2º, § 1º, da Lei n. 9.613/98).

4. *O sujeito ativo do crime de lavagem de dinheiro pode ser, não só o autor, o coautor ou o partícipe do crime antecedente, mas todo aquele que, de alguma forma, concorra para a ocultação ou dissimulação do lucro proveniente da atividade delituosa.*

5. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que, para a configuração do crime do artigo art. 1º da Lei n. 9.613/98, não é necessário que o acusado tenha sido condenado pelo delito antecedente, pois embora derivado ou acessório, o delito de lavagem de dinheiro é autônomo.

6. Recurso ordinário improvido.

..EMEN: (RHC 201303287101, NEFI CORDEIRO, STJ - SEXTA TURMA, DJE DATA:12/05/2016 ..DTPB:.)

Destarte, plenamente comprovada a prática da conduta de ocultação de bem proveniente de crime, capitulado no artigo 1º da Lei 9.613/98, *uma vez*, por parte de LUÍS CLÁUDIO SOARES.

#### 2.2.2 CLAUDIJALMAS DUARTE

Conforme anteriormente fundamentado na análise da materialidade, o envolvimento do real proprietário dos veículos *Fiat Strada* e *Volvo*, Ivan Aparecido Martins, com o tráfico internacional de entorpecentes restou configurado de acordo com a ação penal nº 0013524-54.2014.4.01.3801, desmembrada dos autos nº 11290-36.2013.401.3801, “*Operação Athos*”, realizada na Subseção Judiciária de Juiz de Fora/MG.

O veículo *Fiat Strada*, conforme já descrito acima, foi localizado em um estacionamento (próximo ao apartamento em que residia) no qual Ivan Aparecido Martins guardava também seu outro automóvel (um *Mercedes*). Além disso, as chaves dos automóveis foram localizadas no referido apartamento.

Embora a propriedade real do veículo *Fiat Strada* fosse de Ivan Aparecido Martins, foi adquirido pela empresa *Soares Transportes Ltda* com o auxílio da CNH falsa, em nome de Cláudio Augusto Duarte, utilizada por CLAUDIJALMAS DUARTE.

Restou comprovado documentalmente nos autos que CLAUDIJALMAS DUARTE utilizava-se de documentos falsos em nome de Cláudio Augusto Duarte (fls. 509/513). Tal informação foi confirmada pelo réu CLAUDIJALMAS DUARTE em seu interrogatório:

(...) Eu consegui um outro nome em Minas Gerais, em Belo Horizonte, pra me esconder da justiça porque eu tinha que trabalhar e tratar dos meus filhos que eram menores, e dependia de mim pra faculdade, universidade e uma série de coisas. E eu precisava trabalhar e com meu nome era inviável visto que eu estava com mandado de prisão (...) (mídia de fls. 866).

Conforme narrou o vendedor da empresa VEGA Veículos, Antonio Gonzalez Veríssimo Fonseca, a compra do *Fiat Strada* foi realizada por um indivíduo denominado “Luís”, mas havia um segundo indivíduo no veículo que não participou das tratativas, mas estava de posse da CNH falsa (cópia em fls. 121) em nome de Cláudio Augusto Duarte, e a entregou ao vendedor para que constasse como o motorista do veículo que fora adquirido pela pessoa jurídica *Soares Transportes Ltda*.

(...) O nome da pessoa que foi comprar o veículo era “Luís”. Era um carro em consignação, ele viu o carro, negociamos, ele foi ao banco, fez o pagamento e voltou pra retirar o carro. Em um dia só. Ele transferiu o dinheiro para a conta da loja. Pagamento à vista. Quem negociou comigo foi apenas ele. (...) *Na venda do carro quando é no nome de uma pessoa jurídica, um*

*dos procedimentos que nós fazemos é pedir a CNH. Aí ele se dirigiu ao carro pra pegar o documento dizendo que era do motorista da empresa. Como se tivesse uma segunda pessoa no carro. Mas eu não vi essa segunda pessoa exatamente. Ele trouxe um documento no qual eu tirei cópia dessa CNH. Acho que o nome era Cláudio (...). (mídia de fls. 866).*

Posteriormente se verificou que o pagamento do veículo *Fiat Strada* foi realizado em depósito em dinheiro para a conta da *Vega Veículos*, vinculado ao Cadastro de Pessoa Física – CPF de Cláudio Augusto Duarte, conforme documentos de fls. 120 e 639/645.

Assim, embora o automóvel *Fiat Strada* não esteja registrado em nome de CLAUDIJALMAS DUARTE, a aquisição e a ocultação do veículo em nome da empresa *Soares Transportes Ltda-ME* não teriam ocorrido do modo como se realizaram sem a interferência deste. Sua atuação foi imprescindível para que a conduta delituosa ocorresse, visto que forneceu a CNH falsa em nome de Cláudio Augusto Duarte para constar como motorista no contrato de venda e o depósito para pagamento em dinheiro foi realizado com a utilização de seu CPF.

Verifica-se, por sua vez, que o veículo *Volvo*, não foi localizado com Ivan Aparecido Martins, por ocasião da sua prisão em flagrante. De acordo com o Boletim de ocorrência nº 188/2015, lavrado Delegacia de Polícia de Analândia/SP, o veículo, registrado em nome de Cláudio Augusto Duarte (fls. 84/85), teria se envolvido em um acidente no trevo de Analândia e os ocupantes estariam descarregando armamentos em bolsas e escondendo-as no mato (fls. 416/425).

Observa-se que o mesmo Delegado de Polícia Civil de Analândia identificou e encaminhou a este juízo o Boletim de Ocorrência nº 20/2015, lavrado na Delegacia de Polícia de Sertãozinho poucos dias antes (25/06/2015), envolvendo CLAUDIJALMAS DUARTE que teria se apresentado aos policiais como Cláudio Augusto Duarte, fazendo uso de CNH falsa (fls. 429/430).

A despeito de estar registrado em nome de Cláudio Augusto Duarte, a propriedade real do veículo *Volvo* foi confirmada por Ivan Aparecido Martins em sede inquisitiva. Primeiramente no interrogatório prestado por ocasião de sua prisão em flagrante: “(...) que possui também um Volvo, entretanto, após uma batida abandonou o carro” (fls. 11). Posteriormente, ao ser questionado sobre o referido veículo nos autos da carta precatória 284/15, em 12/08/2015, pela Delegacia de Investigações Gerais de Avaré/SP, Ivan Aparecido Martins alegou “*não conhecer*” Claudijalmas Duarte ou Cláudio Augusto Duarte, mas confirmou a propriedade do veículo VOLVO: “(...) *Seu veículo Volvo pode estar em nome de Cláudio Augusto Duarte por relação com o proprietário anterior, já que o interrogado nunca negociou seu veículo com Cláudio*” (fls. 266/267).

CLAUDIJALMAS DUARTE, em seu interrogatório, negou ter qualquer participação na ocultação de ambos os veículos, afirmando não ter comparecido a Campinas para a aquisição do *Fiat Strada* e ter sido vítima de uma organização criminosa que se utilizou de cópias de seus documentos para registrar veículos em seu nome, sem o seu consentimento.

(...) As alegações são falsas. Eu nunca tive ciência desse veículo estar em meu nome. Eu tive uma empresa a Construagro. Depois por dificuldades financeiras eu vendi e fui trabalhar pro novo proprietário. Em determinado dia me procurou um cidadão de nome Fernando, que eu queria comprar um carro financiado, ele ficou de ver esse carro pra mim. *Eu dei pra ele os meus documentos concernentes ao financiamento de um veículo, atestado de residência, renda, documentos, carteira de habilitação, ele levou e não houve a compra do referido veículo. Aí eu comprei pelo Banco Santander que abriu uma linha de crédito um carro Toyota, ano 2009/2008 blindado e fiquei com esse carro.* Posteriormente esse Fernando me procurou e

disse que precisava falar comigo com urgência, esse Fernando é de Mogi-Guaçu, no interior de São Paulo, ai ele me disse que tinha um carro que sem querer havia ficado no meu nome, porque tinha dois “Cláudios” e o cidadão colocou o carro no nome errado. No Cláudio errado. Quando eu fui lá pra transferir o carro, o carro estava preso numa cidade chamada Jacutinga, Minas Gerais, quando eu fui à Jacutinga eu tirei o carro estava apreendido, entreguei a ele numa cidade vizinha de Mogi Guaçu, visto que era ponto facultativo naquele dia, e dei uma procuração para que ele transferisse esse veículo, depois de até discutir com ele, porque isso havia acontecido. Depois disso eu fui saber posteriormente que a Polícia Federal me procurou, com eu tinha um mandado de prisão contra mim eu não apareci porque eu seria preso imediatamente. Mas eu nunca soube da existência desse carro, não tinha dinheiro pra comprar um carro nesse valor, não vendi esse carro por motivo nenhum, não coloquei em meu nome a pedido de outros. (...) *O Fiat Strada não sei, desconheço, nunca vi, não estava nada no meu nome. Desconheço a empresa Soares Transportes Ltda. Não tenho a mínima ideia de quem é Aílton Ferreira da Silva.* Isso pra mim é surpresa. Porque nos autos que eu li não consta que tenha uma empresa no meu nome Claudijalmas Duarte ou Cláudio Augusto Duarte. Eu nunca abri essa empresa. (...) Eu descobri a posteriori, depois desses fatos, que eu tinha mais ou menos quatro ou cinco veículos em meu nome, caríssimos, inclusive uma lancha e um reboque. E eu desconhecia esse fato (...) (mídia de fls. 866).

Apesar da negativa de CLAUDIJALMAS DUARTE, seus documentos foram apresentados e utilizados para ocultação de ambos os veículos (Fiat Strada e Volvo). Ressalte-se que, no caso do veículo Volvo, para que a transferência formal tenha se operado, houve a necessidade não só da apresentação dos documentos originais, e não meras cópias, de Cláudio Augusto Duarte em cartório, mas também de sua presença e assinatura, devido ao procedimento regular de registro e transferência de veículos. A utilização pelo réu dos documentos falsos em nome de Cláudio Augusto Duarte era reiterada, tanto que, quando fora abordado pela Polícia Civil de Sertãozinho em 25/06/2015, apresentou-se aos policiais como sendo Cláudio Augusto Duarte, fazendo uso inclusive, de CNH falsa (fls. 429/430).

Além disso, a versão apresentada por CLAUDIJALMAS DUARTE em juízo não é de modo algum verossímil, visto que, segundo ele, três veículos teriam sido indevidamente registrados em nome de Cláudio Augusto Duarte (nome falso utilizado por ele), sem seu conhecimento, após ter emprestado seus documentos a um certo “Fernando” para que este o auxiliasse no financiamento de um veículo. No entanto, ainda de acordo com ele, a compra não teria se efetuada e ele próprio teria adquirido o veículo Toyota/Corolla de sua propriedade (registrado em 04/02/2015 – fls. 66-verso).

Todavia, o registro do veículo *Volvo* em nome de Cláudio Augusto Duarte foi realizado em 20/03/2015 (fls. 514), portanto, após a compra do Toyota/Corolla para a qual certamente CLAUDIJALMAS DUARTE precisou utilizar os documentos que “havia emprestado ao suposto Fernando”. Logo, tais documentos necessariamente já teriam sido devolvidos a ele.

Ademais, de acordo com o artigo 156 do Código de Processo Penal, cabe a quem a faz a prova da alegação. Não se desincumbiu a defesa de provar a versão apresentada pelo réu. Restou apenas a negativa genérica dos fatos que foram documentalmentemente comprovados nos autos.

Destarte, considero plenamente comprovada a prática das condutas de ocultação de bem proveniente de crime, capituladas no artigo 1º da Lei 9.613/98, por duas vezes (em relação ao Fiat Strada e em relação ao Volvo), na forma do artigo 71 do Código Penal, por parte de CLAUDIJALMAS DUARTE, utilizando-se do nome falso Cláudio Augusto Duarte.

### 3. Dosimetria da pena

### 3.1 LUÍS CLÁUDIO SOARES

Passo à análise das diretrizes apontadas no art. 59 do Código Penal.

Na *primeira fase de aplicação da pena*, no tocante à *culpabilidade* do acusado, entendida como a reprovabilidade da conduta típica e ilícita, entendo que foi normal à espécie. À míngua de elementos quanto à *personalidade* e conduta social do agente, deixo de valorá-las. Nada a comentar sobre o comportamento da *vítima*.

As *circunstâncias*, as *consequências* e os *motivos* foram normais ao tipo.

O réu ostenta antecedentes criminais, pois apresenta condenação por tráfico de entorpecentes nos autos 0037143-15.1996.8.26.0050, da 15ª Vara Criminal do Foro Central Criminal da Barra Funda, São Paulo/SP, com trânsito em julgado em 03/08/2000, cumprimento de mandado de prisão em 11/04/2006 (fls. 18 e 21).

Por isso, observando as diretrizes dos artigos 59 e 60 do Código Penal, fixo a pena-base um pouco acima do mínimo legal em 03 (três) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 43 (quarenta e três) dias-multa.

Na *segunda fase*, não há atenuantes ou agravantes a considerar.

Na *terceira fase*, inexistem causas de diminuição ou aumento, pelo que subsiste a pena de *03 (três) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 43 (quarenta e três) dias-multa*.

Ante as informações constantes dos autos sobre as condições financeiras e econômicas do réu, fixo o valor do dia-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, corrigidos pelos índices oficiais até o efetivo pagamento.

#### 3.1.1. Regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade

Tendo em vista a quantidade de pena aplicada e considerando o regramento estabelecido no artigo 387, § 2º, do CPP, o qual prevê o cômputo do tempo de prisão provisória do réu (364 dias – conforme certidão de fls. 1098) na determinação do regime de cumprimento de pena, fixo como regime inicial de cumprimento o ABERTO, nos termos do artigo 33, § 2º, “c”, do Código Penal.

#### 3.1.2. Pena substitutiva

Presentes as hipóteses dos incisos I, II e III do artigo 44, do Código Penal, *substituo* a pena de reclusão por duas penas restritivas de direitos, consistentes no seguinte: 1) prestação pecuniária de 05 (cinco) salários mínimos, direcionadas à “Casa da Criança Paralítica de Campinas”, com endereço à Rua Pedro Domingos Vitalli, 160, Parque Itália, Campinas/SP, Banco Santander, Agência 4378, Conta corrente 13.000.430-7; 2) prestação pecuniária de 05 (cinco) salários mínimos, direcionadas ao “Instituto Padre Haroldo Rahm”, CNPJ 50.068.188/0001-88, Banco do Brasil, Agência 2913-0, Conta Corrente 23260-2.

Deve o acusado ser advertido de que o descumprimento implicará na conversão das penas restritivas de direito na pena de detenção fixada (artigo 44, § 4º, do Código Penal).

#### 3.1.3 Direito de recorrer em liberdade

Em cumprimento ao art. 387 do CPP, considerando o tempo de prisão já cumprido, a *imposição de regime prisional aberto*, e as circunstâncias judiciais quase todas favoráveis, não mais vislumbro razões para o encarceramento do condenado, que poderá apelar em liberdade.

Dessa forma, revogo a prisão preventiva de LUIS CLÁUDIO SOARES.

*Expeça-se imediatamente alvará de soltura clausulado.*

### 3.2 CLAUDIJALMAS DUARTE

Passo à análise das diretrizes apontadas no art. 59 do Código Penal.

Na *primeira fase de aplicação da pena*, no tocante à *culpabilidade* do acusado, entendida como a reprovabilidade da conduta típica e ilícita, entendo que foi normal à espécie. À míngua de elementos quanto à *personalidade* do agente, deixo de valorá-la. Nada a comentar sobre o comportamento da *vítima*.

A *conduta social* do réu, por sua vez, revelou-se *desfavorável*, visto que fez da criminalidade seu meio de vida, estando foragido por anos da justiça e fazendo uso constante de documentos falsos.

Os *motivos*, as *circunstâncias* e as *consequências* são normais ao tipo delitivo.

O réu ostenta vários *antecedentes criminais*, com condenações transitadas em julgado por furto (4ª Vara Criminal de Campinas/SP – autos 2185/1989), estelionato (Vara da Comarca de Nova Granada – autos 417/1992 e Vara da Comarca de Paulo Faria – autos 324/1992) e receptação (5ª Vara Criminal de São José do Rio Preto – autos 1102/1992 e 2ª Vara Criminal de São Bernardo do Campo – autos 836/1998), conforme certidão da Vara de Execuções Criminais de Araçatuba, encartada em fls. 74/77 do apenso de antecedentes. A última delas, autos nº 0047562-24.2003.8.26.0576 da 4ª Vara Criminal de São José do Rio Preto/SP (certidão de fls. 80), transitou em julgado em 26/09/2006, mas ainda se encontra em cumprimento de pena, haja vista ter estado o réu foragido. Assim, por forjar reincidência, será avaliada na segunda fase da dosimetria da pena.

Por isso, observando as diretrizes dos artigos 59 e 60 do Código Penal, fixo a pena-base acima do mínimo legal em 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 86 (oitenta e seis) dias-multa.

Na *segunda fase*, não há atenuantes. Incide, no entanto, a agravante da *reincidência* prevista no artigo 61, I, do Código Penal, uma vez que o réu apresenta condenação transitada em julgado anteriormente ao cometimento do crime apurado nestes autos, conforme certidão de fls. 80 do apenso de antecedentes criminais. Aumento, pois, a pena em 1/6, fixando-a em 05 (cinco) anos, 05 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 100 (cem) dias-multa.

Na *terceira fase de aplicação da pena*, ante a ausência de causas de diminuição, verifico a incidência da regra prevista no *artigo 71 do Código Penal*, porquanto os delitos foram praticados nas mesmas circunstâncias de tempo e forma de execução, conforme já exposto. Diante disso, ante a realização de duas condutas de ocultação de bem proveniente de infração penal, impõe-se um aumento da pena de 1/6 (um sexto), o que resulta na pena de *06 (seis) anos, 04 (quatro) meses e 06 (seis) dias de reclusão e 116 (cento e dezesseis) dias-multa*.

Ante as informações constantes dos autos sobre as condições financeiras e econômicas do réu, fixo o valor do dia-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, corrigidos pelos índices oficiais até o efetivo pagamento.

### 3.2.1. Regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade

Mesmo aplicando o regramento estabelecido no artigo 387, § 2º, do CPP, o qual prevê o cômputo do tempo de prisão provisória do réu (393 dias – conforme certidão de fls. 1098) na determinação do regime de cumprimento de pena, tendo em vista a quantidade de pena aplicada e o fato de se tratar de réu REINCENTE em crime doloso, fixo como regime inicial de cumprimento, o FECHADO, nos termos do artigo 33, § 2º, “b”, *a contrario sensu*, e § 3º, do Código Penal.

### 3.2.2. Pena substitutiva

Nos termos do artigo 44, I e II, do Código Penal, tendo em vista a quantidade da pena privativa de liberdade aplicada e o fato de ser o réu reincidente em crime doloso, mostra-se

inaplicável a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.

### *3.2.3. Direito de recorrer em liberdade*

Em cumprimento ao art. 387 do CPP, *não assiste ao réu* o direito de apelar em liberdade, uma vez que permanecem inalteradas as razões de fato e de direito que ensejaram a decretação de sua prisão preventiva e ainda mais reforçados pela condenação ao regime inicial fechado, razão pela qual mantenho o decreto prisional por seus próprios e jurídicos fundamentos.

### *4. Dispositivo*

Diante do exposto, JULGO PROCEDENTE a pretensão punitiva estatal para:

a) *condenar o réu LUÍS CLÁUDIO SOARES*, já qualificado, como incurso nas sanções do artigo 1º da Lei 9.613/1998. Fixo a pena privativa de liberdade em *03 (três) anos e 10 (dez) meses de reclusão*, a ser cumprida desde o início no regime ABERTO, e *43 (quarenta e três) dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito*.

d) *condenar o réu CLAUDIJALMAS DUARTE*, já qualificado, como incurso nas sanções do artigo 1º da Lei 9.613/1998, c.c. artigo 71 do Código Penal. Fixo a pena privativa de liberdade em *06 (seis) anos, 04 (quatro) meses e 06 (seis) dias de reclusão*, a ser cumprida em regime inicial FECHADO, e *116 (cento e dezesseis) dias-multa*.

### *5. Destinação de bens*

Já houve destinação dos veículos a) FIAT/STRADA Adventure CD, cor cinza, ano 2014/2015, placa, FOV4418 e b) VOLVO XC60, RENAVAL 567013316, cor preta, ano 2013/2014, placa FLB8514; assim como de outros bens apreendidos no interior do Volvo, nos autos principais nº 0009611-48.2015.403.6105.

### *6. Disposições finais*

Por serem os réus beneficiários da Justiça Gratuita, isento-os do pagamento das custas processuais.

Não há valor mínimo a fixar para reparação de danos em favor da vítima (artigo 387, inciso IV, do CPP).

Após o trânsito em julgado, oficie-se ao departamento competente para fins de estatísticas e antecedentes criminais, remetam-se os autos ao SEDI para as devidas anotações e comunique-se ao Egrégio Tribunal Regional Eleitoral para os fins do artigo 15, inciso III, da Constituição Federal.

No mesmo momento processual dever-se-á adotar as providências para que os nomes dos réus sejam incluídos no Rol dos Culpados, bem como para que seja formado Processo de Execução Penal.

Caso haja interposição de apelação com relação ao réu preso, expeça-se a competente Guia de Execução Provisória, nos termos da lei.

*Publique-se, registre-se e intimem-se.*

Campinas, 13 de fevereiro de 2017.

Juíza Federal VALDIRENE RIBEIRO DE SOUZA FALCÃO

## **AÇÃO DE RITO ORDINÁRIO**

**0005534-35.2016.4.03.6113**

Autor: IAN LUCAS RIBEIRO MIQUELINI (incapaz)

Ré: UNIÃO FEDERAL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA CRIMINAL DE FRANCA - SP

Juíza Federal: FABÍOLA QUEIROZ

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/06/2017

### *RELATÓRIO*

Trata-se de ação de rito comum promovida por *IAN LUCAS RIBEIRO MIQUELINI*, representado por sua mãe Gisele Aparecida Costa Ribeiro, contra a *UNIÃO*, em que pretende lhe seja assegurado, imediatamente, o fornecimento gratuito de medicamento de alto custo por tempo indeterminado, na forma e dosagem prescrita por seu médico. Pleiteia que ao final o pedido seja julgado totalmente procedente para (fls. 38/39) “(...) Reconhecer, como demonstrado, o direito do Autor, ao recebimento gratuito, urgente e por tempo indeterminado do medicamento *Translarna®* (*Ataluren*), bem como compelir a Ré a cumprir sua obrigação de fornecê-lo ao mesmo conforme prescrito pelo médico que o assiste, tornando definitiva, portanto, a tutela antecipadamente deferida; (...) Condenar a Ré ao pagamento das despesas judiciais, bem como dos honorários advocatícios, em valor a ser arbitrado por Vossa Excelência, monetariamente atualizado e corrigido. (...)”

Pede, ainda, a citação a ré, protesta pela produção de todos os meios de prova permitidos, prioridade na tramitação do feito nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código de Processo Civil, concessão dos benefícios da justiça gratuita, realização de audiência de tentativa de conciliação e intimação específica em nome de sua patrona.

Pede a antecipação da tutela, sob a alegação de possuir doença rara grave e progressiva, capaz de causar morte, denominada *Distrofia Muscular de Duchenne*, de modo que não pode aguardar o resultado da demanda, sob pena de perecimento de seu maior bem, que é a vida.

Aduziu que o único tratamento eficaz para lhe assegurar o direito de viver com dignidade se dá com o emprego do medicamento *Ataluren*, fabricado apenas por um laboratório e comercializado sob o nome *Translarna®*. Por se tratar de medicamento órfão (isto é, medicamento para tratamento de doença rara), a União teria obrigação em fornecê-lo, mas não o faz, sob o infundado argumento de que o medicamento “não é disponibilizado/padronizado pelo Ministério da Saúde, bem como não há alternativa terapêutica disponível no Sistema Único de Saúde – SUS para a doença indicada”.

Juntou Parecer Técnico nº 137, no qual consta que o *Ataluren* (*Translarna®*) “não possui registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e não está padronizado em nenhum dos componentes da Assistência Farmacêutica do SUS” (fls. 64). Ressalta, porém, que esse fato não impede a procedência da demanda, sobretudo porque esse medicamento já foi registrado na União Europeia.

Também carrou aos autos parecer do médico que o assiste, no qual é informado que o autor necessita rapidamente do tratamento com o *Ataluren* a fim de que mantenha a marcha autônoma, evitando que necessite utilizar cadeira de rodas, bem como a fim de interromper o avanço da doença que causa a perda progressiva dos movimentos dos membros inferiores, comprometimento cardíaco e respiratório, e que culmina com a morte do indivíduo.

Realça a existência de vários precedentes, inclusive do Tribunal Regional da 3ª Região, julgando procedentes ações em que se postularam o fornecimento dessa medicação.

O pedido de tutela antecipada foi deferido (fls. 117/122).

A União apresentou contestação e documentos (fls. 133/166). Preliminarmente, aduziu que é parte passiva ilegítima. Ressalta que promove o repasse dos recursos aos Estados e aos Municípios, motivo pelo qual incumbiria a estes entes federativos a disponibilização dos medicamentos de que necessita a parte autora. Roga que seja excluída do polo passivo. No mérito, sustenta que o medicamento “Ataluren” (Translarna®) não possui registro na ANVISA. Afirma que o fornecimento do “Ataluren” (Translarna®) afrontaria legislação pátria, especificamente as normas que regem o sistema brasileiro de vigilância sanitária, colocando em risco tanto a pessoa que pleiteia o medicamento judicialmente quanto a coletividade. Remete aos termos da Recomendação nº 31/2010 do CNJ. Diz que o referido medicamento foi rejeitado pela Comissão de Incorporação de Tecnologia do Ministério da Saúde – CITEC/MS após a análise técnica. Menciona os valores que são dispendidos no cumprimento de decisão judiciais para o fornecimento do “Ataluren” (Translarna®). Remete aos termos dos dispositivos da Lei nº 6.360/76, artigo 200 da Constituição Federal, Lei nº 8.080/90 e Lei nº 9.782/99. Indica e explica as etapas para registro de um medicamento junto à ANVISA. Assevera que a determinação de fornecimento de medicamento na via judicial sem registro na ANVISA constitui-se provimento jurisdicional em desacordo com a lei. Afirma que não há comprovação científica da eficácia do medicamento “Ataluren” (Translarna®), e que o fato de o medicamento ser registrado em outros países não confere garantia suficiente de sua segurança, eficiência e qualidade. Argumenta que somente em situações excepcionais a importação de medicamentos sem registro pode ser autorizada pela ANVISA. Diz que até o momento não houve pedido para registro do medicamento pleiteado, e que este possui vários efeitos colaterais. Afirma que não há comprovação de que o medicamento “Ataluren” (Translarna®) é seguro e eficaz, e que seu uso pode acarretar resultados negativos, e que na realidade os pacientes estão sendo submetidos a estudo clínico de interesse do fabricante. Ressalta que o SUS fornece outros tratamentos e medicamentos para a moléstia que o autor é portador. Remete aos termos dos Enunciados nº 3, 6, 8, 9, 12, 13, 16, 18 e 19 da I Jornada de Direito da Saúde. Sustenta que no caso em tela deve haver a aplicação da “cláusula da reserva do possível”, pois o poder público deve escolher as opções que alcancem a maior parte da população, ainda que, para tanto, algumas situações específicas sejam excluídas. Diz que a concessão de medicamentos e tratamento médicos por meio de processos judiciais e liminares desestabiliza o sistema de saúde, com repercussão direta sobre a alocação de recursos públicos ao SUS, vulnerando a isonomia entre os beneficiários e criando enormes injustiças. Indica que a realização de despesa não autorizada pela Lei Orçamentária fere o artigo 167, incisos I, II, VI e VII da Constituição Federal. Alega que a atuação do Judiciário em situações como a destes autos viola o princípio constitucional da tripartição dos poderes. Insurge-se contra o pedido de concessão do medicamento por tempo indeterminado, rogando que, caso seja concedido o pedido, haja delimitação do termo *ad quem* para a obrigação que vier a ser imposta à União, mediante reavaliação clínica periódica. Ressalta a necessidade da realização de prova pericial. Pleiteia, ao final, que seja acolhida a preliminar de ilegitimidade passiva, extinguindo-se o processo sem apreciação do mérito, ou que o pedido seja julgado improcedente. Caso haja a concessão do pedido, que seja reconhecido o rateio em partes iguais para o custeio do fármaco entre as três esferas de gestão do SUS.

Às fls. 167/171 a União Federal apresentou seus quesitos e reiterou a necessidade da produção da prova pericial. Às fls. 172/201 informou a interposição de agravo de instrumento.

A parte autora requereu a juntada de documentos médicos atualizados (fls. 198/201).

Determinou-se a intimação da União Federal para que tomasse ciência da petição de fl. 198 e para que juntasse aos autos a Nota Técnica mencionada no item 7 da conclusão da contestação (fl. 157), no prazo de 05 dias. No ensejo, determinou-se ainda a intimação da parte autora para que se manifestasse sobre a contestação oferecimento de contrarrazões ao agravo de instrumento interposto da decisão que concedeu a tutela de urgência.

A União Federal apresentou documentos às fls. 204/217.

Às fls. 224/226 foi acostada cópia de decisão proferida em agravo de instrumento interposto pela União.

A parte autora apresentou sua impugnação às fls. 230/264.

#### FUNDAMENTAÇÃO

Cuida-se de ação processada pelo rito comum em que a parte autora pleiteia que a União seja condenada ao fornecimento do medicamento “Ataluren” (Translarna®)

Afasto a preliminar de ilegitimidade passiva arguida pela União Federal em sua contestação, bem como a necessidade de citação do Estado de São Paulo e do Município de Franca. É pacífico que, em se tratando de matéria relativa à saúde, a competência dos entes federativos é concorrente, podendo a parte autora demandar contra um ou contra todos, indiscriminadamente. Nesse sentido já decidiu o Supremo Tribunal Federal: “O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente” (*RE 855178 RG, DJe 16/03/2015*).

Passo ao exame do mérito.

A parte autora pretende que seja determinado ao Poder Público que lhe forneça, gratuitamente, e pelo tempo necessário, o medicamento “Translarna®”, nome dado à substância “Ataluren”, sustentando ser portadora de doença denominada Distrofia Muscular de Duchenne, (CID D G71.0). O medicamento pleiteado, ainda de acordo com a inicial, é eficaz no controle da doença. O pedido se funda, em síntese, no direito à saúde conforme consta do artigo 196 da Constituição Federal.

A definição mais adequada a respeito do que é direito, a meu ver, é a dada por Stephen Holmes e Cass R. Sustein, ao diferenciarem direito moral e direito legal. O primeiro é o que prescreve como seres humanos devem agir não mediante consulta a textos legais mas, sim, a que os seres humanos fazem do ponto de vista moral. Já direito do ponto de vista legal, é aquele interesse que uma sociedade politicamente organizada decidiu proteger. Nessa distinção, só é direito aquele que um sistema legal efetivo decide utilizar seus recursos para proteger.<sup>1</sup>

Os autores também afastam a condição de absoluto de qualquer direito no sentido legal do termo: nada que custa dinheiro pode ser absoluto. Nenhum direito cujo cumprimento pressupõe uma escolha de como será gasto o dinheiro do contribuinte pode, ao final, ser protegido unilateralmente pelo Judiciário sem levar em conta as consequências orçamentárias pelas quais outros ramos do governo são responsáveis em última instância. Por isso, os limites financeiros excluem qualquer possibilidade de que os direitos fundamentais sejam aplicados ao máximo ao mesmo tempo.<sup>2</sup>

1 Holmes, Stephen e Sunstein, Cass. R.. *The cost of rights – why liberty depends on Taxes*, New York, Ed. Norton, 1999. 1ª edição, 16-17 pag.: (...) The first (moral) associates rights with moral principles or ideals. It identifies rights not by Consulting statutes and case law, but by asking what human beings are morally entitle to. (...) Instead it (legal right) is an empirical inquiry into the kinds of interests that a particular politically organized society actually protects. Within this framework, na interest qualifies as a right when an effective legal system treats it as such by using collective resources to defend it.

2 Holmes, Stephen e Sunstein, Cass. R.. *The cost of rights – why liberty depends on Taxes*, New York, Ed. Norton, 1999. 1ª

O direito invocado no caso presente é o “Direito à Saúde”.

A expressão “Direito à Saúde” é equivocada. Saúde é *estado mental do indivíduo cujas funções orgânicas, físicas e mentais se acham em situação normal; estado do que é sadio ou não*.<sup>3</sup> Considerando a definição retro, é possível considerar saúde como a ausência de doenças ou lesões ou, ainda, sequelas de lesões. Contudo, pode ser possível que uma pessoa, mesmo tendo à sua disposição o melhor tratamento disponível no mundo para tratar determinada doença, não conseguirá recuperar a saúde, tal como definida acima. Por isso, dizer que o ser humano faz jus à saúde não significa à saúde per se mas, sim, o direito ao tratamento adequado que lhe seja possível obter.

Tanto é que o artigo 196 acima especifica que o “direito a saúde” *será garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*.

Nesse sentido, o aventado direito a saúde só é direito na medida em que é garantido legalmente. E, como se constata, é garantido pela Constituição, em seu artigo 196:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Não obstante sua abrangência e universalidade, não é absoluto e depende de regulamentação:

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade.

O que caracteriza a universalidade dos direitos fundamentais é *o fato de serem universais, ou seja, de valerem para todo homem, independentemente da raça, da nacionalidade, etc., mas não necessariamente de valerem sem exceções*<sup>4</sup>. Norberto Bobbio, em *A Era dos Direitos*, Editora Campus, 14ª Tiragem, pág. 187, Norberto Bobbio diz que *o único direito absoluto existente, que não admite limitações independentemente das circunstâncias, é o direito a não ser torturado, pois mesmo o direito à vida é relativizado em situações de guerra*.<sup>5</sup>

---

edição, 97 e 101 pag.: (...)Nothing that costs money can be absolute. No right whose enforcement presupposes a selective expenditure of taxpayer contributions can, at the end of the day, be protected unilaterally by the judiciary without regard to budgetary consequences for which other branches of government bear the ultimate responsibility.(...) Financial limits alone exclude the possibility of all basic rights being enforced maximally at the same time.

3 Ferreira, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*/ Aurélio Buarque de Holanda Ferreira; coordenação Marina Baird Ferreira, Margarida dos Anjos. Curitiba, Ed Positivo, 5ª ed., pag. 1899.

4 Mendes, Gilmar Ferreira e outros, *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010. 5ª edição, 220 p.

5 Norberto Bobbio. *A Era dos Direitos*. Editora Campus, 14ª Tiragem. 187 p.

Por isso, ao se analisar o direito à saúde, devemos ter em mente a possibilidade da sua restrição. E, ainda, atentarmos para o fato de que deve ser analisado dentro de um contexto social e econômico e não apenas do ponto de vista de uma única pessoa: aquela que o invoca para obter um provimento jurisdicional. *O conteúdo dos princípios, sua real dimensão e alcance com todos os matizes da ideia que encerram, só é plenamente possível de ser determinado ao ser invocada sua aplicação num determinado contexto.*<sup>6</sup>

As diretrizes para se auferir as limitações do direito à saúde estão na própria Constituição: necessidade de lei para sua regulamentação (artigo 197) e fixação de ações e serviços de saúde, a cargo do Poder Público, exercendo seu poder discricionário (artigo 198). Como não é possível nem viável o atendimento a todo e qualquer pleito relativo à saúde, dada sua abrangência, bem como o limite de recursos públicos, é necessário que sejam estabelecidas políticas públicas voltadas à saúde com fixação de prioridades.

A lei que regulamenta as ações relativas à saúde é a Lei de nº 8.080/1990.

Seu artigo 2º define o dever do Estado em garantir a saúde como sendo *a formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.*

Analisando mais detidamente o artigo 2º supra, nota-se que o acesso universal é aos serviços disponíveis e não a todo e qualquer serviço relacionado à saúde. Não caberia entendimento contrário pois é inviável e utópica a ideia de que compete ao Estado suprir todas as necessidades, de todas as pessoas, proporcionando tratamento particular para todos e para qualquer doença.

A mesma Lei 8.080/1990, também, em seu artigo 31, estabelece que os recursos destinados a dar efetividade aos objetivos e diretrizes da própria lei serão aqueles destinados pelo orçamento ao Sistema Único de Saúde (SUS), mediante receita estimada. Ou seja, o Poder Público estima os valores necessários à implementação das políticas públicas relacionadas à saúde e faz a proposta orçamentária para tanto. Não é autorizada a transferência de recursos para o financiamento de ações não previstas nos planos para a saúde, exceto em situações emergenciais ou de calamidade pública, na área de saúde.

Nesse sentido, é forçoso reconhecer que não é dever do Estado proporcionar qualquer tratamento a qualquer pessoa, independentemente do valor. Seu dever consiste, na realidade, em promover ações que visem a amparar a saúde de forma tanto preventiva quanto repressiva mediante políticas públicas às quais deve ser assegurado o acesso de qualquer pessoa, tudo através do Sistema Único de Saúde.

Tal assertiva, aliada ao fato de que os recursos destinados à saúde são previamente inseridos no orçamento, vedada a transferência de valores, implica na escolha, por parte do Administrador, de quais políticas serão realizadas, como por exemplo: onde serão construídos hospitais, quantos leitos serão disponibilizados, quantos médicos contratados, quais procedimentos serão adotados e quais medicamentos serão disponibilizados. É impossível atender a qualquer pleito de qualquer pessoa, inclusive porque a Constituição não estabelece que o direito à saúde é apenas com relação aos hipossuficientes, universalizando a todos indistintamente o acesso às políticas públicas de saúde.

A jurisprudência, de forma quase que unânime, porém, tem entendido que ausência de recursos e falta de previsão orçamentária não são óbices a que decisões judiciais determinem

6 Derani, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. Ed. Saraiva, 2008. 25 p..

ao Poder Público o fornecimento de medicamentos, tratamentos, alimentos, dentre outros, custeando, se necessário, a realização dos procedimentos em estabelecimentos particulares.

Esse entendimento ignora, porém, que o gestor público, exatamente por lidar com valores que não lhe pertencem, está adstrito a regras rígidas, principalmente aquelas previstas na Lei Complementar nº 101/2000 - Lei de Responsabilidade Fiscal. Seu artigo 1º, § 1º, estabelece que *a responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoa, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar.*

A responsabilidade do gestor público relativamente às finanças públicas é tão séria que sua inobservância pode fundamentar pedido de Impeachment de Presidente da República (artigo 85, incisos IV e V, da Constituição Federal). A lei que regulamenta o processo de Impeachment, Lei 1.079/50, inclusive, elenca como crime de responsabilidade contra a lei orçamentária, exceder ou transportar, sem autorização legal, as verbas do orçamento (artigo 10, item 2).

Óbvio que se o Gestor Público cumpre ordem judicial, dado que não o fazendo incorrerá nas penas do crime de desobediência (artigo 330 do Código Penal), não cometerá crime de responsabilidade. Contudo, para dar cumprimento à ordem judicial que lhe determina fornecer algum tipo de serviço ou insumo relativo à saúde, não disponível na Rede Pública, deverá se valer de recursos destinados à saúde, mas não especificamente àquele determinado para o tratamento estabelecido pela decisão judicial, pois os valores seriam direcionados a outras prioridades, levadas em consideração em razão do Poder Discricionário do Administrador. Ou, então, deverá se valer de recursos não previstos na lei orçamentária como destinados à saúde, fazendo a transposição vedada pelo artigo 10, item 2, da Lei 1.079/50.

A jurisprudência praticamente unânime dos Tribunais Nacionais não entende assim. Se há necessidade particular de determinado tratamento, seja ele cirúrgico, fornecimento de medicamento e/ou suplementos alimentares, ou quaisquer outros, a pessoa deverá ser atendida independentemente dos valores a serem dispendidos e sem qualquer consideração por regras orçamentárias e sem prévia verificação se o Poder Público pode dispor esses valores. E, em não havendo recursos extras para cumprimento da determinação judicial – e na maioria das vezes não o há – as decisões não questionam de onde esse valor será retirado e quantas pessoas ficarão sem atendimento exclusivamente para que o Poder Público possa atender a um número muito pequeno de pessoas. Simplesmente determinam que o Poder Público as cumpra, normalmente sob pena de desobediência.

Como salientaram os autores Stephen Holmes e Cass R. Sustein, ao se ver frente a frente com um problema urgente, como pode o juiz medir a urgência do caso que lhe é proposto comparando-a com aquela de outros problemas sociais competindo por atenção governamental, e sobre os quais ele não sabe praticamente nada? Como podem os juízes, ao decidir um único caso, levar em conta os tetos anuais dos gastos governamentais? E como eles não tem condições de ter uma visão geral das necessidades sociais em conflito entre si para após então decidir quanto alocar de uma para a outra, os juízes estão institucionalmente impedidos de considerar as potencialmente sérias consequências das suas decisões.<sup>7</sup>

<sup>7</sup> Holmes, Stephen e Sunstein, Cass. R.. The cost of rights – why liberty depends on Taxes, New York, Ed. Norton, 1999. 1ª edição, 95 pag.: (...)Faced with a particularly pressing problem, how can a judge measure its urgency compared to that of other social problems competing for governmental attention, and about which he knows virtually nothing? How can judges, in deciding

Em suma, na tentativa de sanar o caso concreto que lhe é proposto, o Poder Judiciário, ainda que de boa vontade, tem reiteradamente ignorado que os valores gastos para cumprimento de suas determinações deixam de ser utilizados para prioridades, fixadas pelo Gestor Público em uso do seu Poder Discricionário, e deixando desamparado um número muito maior de pessoas, que ficarão sem atendimento dado ao deslocamento de recursos.

Ao assim agir, o Poder Judiciário ignora um termo cunhado por Nassim Nicholas Taleb em seu livro *A Lógica do Cisne Negro* (Editora Bestseller, 2008, 1ª Edição): a *evidência silenciosa*: aquilo que não levamos em consideração ao tomar uma decisão ou analisar um fato.

Para demonstrar o que é evidência silenciosa, o autor conta que após a devastação de New Orleans pelo furacão Katrina, congressistas norte americanos foram à televisão dizer que auxiliariam financeiramente a reconstrução das casas e da cidade. Obviamente que o auxílio seria com dinheiro público e não com o deles próprios. Só que não disseram de onde viria o dinheiro, quais atividades ou serviços deixariam de receber o dinheiro a ser utilizado na reconstrução. Taleb sugere, para desenvolver sua ideia, que o dinheiro para a reconstrução poderia vir de pesquisas a respeito da cura para o câncer: diminuindo-se o valor dispendido com as pesquisas para transferi-los para as vítimas. O auxílio das pessoas cujas casas foram destruídas, nessa hipótese, seria feito em detrimento dos milhões que sofrem silenciosamente em suas camas contra o câncer. Esse silêncio a respeito de onde vem o dinheiro e o que deixará de ser pago ou custeado por ele é o que o autor chamou de *evidência silenciosa*.

Imagine-se uma decisão judicial que determine que o Poder Público forneça medicamento de alto custo a uma determinada pessoa, como se pretende no caso presente, ao longo do todo o tratamento. Não havendo disponibilidade de valores no orçamento da saúde, o Agente Público utiliza valores que seriam utilizados em saneamento básico, mais especificamente para canalização de esgotos que estão a céu aberto em determinado bairro. A ausência da canalização do esgoto, em razão da quantidade de germes que lhe é inerente, tem o potencial de provocar surtos de doenças infecto contagiosas, que seriam evitadas com a devida prestação de saneamento básico. As pessoas doentes, normalmente vivendo em bairros pobres, necessitarão de se utilizar o Sistema Único de Saúde, sobrecarregando ainda mais o próprio sistema.

No exemplo acima, o que seria a prestação do serviço garantidor da efetividade do direito à saúde para o autor específico de uma determinada ação, como a presente, torna-se a violação do mesmo direito à saúde para todos aqueles prejudicados pela não implementação da canalização do esgoto.

É exatamente o que vem ocorrendo com a prolação de decisões pelo Poder Judiciário determinando que o Poder Público custeie, de forma indiscriminada, quaisquer tratamentos, para qualquer pessoa, desde que não esteja disponível no SUS. O fornecimento mediante decisões judiciais do medicamento pleiteado nestes autos, conforme dados trazidos pela parte ré à fl. 138, tem imposto um custo de R\$7.677.841,85 (sete milhões, seiscentos e setenta e sete mil, oitocentos e quarenta e um reais e oitenta e cinco centavos) aos cofres públicos, para atendimento de apenas 09 (nove) pessoas.

Reportagens jornalísticas demonstram o rombo provocado por essas decisões judiciais determinando, de forma indiscriminada e sem considerações pelas regras orçamentárias, que o Poder Público custeie medicamentos e tratamentos para um número muito limitado de pessoas. Confira-se: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/04/1761615-por-remedios->

---

a single case, take account of annual ceilings on government spending? (...) Because they cannot survey a broad spectrum of conflicting social needs and then decide how much to allocate to each, judges are institutionally obstructed from considering the potentially serious distributive consequences of their decisions.”

secretario-da-saude-de-sp-sofre-ameacas-de-morte-e-de-prisao.shtml.

A discrepância entre os valores gastos pelo Poder Público na implementação de políticas públicas voltas à saúde e os gastos para cumprir decisões judiciais foi demonstrada em Editorial do Jornal Folha de S. Paulo, publicado no dia 21/04/2016, de acordo com o qual são gastos R\$900.000.000,00 (novecentos milhões de reais) para custear remédios para 2.000 (duas mil) pessoas apenas no Estado de São Paulo em cumprimento a decisões judiciais, enquanto são gastos R\$600.000.000,00 (seiscentos milhões) para o atendimento a 700.000 (setecentos mil pacientes).<sup>8</sup> Diz a reportagem: *Salta aos olhos a iniquidade resultante da judicialização desenfreada. O conceito distendido de direito à saúde praticado por juízes, mesmo que com a melhor das intenções, conduz ao oposto do ideal de justiça, pois terminam favorecidos aqueles com mais meios de recorrer a tribunais, em detrimento da massa de pacientes.*

Um outro ponto de suma importância deve ser levado em consideração em ações como a presente.

A escolha de prioridades no uso de valores públicos é privativa do Gestor Público que os administra. Compete a ele decidir, atendendo ao que for previamente estabelecido na lei orçamentária, para onde determinado valor será destinado, a fim de dar cumprimento a políticas públicas.

Decisões Judiciais que obrigam o Administrador/Gestor a alocar valores de um determinado destino para os fins de cumprir determinação sua, vão de encontro à tripartição de Poderes conforme o artigo 2º da Constituição Federal: *são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.*

A Separação de Poderes, em uma definição simplificada e sem qualquer pretensão científica é a divisão em três do Poder que governa o povo sendo, esses três, manifestação desse mesmo Poder: Legislativo, Executivo ou Administração e Judiciário. O Legislativo é composto por representantes que o povo elege com o objetivo de elaborar as normas que irão governá-lo e regulamentar as relações interpessoais; o Poder Executivo ou Administração é eleito diretamente ou pelo próprio corpo legislativo e sua função é administrar, cuidando da segurança, saúde, educação, relação com outros povos, recolhimento de tributos, fiscalização e prestação de serviços dentre inúmeros outros e, finalmente, o Poder judiciário resolve os conflitos, cuidando para que as normas sejam aplicadas adequadamente e de acordo com a Constituição.

Como bem diz o artigo 2º da Constituição, os três Poderes são independentes e harmônicos entre si. Não podem, de forma alguma, intrometerem-se na esfera de competência e atuação dos demais, salvo as hipóteses previstas na própria Constituição ou aquelas exigidas por situações apresentadas ao longo do tempo, pois em um *contexto de “modernização, esse velho dogma da sabedoria política teve de flexibilizar-se diante da necessidade imperiosa de ceder espaço para a legislação emanada do Poder Executivo, como as nossas medidas provisórias – que são editadas com força de lei – bem como para a legislação judicial, fruto da inevitável criatividade de juízes e tribunais, sobretudo das cortes constitucionais, onde é frequente a criação de normas de caráter geral, como as chamadas sentenças aditivas proferidas por esses supertribunais em sede de controle de constitucionalidade.*<sup>9</sup>

Ao interferir em políticas públicas, o Poder Judiciário está avocando o Poder privativo do Poder Executivo, que é o de decidir e implementar políticas públicas, fazendo uso do poder discricionário que lhe é exclusivo.

8 <http://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2016/04/1763301-molestia-judicial.shtml>

9 Mendes, Gilmar Ferreira e outros, *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010. 5ª edição, 220 p.

Discrecionariiedade é um dos poderes conferidos à administração e que viabilizam sua atuação. Contrapõe-se ao ato vinculado, no qual não é deixada qualquer margem à atuação dos dois institutos.

No intuito de diferenciar vinculação de discrecionariiedade, cito Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

(...) a atuação da Administração Pública no exercício da função administrativa é vinculada quando a lei estabelece a única solução possível diante de determinada situação de fato; ela fixa todos os requisitos, cuja existência a Administração deve limitar-se a constatar, sem qualquer margem de apreciação subjetiva.

E a atuação é discricionária quando a Administração, diante do caso concreto, tem a possibilidade de apreciá-lo segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas para o direito.<sup>10</sup>

Tal procedimento por parte do Judiciário, ainda que com o intuito louvável de solucionar a demanda que lhe compete decidir, prejudica imensamente o trabalho do Gestor Público que tem que se ver com rupturas em seu orçamento e alocação de recursos com os quais já contava para implementação de outras políticas públicas tão ou mais importantes do que o caso concreto decidido pelo Juiz.

Por estas razões, entendo que não compete ao Poder Público custear tratamento particular para particulares, devendo esses se valerem dos serviços disponibilizados na rede do SUS.

Contudo, seria um contrassenso afirmar que não há direito absoluto e, ao mesmo tempo, desenvolver um raciocínio com considerações absolutas. Intuitivo que todas as considerações acima, no sentido de que não cabe ao Estado custear tratamentos privados não disponíveis no SUS, admitem exceção.

*Exceção é o caso que não cabe no âmbito da normalidade abrangido pela norma geral corresponde outra, de que as normas só valem para as situações normais. A normalidade da situação que pressupõe é um elemento básico do seu “valer”. A exceção não está situada além do ordenamento. Na verdade, está posta no seu interior. Pois o estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade – zona de indiferença que, no entanto, deve ser capturada (=incluída) pelo direito. De sorte que não é a exceção que se subtrai à norma, mas esta que, suspendendo-se, dá lugar à exceção – somente desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção (Agamben 2002:26-27). (...) Ao Judiciário, sempre que necessário, incumbe decidir regulando situações de exceção. Mas, ao fazê-lo, não se afasta do ordenamento. Exclui a aplicação da norma que em estado de normalidade incidiria sobre a exceção, de sorte a, com isso, incluí-la (a exceção) no direito.<sup>11</sup>*

Então, é de se fazer a pergunta: quando é possível e juridicamente viável a intervenção do Poder Judiciário em assuntos que, em uma primeira análise, são da competência do Poder Executivo? A resposta é simples: quando a discrecionariiedade, por meio da qual se opta por determinadas políticas públicas no lugar de outras, dá lugar à omissão pura e simples.

Em havendo omissão, passa-se a incidir o inciso XXXV, do artigo 5º, da Constituição Federal, cujo texto diz: *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.*

<sup>10</sup> Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*, Editora Atlas, 22ª Edição, pag. 212

<sup>11</sup> Grau, Eros Roberto *Por Que Tenho Medo dos Juízes* (a interpretação/aplicação do direito e os princípios), 7 ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2016, 127 p.

Qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito pode e deve ser levada ao conhecimento do Judiciário e nenhuma lei o pode impedir, ainda que o agente que lesionou o direito seja um dos Poderes da República. É aí que a questão relativa à interferência do Judiciário, determinando que a Administração aja, torna-se pertinente e relevante, não podendo simplesmente ser resolvida pela teoria da Separação de Poderes e do ato discricionário. Comprovado o dano e o nexos causal entre ele e a omissão da Administração e tendo o Judiciário sido chamado a intervir, não há qualquer violação ao Princípio da Tripartição de Poderes.

A questão, de resto, já foi analisada e decidida pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do AI nº 598.212, Relator Ministro Celso de Mello, no sentido de não configurar ingerência do Judiciário na esfera da Administração a determinação para instalação de defensorias públicas:

Defensoria Pública. Implantação. Omissão estatal que compromete e frustra direitos fundamentais de pessoas necessitadas. Situação constitucionalmente intolerável. O reconhecimento, em favor de populações carentes e desassistidas, postas à margem do sistema jurídico, do “direito a ter direitos” como pressuposto de acesso aos demais direitos, liberdades e garantias. Intervenção jurisdicional concretizadora de programa constitucional destinado a viabilizar o acesso dos necessitados à orientação jurídica integral e à assistência judiciária gratuitas (CE, art. 5º, inciso LXXIV, e art. 134). Legitimidade dessa atuação dos Juizes e Tribunais. O papel do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas instituídas pela Constituição e não efetivadas pelo Poder Público. A fórmula da reserva do possível na perspectiva da teoria dos custos dos direitos: impossibilidade de sua invocação para legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao Estado. A teoria das “restrições das restrições” ou das “limitações das limitações”). Controle jurisdicional de legitimidade sobre a omissão do Estado: atividade de fiscalização judicial que se justifica pela necessidade de observância de certos parâmetros constitucionais (proibição de retrocesso social, proteção ao mínimo existencial, vedação da proibição insuficiente e proibição de excesso). Doutrina. Precedentes. A função constitucional da Defensoria Pública e a essencialidade dessa instituição da República. Recurso extraordinário conhecido e provido.<sup>12</sup>

Constatada a possibilidade do Poder Judiciário determinar que o Poder Executivo aja, ainda que o ato seja de competência da União e de natureza discricionária, passo a examinar se há, no caso, omissão da Administração e se essa omissão provoca dano aos administrados.

Não há um critério normativo para se verificar a omissão estatal. Porém, há diretrizes e dentre as existentes. Há doutrina que entende haver um núcleo de direitos que denomina de “*mínimo existencial*”: são direitos sem os quais o ser humano não consegue ter uma existência digna.

Marcelo Novelino entende que “(...) na formulação e na execução das políticas públicas, o ‘mínimo existencial’ – entendido como o conjunto de bens utilidades básicas (saúde, moradia e educação fundamental) imprescindíveis para uma vida com dignidade – deverá servir de norte para se estabelecer os objetivos prioritários. Apenas depois de atendê-los é que deverá o Estado discutir, no tocante aos recursos remanescentes, quais são os outros direitos que estão a merecer atendimento”.<sup>13</sup>

12 AI nº 598.212, Relator Ministro Celso de Mello (<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28AI%24%2ESCLA%2E+E+598212%2ENOME%2E%29&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/l87euhv>).

13 Novelino, Marcelo. *Direito constitucional para concursos*. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2007. 216 p.

Para melhor compreender a ideia de *mínimo existencial*, menciono o seguinte exemplo: O Poder Público, sem condições de proporcionar moradia a cada um dos habitantes que dela necessitam, constrói abrigos para acolher pessoas que residem nas ruas, para que não fiquem sujeitas às intempéries. Nessa hipótese, foi observado o mínimo existencial necessário.

A utilização desse critério do mínimo existencial soluciona a questão Direito à Saúde X Disponibilidade financeira. Se considerarmos o direito à saúde, assim entendido como tratamentos hospitalares, clínicos, exames e fornecimento de medicamentos ou quaisquer outros produtos necessários para tratamento de quaisquer doenças e/ou lesões, para quaisquer outras pessoas, a limitação dos recursos continua se impondo. Por isso é necessário que o Estado garanta um mínimo a todas as pessoas no lugar de garantir a algumas a totalidade do serviço e, a outras, não garantir nem ao menos esse mínimo necessário.

Verifica-se, portanto, que não basta apenas considerar o direito à saúde dentro desse núcleo de “mínimo necessário”. A questão deve, sim, ser decidida primordialmente pelo Poder Público que administra os valores e não pelo Judiciário, que não tem noção – e não teria como ter – de como seria destinado o dinheiro que será gasto para cumprimento da decisão judicial.

Feitas todas essas considerações, passo a analisar o caso dos autos.

A parte autora pretende que seja determinado ao Poder Público que lhe forneça, gratuitamente, e pelo tempo necessário, o medicamento Translarna® (Ataluren). Esse medicamento não tem a sua eficácia cabalmente comprovada, ao contrário do que afirma a inicial. Conforme o documento de fls. 89/91 – análise feita pelo European Medicines Agency em 2014, *apesar dos dados limitados disponíveis e de não ter sido demonstrado qualquer benefício com a dose mais alta de 80 mg/kg por dia, o CHMP considerou existir alguma evidência de que o Translarna 40 mg/kg por dia abranda a progressão da doença e que o respectivo perfil de segurança não representa uma preocupação de maior*. Aquele órgão europeu concedeu uma autorização condicional para comercialização do medicamento, o que significa, ainda de acordo com o documento de fls. 89/91, que se aguardam dados adicionais sobre o medicamento.

Além da ausência de comprovação cabal da eficácia do medicamento, bem como ao fato de que o documento de fls. 66/87 informa que a doença é tratada com corticoides, o medicamento não tem registro na ANVISA.

A ANVISA é a agência reguladora que cuida para que os medicamentos (produto farmacêutico, tecnicamente obtido ou elaborado, com finalidade profilática, curativa, paliativa ou para fins de diagnóstico – artigo 4º, II, da Lei 5.991/73), drogas, insumos farmacêuticos e correlatos, assim como os produtos de higiene, cosméticos, perfumes, saneantes domissanitários, produtos destinados à correção estética e outros não ofereçam risco à saúde pública. Por isso, para que esses produtos sejam introduzidos no mercado interno, é necessário que obedeçam às regras da Lei 6.360/76. Por isso, o artigo 12 dessa lei é claro: Nenhum dos produtos de que trata esta Lei, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde.

Foi esse o entendimento do Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do 1.644.829, Relatora Ministra Nancy Andrighi, cuja ementa transcrevo abaixo:

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. RECUSA À COBERTURA DE TRATAMENTO QUIMIOTERÁPICO. PLANO DE SAÚDE GERIDO POR AUTOGESTÃO. BOA FÉ OBJETIVA. MEDICAMENTO IMPORTADO SEM REGISTRO NA ANVISA. FORNECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. SÚMULA 284/STF.

1. Ação de obrigação de fazer e compensação por dano moral ajuizada em 14.06.2013. Recurso

especial atribuído ao gabinete em 25.08.2016. Julgamento: CPC/73.

2. A questão posta a desate nestes autos, consiste em aferir se é abusiva, cláusula contratual em plano de saúde gerido por autogestão, que restringe o fornecimento de medicamento importado sem registro na ANVISA.

3. Por ocasião do julgamento do REsp 1285483/PB, a Segunda Seção do STJ afastou a aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao contrato de plano de saúde administrado por entidade de autogestão, por inexistência de relação de consumo.

4. O fato da administração por autogestão afastar a aplicação do CDC não atinge o princípio da força obrigatória do contrato (*pacta sunt servanda*); e, a aplicação das regras do Código Civil em matéria contratual, tão rígidas quanto a legislação consumerista.

5. *Determinar judicialmente o fornecimento de fármacos importados, sem o devido registro no órgão fiscalizador competente, implica em negar vigência ao art. 12 da Lei 6.360/76.*

6. A ausência de fundamentação ou a sua deficiência importa no não conhecimento do recurso quanto ao tema.

7. Recurso especial conhecido parcialmente, e nessa parte, provido. (*grifei*)<sup>14</sup>

É importante mencionar, ainda, a Recomendação nº 31 do Conselho Nacional de Justiça que em seu item I b.2 recomenda que os magistrados evitem autorizar o fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA, a não ser nas hipóteses previstas na própria lei.

Relativamente à assistência dada a pessoas portadoras dessa doença, é importante mencionar que o SUS fornece o tratamento elencado às fls. 214/215, consistente em Assistência Ventilatória Não invasiva e os medicamentos elencados no último parágrafo de fl. 215. Verifica-se, portanto, que há tratamento disponível na rede pública, ainda que não seja o tratamento de escolha do paciente. E conforme fundamentação supra, o direito à saúde não implica na possibilidade de se conceder o melhor e mais avançado tratamento a todos mas, sim, ao tratamento disponível e que não vai sobrecarregar o sistema de forma a inviabilizar o tratamento de todas as outras pessoas que dele dependem.

Não se pode sequer afirmar que o medicamento pleiteado é superior ao tratamento fornecido pelo SUS já que está sendo comercializado em caráter experimental.

Não havendo comprovação da eficácia incontestada do medicamento, cuja comercialização foi autorizada na Europa de forma condicionada e em caráter experimental e como o medicamento não possui registro na ANVISA, o que nega vigência ao artigo 12 da Lei 6.360/76, os pedidos devem ser julgados improcedentes, bem como ao fato de haver tratamento disponível na rede pública, ainda que não seja o da escolha da parte autora, os pedidos devem ser julgados improcedentes.

#### *DISPOSITIVO*

*Por todo o exposto, resolvo o mérito nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, e julgo os pedidos improcedentes.*

*Sentença não sujeita a remessa necessária.*

*Custas, como de lei.*

*Fixo os honorários em 10% do valor dado à causa, a cargo da parte autora, ficando suspensa a execução conforme o § 3º do artigo 98 do Código de Processo Civil.*

<sup>14</sup> [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1574879&num\\_registro=201602094080&data=20170223&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1574879&num_registro=201602094080&data=20170223&formato=PDF)

Revista do TRF3 - Ano XXVIII - n. 135 - Out./Dez. 2017

Comunique-se o teor da presente sentença à E. Relatora do agravo de instrumento interposto.

Após a certidão de trânsito em julgado, arquivem-se os autos, dando-se baixa na distribuição.

*Publique-se. Registre-se. Intime-se.*

Franca, 28 de abril de 2017.

Juíza Federal FABÍOLA QUEIROZ

