

APELAÇÃO CÍVEL Nº 5006358-09.2013.404.7204/SC

RELATOR : CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ

APELANTE : AMÉRICO RIBERIO TUNES

ADVOGADO : MARIA ABADIA ALVES

APELANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

APELADO : OS MESMOS

INTERESSADO : UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO

EMENTA

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ATO, EM TESE, ÍMPROBO. ART. 11 DA LEI Nº 8.429/1992. PUBLICAÇÃO DE PORTARIA POR AGENTE INCOMPETENTE COM INTENÇÃO DE ESVAZIAR CONTEÚDO DE DECISÃO LIMINAR PROFERIDA NOS AUTOS DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

1. A controvérsia refere-se à possibilidade de reconhecer a existência de ato de improbidade administrativa nas motivações e competência para emissão da Portaria nº 17/2012, do Ministério da Pesca, que modificou a Portaria IBAMA nº 54/1999.

2. Em seus argumentos o servidor apelante sustenta que somente teve ciência da decisão liminar proferida nos autos da ação civil pública, a qual determinou à União (Ministério da Pesca) e ao IBAMA a adoção de providências visando a impedir a prática de pesca com petrechos proibidos, um mês após publicar a Portaria nº 17/2012, do Ministério da Pesca, que passou a permitir a utilização de tais petrechos no litoral sul do Estado da Federação; por conseguinte, em razão do desconhecimento da existência da referida medida liminar por ocasião da publicação da Portaria n.º 17/2012, o servidor apelante argumenta que não houve intenção de frustrar os objetivos da decisão judicial.

3. Com o advento da Lei nº 11.598/2009 (art. 27, § 6º), a atribuição para a disciplina do uso sustentável dos recursos pesqueiros passou a ser conjunta do Ministério da Pesca e da Aquicultura e do Ministério do Meio Ambiente, cujas atribuições foram detalhadas pelo Decreto nº 6.981/2009 (art. 14).

4. Ainda que se desconsiderasse a incompetência do agente público para expedir a portaria, não há nos autos prova de que tal regulamentação tenha sido precedida de estudos técnicos capazes de amparar o seu conteúdo; além disso, o parecer da consultoria jurídica do órgão somente foi emitido em 8.6.2012, portanto após a expedição da Portaria n.º 17, de 6.6.2012.

5. Também é duvidosa a alegação de inexistência de ciência do andamento de ação civil pública, com liminar expedida, que determinava à União e ao IBAMA a adoção de providências para impedir a prática de pesca com determinados petrechos, cuja situação foi bastante noticiada à época.

6. Improvimento das apelações.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 3a. Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, negar provimento às apelações, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 13 de maio de 2015.

Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz
Relator

RELATÓRIO

O parecer do Ministério Público Federal (evento 5) expõe com precisão a controvérsia, *verbis*:

'Trata-se de apelação em ação civil pública ajuizada pelo MPF em face de Américo Ribeiro Tunes, na qual é buscada sua condenação às sanções do inc. III do art. 12 da Lei nº 8.429/1992, ao argumento de que 'em 06 de junho de 2012, Américo Ribeiro Tunes, na qualidade de Secretário de Monitoramento e Controle da Pesca e Aquicultura, do Ministério da Pesca e Aquicultura, editou e fez publicar a Portaria nº 17/2012, imbuído do dolo de esvaziar o conteúdo da medida liminar de antecipação de tutela proferida pelo MM. Juízo da Vara Cível e Ambiental da Subseção Judiciária de Criciúma/SC nos autos da ação civil pública nº 5002862-06.2012.404.7204', o que caracterizaria ato ímprobo tipificado no art. 11 da Lei nº 8.429/1992 (Evento 1 - INIC).

O Juízo 'a quo' julgou 'PARCIALMENTE PROCEDENTES OS PEDIDOS para, resolvendo o processo com decisão de mérito, nos termos do art. 269, I, do CPC, e, com base na Lei 8.429/92, em decorrência da conduta ímproba praticada e descrita no art. 11, caput, da Lei nº 8.492/92, CONDENAR o réu Américo Ribeiro Tunes ao pagamento de multa civil no valor de 5 (cinco) vezes o subsídio/remuneração por ele percebido em junho de 2012' (grifos no original).

Inconformado o requerido apelou, pedindo: 'a) a reforma total da Decisão recorrida, a fim de que sejam julgados improcedentes os pedidos ministeriais formulados em face do Recorrente; b) mantida a condenação do recorrente, o que se admite apenas para fins dialéticos, requer-se a redução da multa fixada por o correspondente ao valor de 1 (um) subsídio mensal, por ser medida que atende melhor os critérios de razoabilidade e proporcionalidade em face da realidade dos autos' (Evento 75).

O MPF também recorreu, buscando a reforma da sentença para 'que AMÉRICO RIBEIRO TUNES seja também condenado à pena de perda da função pública, consoante previsto no art. 12, III, da Lei nº 8.429/92' (Evento 76).'

É o relatório.

Peço dia.

VOTO

In casu, afiguram-se-me irrefutáveis as considerações desenvolvidas no parecer do Ministério Público Federal, da lavra do ilustre Procurador Regional da República, Dr. Waldir Alves, *verbis*:

'Dos fundamentos

A controvérsia cinge-se à possibilidade de reconhecer a existência de ato de improbidade nas motivações e competência para emissão da Portaria nº 17/2012.

No caso concreto, a decisão que recebeu a petição inicial bem sintetizou a cronologia dos eventos (Evento 42):

'Ainda que plausíveis as alegações da parte ré, as quais, repito, poderão ser comprovadas durante a instrução, está-se diante de cenário fático em que, desde 06/1999, vigorava a Portaria do IBAMA nº 54/99, emitida pela presidente da autarquia, que proibiu a utilização de redes de emalhar fixas, com fixação através de âncoras, sacos de pedras ou poitas, no litoral catarinense. Como se verificou que a norma vinha sendo reiteradamente descumprida, pleiteou o MPF no processo nº 5002862-06.2012.404.7204, entre outros pontos, que a União, por meio do Ministério da Pesca e Aquicultura, e o IBAMA simplesmente fiscalizassem o cumprimento da norma expedida pela própria autarquia. Veja-se que o pedido foi feito quase treze anos após o início da vigência da norma, o que leva a crer que se cuidava de regulamento supostamente assentado e inquestionado no seio da sociedade.

Colho daquele processo que já no despacho inicial, a magistrada sinalou a publicidade dada ao pedido, o que afastava qualquer eventual fiscalização surpresa. De qualquer sorte, o IBAMA e a União foram citados e intimados do teor da ação em 10/04/2012, tendo a manifestação inicial ocorrido em 12/04/2012. Em 18/04/2012 foi deferido o pedido liminar, como antes descrito, que imputava ação imediata aos órgãos fiscalizadores, sob pena de pesada multa. Em 24/04/2012 houve audiência e, nos dias seguintes, fiscalizações. No dia 08/06/2012 foram apresentadas as contestações, vindo no dia 11/06/2012 (DEFESA P9, fl. 02) a ser publicada a questionada Portaria nº 17/2012, de 06/06/2012, ou seja, treze anos após a emissão da portaria original e cerca de dois meses após a decisão liminar que exatamente determinava o cumprimento da norma. Mais que isso, alcançava área que era, à exceção dos Municípios de Laguna e Jaguaruna, exatamente objeto da ação civil pública, não tendo sido escorada, outrossim, em qualquer estudo técnico acostado aos autos.

Nota-se ainda que a portaria foi revogada mediante processo administrativo que durou um dia (nº 00350.002519/2012-02 - DEFESA P3), e o foi pelo Secretário de Monitoramento e Controle da Pesca que, alegadamente, desconhecia o teor da liminar, muito embora o IBAMA e a União Federal soubessem da ação desde 12/04/2012. A arguição estampada na fl. 03 da DEFESA P2 do evento nº 38 de que o órgão encabeçado pelo réu somente tomou conhecimento em 09/07/2012, ou seja, um mês após a apresentação das contestações deve ser objeto de prova. É, de qualquer sorte, duvidoso - e, portanto, digno de prova - que o órgão, que se arvora na titularidade de emitir portaria com forte impacto na questão da pesca, não tenha conhecimento, pelos meios adequados ou mesmo pela imprensa ou terceiros, de decisão liminar com forte impacto. Ademais, o ofício da DEFESA P5, fls. 03-04, trata da decisão que cuidou exatamente acerca da emissão da Portaria nº 17/2012, e não da decisão liminar originária.

A questão da competência para emissão do ato é também nebulosa. Num exame perfunctório, não vislumbro que a previsão do art. 14, II, do Decreto nº 6.972/09 dê azo à emissão de ato normativo nos moldes da portaria objeto de discussão. No caso, 'apoiar a regulamentação inerente ao exercício da aquicultura e da pesca' não guarda sintonia, a princípio, com o objeto da portaria.

Sem prejuízo, chama atenção também que o Secretário Executivo do Ministério da Pesca e Aquicultura solicita (fl. 06 da DEFESA P3) em 30/05/2012 a revisão da Portaria nº 54/99 do IBAMA ao SEPOP e ao SEMOC, mediante portaria conjunta. Todavia, no final das contas, a SEPOP não teve qualquer participação na questão.'

Em seus argumentos, o servidor apelante sustenta que somente teve ciência da decisão liminar proferida nos autos da Ação Civil Pública n.º 5002862-06.2012.404.7204, a qual determinou à União (Ministério da Pesca) e ao IBAMA a adoção de providências visando a impedir a prática de pesca com petrechos proibidos, um mês após publicar a Portaria n.º 17/2012, que passou a permitir a utilização de tais petrechos no litoral sul do Estado de Santa Catarina. Por conseguinte, em razão do desconhecimento da existência da referida medida liminar quando da publicação da Portaria n.º 17/2012, o servidor apelante argumenta que não houve intenção de frustrar os objetivos da decisão liminar (Evento 75).

Impende referir que com o advento da Lei nº 11.598/2009 (art. 27, § 6º), a atribuição para a disciplina do uso sustentável dos recursos pesqueiros passou a ser conjunta do Ministério da Pesca e da Aquicultura e do Ministério do Meio Ambiente, cujas atribuições foram detalhadas pelo Decreto nº 6.981/2009 (art. 14):

Lei nº 11.598/2009

'Art. 27. (...) § 6º Cabe aos Ministérios da Pesca e Aquicultura e do Meio Ambiente, em conjunto e sob a coordenação do primeiro, nos aspectos relacionados ao uso sustentável dos recursos pesqueiros:

I - fixar as normas, critérios, padrões e medidas de ordenamento do uso sustentável dos recursos pesqueiros, com base nos melhores dados científicos e existentes, na forma de regulamento; e

II - subsidiar, assessorar e participar, em interação com o Ministério das Relações Exteriores, de negociações e eventos que envolvam o comprometimento de direitos e a interferência em interesses nacionais sobre a pesca e aquicultura.' (grifou-se)

Decreto nº 6.972/2009

'Art. 14. À Secretaria de Monitoramento e Controle da Pesca e Aquicultura compete:

I - formular as políticas de registro, monitoramento e controle das atividades de pesca e aquicultura;

II - apoiar a regulamentação inerente ao exercício da aquicultura e da pesca, garantindo o uso sustentável dos recursos pesqueiros e a sustentabilidade ambiental da atividade aquícola;

III - coordenar, supervisionar e orientar os procedimentos para a concessão dos pedidos de licenças, permissões e autorizações para o exercício da pesca e aquicultura;

IV - efetivar o controle das licenças, permissões e autorizações para o exercício da aquicultura e da pesca nas áreas do território nacional, compreendendo as águas continentais e interiores e o mar territorial, a Plataforma Continental, a Zona Econômica Exclusiva, águas internacionais e cessão de uso de águas públicas de domínio da União para fins de aquicultura;

V - planejar, coordenar, supervisionar e avaliar a operacionalização do Plano Nacional de Monitoramento da Pesca e Aquicultura e seus instrumentos, buscando dar suporte à política de fomento e desenvolvimento do setor pesqueiro;

VI - coordenar o sistema de coleta e sistematização de dados sobre a pesca e cultivo;

VII - preparar, para fornecer aos órgãos da administração federal, os dados do Registro Geral da Pesca relativos às licenças, permissões e autorizações concedidas para pesca e aquicultura, para fins de registro automático dos beneficiários no Cadastro Técnico Federal de Atividades Potencialmente Poluidoras e Utilizadoras de Recursos Ambientais; e

VIII - apoiar e participar dos procedimentos para o repasse ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA da parcela proveniente das receitas das taxas ou dos serviços cobrados em decorrência das atividades relacionadas ao Registro Geral da Pesca.' (grifou-se)

Ainda que se desconsiderasse a incompetência do agente público para expedir a portaria, não há nos autos prova de que tal regulamentação tenha sido precedida de estudos técnicos capazes de amparar o seu conteúdo; além disso, o parecer da consultoria jurídica do órgão somente foi emitido em 8.6.2012 (Evento 38 - DEFESA P4), portanto após a expedição da Portaria n.º 17, de 6.6.2012.

A tudo some-se o fato de que é duvidosa inexistência de ciência do andamento de ação civil pública com liminar expedida que determinava à União e ao IBAMA a adoção de providências para impedir a prática de pesca com determinados petrechos, cuja situação foi bastante noticiada à época.

Com efeito, deve ser mantida a sentença proferida pelo Juiz Federal, Dr. Paulo Vieira Aveline (Evento 66):

'- Dos elementos de convicção.

O MPF argumenta, em sua petição inicial, que o réu, valendo-se da condição de Secretário de Monitoramento e Controle da Pesca e Aquicultura, do Ministério da Pesca e Aquicultura, editou e fez publicar a Portaria nº 17/2012, norma eivada de nulidade criada única e exclusivamente para esvaziar o conteúdo de decisão judicial liminar proferida na ação civil pública nº 5002862-06.2012.404.7204.

É preciso, pois, indagar se restou configurada, mediante a produção de elementos de prova bastantes e suficientes, a ocorrência de tal ato.

O caderno indiciário que instrui esta ação civil veio amparado em material consistente - o Inquérito Civil Público nº 1.33.003.000115/2012-10, instaurado visando à apuração dos fatos (evento 01 - PROCADM2/PROCADM3).

Ora, ainda que se tenha presente a circunstância jurídica de que, precipuamente, destina-se o inquérito civil público a subsidiar de elementos o Ministério Público Federal na formação de seu convencimento, sem que observado o contraditório, como é próprio da fase indiciária, não há negar o valor probatório relativo que detém, conforme, aliás, preconiza o Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - INQUÉRITO CIVIL: VALOR PROBATÓRIO.

1. O inquérito civil público é procedimento facultativo que visa colher elementos probatórios e informações para o ajuizamento de ação civil pública.

2. As provas colhidas no inquérito têm valor probatório relativo, porque colhidas sem a observância do contraditório, mas só devem ser afastadas quando há contraprova de hierarquia superior, ou seja, produzida sob a vigilância do contraditório.

3. A prova colhida inquisitorialmente não se afasta por mera negativa, cabendo ao juiz, no seu livre convencimento, sopesá-las, observando as regras processuais pertinentes à distribuição do ônus da prova.

4. Recurso especial provido.

(REsp 849.841/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/08/2007, DJ 11/09/2007, p. 216).

E, conforme consta da decisão do evento 42, pela documentação apresentada na inicial e na defesa preliminar tem-se que o cerne da demanda centra-se na motivação e na competência para a edição da Portaria nº 17/2012.

Aliás, na contestação ofertada o réu repisou os argumentos expostos quando da apresentação da defesa preliminar, reiterando que não tinha ciência da decisão liminar quando da edição da Portaria. No mais, aduziu novamente que tinha competência para a edição do referido ato.

Sobre o tema, o juiz prolator da decisão que recebeu a inicial, a qual foi confirmada pelo TRF da 4ª Região, bem contextualizou a situação aqui posta:

(...) está-se diante de cenário fático em que, desde 06/1999, vigorava a Portaria do IBAMA nº 54/99, emitida pela presidente da autarquia, que proibiu a utilização de redes de emalhar fixas, com fixação através de âncoras, sacos de pedras ou poitas, no litoral catarinense. Como se verificou que a norma vinha sendo reiteradamente descumprida, pleiteou o MPF no processo nº 5002862-06.2012.404.7204, entre outros pontos, que a União, por meio do Ministério da Pesca e Aquicultura, e o IBAMA simplesmente fiscalizassem o cumprimento da norma expedida pela própria autarquia. Veja-se que o pedido foi feito quase treze anos após o início da vigência da norma, o que leva a crer que se cuidava de regulamento supostamente assentado e inquestionado no seio da sociedade.

Colho daquele processo que já no despacho inicial, a magistrada sinalou a publicidade dada ao pedido, o que afastava qualquer eventual fiscalização surpresa. De qualquer sorte, o IBAMA e a União foram citados e intimados do teor da ação em 10/04/2012, tendo a manifestação inicial ocorrido em 12/04/2012. Em 18/04/2012 foi deferido o pedido liminar, como antes descrito, que imputava ação imediata aos órgãos fiscalizadores, sob pena de pesada multa. Em 24/04/2012 houve audiência e, nos dias seguintes, fiscalizações. No dia 08/06/2012 foram apresentadas as contestações, vindo no dia 11/06/2012 (DEFESA P9, fl. 02) a ser publicada a questionada Portaria nº 17/2012, de 06/06/2012, ou seja, treze anos após a emissão da portaria original e cerca de dois meses após a decisão liminar que exatamente determinava o cumprimento da norma. Mais que isso, alcançava área que era, à exceção dos Municípios de Laguna e Jaguaruna, exatamente objeto da ação civil pública, não tendo sido escorada, outrossim, em qualquer estudo técnico acostado aos autos.

Nota-se ainda que a portaria foi revogada mediante processo administrativo que durou um dia (nº 00350.002519/2012-02 - DEFESA P3) e o foi, pelo Secretário de Monitoramento e Controle da Pesca, que, alegadamente, desconhecia o teor da liminar, muito embora o IBAMA e a União Federal soubessem da ação desde 12/04/2012.

Quanto a questão da competência para emissão da Portaria discutida, dispõe o art. 27, § 6º, da Lei 10.683/03, com redação dada pela Lei 11.958/09, que:

Art. 27. (...)

6º Cabe aos Ministérios da Pesca e Aquicultura e do Meio Ambiente, em conjunto e sob a coordenação do primeiro, nos aspectos relacionados ao uso sustentável dos recursos pesqueiros:

I - fixar as normas, critérios, padrões e medidas de ordenamento do uso sustentável dos recursos pesqueiros, com base nos melhores dados científicos e existentes, na forma de regulamento; e

II - subsidiar, assessorar e participar, em interação com o Ministério das Relações Exteriores, de negociações e eventos que envolvam o comprometimento de direitos e a interferência em interesses nacionais sobre a pesca e aquicultura.

Regulando o tema, dispõe o art. 14 do Decreto nº 6.972/09:

Art. 14. À Secretaria de Monitoramento e Controle da Pesca e Aquicultura compete:

I - formular as políticas de registro, monitoramento e controle das atividades de pesca e aquicultura;

II - apoiar a regulamentação inerente ao exercício da aquicultura e da pesca, garantindo o uso sustentável dos recursos pesqueiros e a sustentabilidade ambiental da atividade aquícola;

III - coordenar, supervisionar e orientar os procedimentos para a concessão dos pedidos de licenças, permissões e autorizações para o exercício da pesca e aquicultura;

IV - efetivar o controle das licenças, permissões e autorizações para o exercício da aquicultura e da pesca nas áreas do território nacional, compreendendo as águas continentais e interiores e o mar territorial, a Plataforma Continental, a Zona Econômica Exclusiva, águas internacionais e cessão de uso de águas públicas de domínio da União para fins de aquicultura;

V - planejar, coordenar, supervisionar e avaliar a operacionalização do Plano Nacional de Monitoramento da Pesca e Aquicultura e seus instrumentos, buscando dar suporte à política de fomento e desenvolvimento do setor pesqueiro;

VI - coordenar o sistema de coleta e sistematização de dados sobre a pesca e cultivo;

VII - preparar, para fornecer aos órgãos da administração federal, os dados do Registro Geral da Pesca relativos às licenças, permissões e autorizações concedidas para pesca e aquicultura, para fins de registro automático dos beneficiários no Cadastro Técnico Federal de Atividades Potencialmente Poluidoras e Utilizadoras de Recursos Ambientais; e

VIII - apoiar e participar dos procedimentos para o repasse ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA da parcela proveniente das receitas das taxas ou dos serviços cobrados em decorrência das atividades relacionadas ao Registro Geral da Pesca.

Conforme se verifica pelos trechos acima sublinhados, a Portaria questionada não guarda sintonia com a previsão legislativa.

Colhe-se dos documentos juntados aos autos que o Secretário Executivo do Ministério da Pesca e Aquicultura solicita (fl. 06 da DEFESA P3, evento 38), em 30/05/2012, a revisão da Portaria nº 54/99 do IBAMA ao SEPOP e ao SEMOC, mediante portaria conjunta. Contudo, o SEPOP não teve qualquer participação no ato inquinado de ímprobo.

Todavia, com a contestação do réu foram demonstradas a emissão de portarias similares no âmbito da SEMOC (CONT3-4, evento 52), sobre as quais silenciou o parquet federal em sua réplica. Assim, ainda que o réu, quando da edição da portaria, tenha extrapolado sua competência, infringindo o princípio da legalidade, tal fato, por si só, não é suficiente a caracterização da improbidade.

De outro vértice, a alegação estampada na fl. 03 da DEFESA P2 do evento 38, de que o órgão encabeçado pelo réu somente tomou conhecimento em 09/07/2012, ou seja, um mês após a apresentação das contestações na ação civil pública, deveria ter sido objeto de outras provas, não servindo para tanto apenas o ofício colacionado com a defesa preliminar e com a contestação. Isso porque o ofício (DEFESA P5, fls. 03-04, evento 38) trata da decisão que cuidou da emissão da Portaria nº 17/2012, não da decisão liminar originária, que buscou dar cumprimento à Portaria nº 54/99, emitida pela presidente do IBAMA, que proibiu a utilização de redes de emalhar fixas, com fixação através de âncoras, sacos de pedras ou poitas, no litoral catarinense.

Aliás, não é possível crer que o órgão, que se diz competente para emitir a indigitada portaria, não tenha tido conhecimento, pelos meios adequados ou mesmo pela imprensa ou terceiros, de decisão liminar com forte impacto sobre a pesca. Até porque a questionada Portaria nº 17/2012, como se viu, alcançava área que era, à exceção dos municípios de Laguna e Jaguaruna, exatamente objeto da ação civil pública.

A propósito, faz-se necessário, ainda, considerar a doutrina da cegueira deliberada, descrita nas lições de Vlamir Costa Magalhães, Christian Laufer e Robson A. Galvão da Silva e de Bruno Teixeira de Castro, respectivamente:

A teoria da cegueira deliberada (willful blindness), também conhecida como doutrina das instruções do avestruz (ostrich instructions) e doutrina da evitação da consciência (conscious avoidance doctrine), consiste em construção jurisprudencial assemelhada à formulação do dolo eventual e por meio da qual se afigura possível o enquadramento, por lavagem de dinheiro,

daquele que, mesmo ciente da elevada probabilidade da procedência ilícita dos recursos, assume o risco de produzir o resultado ao agir, ainda assim, de modo indiferente a este conhecimento.

Dessa forma, embora seja possível checar a natureza dos bens, o indivíduo que detém o dever de impedir o resultado (ex.: compliance officer ou agente econômico-financeiro) opta pela ignorância confortável, comportando-se como o avestruz que enterra a cabeça para não ver a luz do sol. Em bom português, o garante ou quem se encontra nessa posição faz 'vista grossa' e 'ouvidos de mercador', viabilizando, dessarte, a ocultação de patrimônio ilícito pelo que responderá por lavagem de dinheiro, ainda que com base em dolo eventual.

Ainda que considerada a origem inglesa e norte-americana, a tese tem proliferado mesmo em países que adotam o sistema civil Law e consagram textualmente a possibilidade de punição por dolo eventual, como é o caso da Espanha, na qual, a partir do ano de 2000, foram prolatadas dezenas de decisões pelo Tribunal Supremo acolhendo a teoria da cegueira deliberada. Apesar de se tratar de assunto ainda pouco discutido no Brasil, não se vislumbra obstáculo que impeça o acolhimento da teoria da cegueira deliberada, sendo este, ao revés, um imperativo de cunho moral com base legal (art., 18, I, in fine, do CP). (Vlamiir Costa Magalhães, in *Emerj*, RJ, v. 17, n.64, pag. 164-186).

A jurisprudência dos EUA, ao longo do último século, construiu o raciocínio segundo o qual atua dolosamente o agente que preenche o tipo objetivo ignorando algumas peculiaridades do caso concreto por ter se colocado voluntariamente numa posição da alienação diante de situações suspeitas, procurando não se aprofundar no conhecimento das circunstâncias objetivas. Trata-se da teoria da cegueira deliberada.

Fora do sistema da Common Law, o Tribunal Constitucional da Espanha vem acatando esse entendimento há quase uma década, no sentido de dizer que atua dolosamente quem pratica o núcleo do tipo, diante de uma situação suspeita, colocando-se em condição de ignorância, sem se importar em conhecer mais a fundo as circunstâncias de fato.

No Brasil, Moro, em matéria de lavagem de capitais, defende serem subjetivamente típicas condutas que tenham sido praticadas nessa situação de 'autocolocação em estado de desconhecimento', quando o agente procura não conhecer detalhadamente as circunstâncias de fato de uma situação suspeita.

(...)

Na doutrina brasileira, ensinam Zaffaroni e Pierangeli que não se exige, para o dolo eventual, o 'completo conhecimento dos elementos do tipo objetivo'. Para eles, há dolo eventual mesmo quando o autor duvida de alguns desses elementos e, mesmo assim, age de modo a assumir o risco de produzir o resultado normal do tipo, conformando-se com ele.

Esse é o mesmo entendimento de Roxin, que afirma 'agir com dolo eventual' aquele que, suspeitando da presença dos elementos do tipo objetivo - mas sem a certeza absoluta - age de modo a possivelmente produzir o resultado típico. (Christian Laufer e Robson A. Galvão da Silva, in *Boletim*, IBCCRIM, ano 17, nº 204, Novembro 2009, pag. 10).

Segundo Gabriel Habib (2011, p. 188), a teoria da cegueira deliberada, também conhecida como teoria do avestruz, willful blindness doctrine, conscious avoidance doctrine ou ostrich instruction, teve origem na jurisprudência dos Estados Unidos da América com o caso *United States v. Campell*. No citado episódio, Campell, vendedora do mercado imobiliário, foi denunciada pelo delito de lavagem de dinheiro, em razão de ter realizado um negócio jurídico de venda de um imóvel a um traficante de drogas que se fazia passar por uma pessoa de alto poder aquisitivo, sem revelar a Campell sua real identidade. O imóvel foi vendido por cerca de cento e oitenta mil dólares, dos quais sessenta mil dólares foram pagos em dinheiro.

Durante esse julgamento, uma testemunha afirmou que Campell disse que o dinheiro poderia ser proveniente de atividades ilícitas. Com base nesta informação e em outras constantes nos autos do processo, Campell foi condenada pelo delito de lavagem de dinheiro, com o fundamento de que ela teria deliberadamente fechado os olhos para o fato de que os recursos utilizados para a aquisição do imóvel decorriam do tráfico de substâncias psicotrópicas e que aquela transação tinha a finalidade de mascarar a origem ilícita daqueles recursos.

Esta tese tem sido adotada pelos tribunais dos Estados Unidos da América, desde que haja prova de que o agente tinha conhecimento da possibilidade da origem ilícita dos bens e preferiu, deliberadamente, se manter indiferente quanto à origem irregular destes. Daí a expressão teoria do avestruz. A avestruz, ao menor sinal de perigo, enterra a sua cabeça na terra e não vê o que está passando ao seu redor.

(...) De acordo com Sergio Fernando Moro (2010, p. 69), a teoria da cegueira deliberada pode ser trazida para a prática jurídica nacional, uma vez que, diante da falta de disposição legal específica na lei de lavagem de dinheiro contra a admissão do dolo eventual, é possível a aplicação da previsão genérica desta modalidade de dolo prevista no art. 18, I, do Código Penal. (Bruno Teixeira de Castro, Estudo sobre a aplicação da teoria da cegueira deliberada nos crimes de lavagem de dinheiro - Coleção Jornada de Estudos, 19, pags. 69/80).

Ainda, como consignado na decisão que recebeu a inicial, a edição da Portaria não foi escorada em qualquer estudo técnico, permitindo concluir que, de fato, tinha como objetivo criar impecilhos ao cumprimento da antecipação de tutela proferida na ação civil pública nº 5002862-06.2012.404.7204, merecendo transcrição, sobre o tema, trecho da réplica do MPF:

Com efeito, intimado para apresentar cópia do processo administrativo que deu origem à Portaria nº 17/2012, o demandado encaminhou cópia dos processos nº 00350.002519/2012-02 e nº 00350.002334/2011-17 (evento 1 - PROCADM3).

O processo nº 00350.002519/2012-02 foi instaurado no dia 06 de junho de 2012, justamente na data em que a portaria ilícita foi editada, no âmbito da Secretaria de Monitoramento e Controle, do Ministério da Pesca e Aquicultura, conforme o Memorando nº 82/2012-SEMOC/MPA, assinada pelo próprio Américo Ribeiro Tunes (evento 1 - fl. 01, PROCADM3), e tinha como objeto a 'Revisão da Portaria nº 54/2012 para análise da Portaria IBAMA/SC 054/1999 para anexa conjuntamente a SEMOC'.

Já o processo nº 00350.002334/2011-17, foi instaurado em 01 de março de 2011, no âmbito da Coordenação Geral de Planejamento e Ordenamento da Pesca Artesanal Marinha, órgão do Ministério da Pesca e Aquicultura, tendo como objeto 'Proibir no Litoral de Santa Catarina, a utilização de rede emalhar fixas, com fixação através de âncoras, sacos de pedras ou poitas' (evento 1 - PROCADM3). Referido expediente foi instaurado em face de pedido formulado coletivamente pelos integrantes da Colônia de Pescadores Z-21, sediada no Município de Jaguaruna/SC. Como se infere de suas folhas iniciais, o pleito dos pescadores era de que não houvesse modificação na proibição de pesca com rede fixa, contida no art. 1º da Portaria nº 54/99 do IBAMA.

A análise detida desses processos administrativos comprovam que o réu, ao expedir a Portaria nº 17, de 06 de junho de 2012, não estava autorizado por nenhum estudo técnico, tampouco por manifestações de outros órgãos, especificamente do Ministério do Meio Ambiente, como exige a legislação.

As datas dos andamentos de ambos os processos administrativos também revelam que a Portaria nº 17 foi expedida por Américo Ribeiro Tunes às pressas visando, dolosamente, esvaziar o conteúdo da medida liminar concedida nos autos da ação civil pública nº 5002862-06.2012.404.7204.

Nesse sentido, cumpre ressaltar que todos os andamentos do processo nº 00350.002519/2012-02, instaurado para 'revisão da Portaria nº 54/1999-IBAMA', foram praticados no dia 06 de junho de 2012, data da publicação da Portaria nº 17.

Desde a instauração, passando pelo Memorandos nº 82/2012 - SEMOC/MPA e nº 206/2012-SEPOP/MPA, até a confecção da Nota Técnica nº 25/2012-SEPOP/MPA e da Nota Técnica nº 11/2012-SEMOC/MPA até a submissão da minuta da nova portaria ao consultor jurídico do Ministério da Pesca e Aquicultura, tudo foi realizado no dia 06 de junho de 2012 (EVENTO 1 - PROCADM3).

A pressa do demandado em expedir a Portaria nº 17 era tamanha que ele se antecipou e a publicou antes mesmo de receber o parecer favorável do consultor jurídico do órgão, o qual só foi concedido no dia 08 de junho de 2012, dois dias após a publicação do ato (evento 1 - fl. 11 PROCADM3).

Todos os demais atos do processo foram posterior à publicação da Portaria nº 17, ou seja, não se prestaram a fundamentá-la.

Já o processo 00350.002334/2011-17, apesar de ter sido instaurado no ano de 2011, e que visava justamente a manutenção da Portaria nº 54/99 do IBAMA, recebeu seu primeiro despacho em 14 de março de 2011 e não teve nenhum outro andamento antes do dia 06 de junho de 2012, data da publicação da Portaria nº 17.

Ou seja, também não serviu para embasar a publicação da nova portaria.

Anoto, por fim, que a intenção da edição da portaria também foi objeto de exame no julgamento, pelo Tribunal Regional da 4ª região, do agravo de instrumento nº 5012019-81.2012.404.0000, Relator Juiz Federal João Pedro Gebran Neto, ocorrido em 18/09/2012:

Do exame dos autos eletrônicos é possível depreender que a ora agravante, ao invés de dar cumprimento à antecipação de tutela concedida na ação civil pública em comento, procedendo à fiscalização e combate à pesca com petrecho proibido, limitou-se a editar a Portaria Semoc/MPA nº 17/2012, com nítida pretensão de legalizar a atividade que o Ministério Público Federal busca coibir com a demanda.

Conforme consta na decisão agravada, a edição da citada Portaria causa afronta ao provimento jurisdicional, causando insegurança jurídica, e estímulo à pesca ilegal na região, além de dificultar a atuação do IBAMA e da Polícia Federal.

O quadro probatório evidencia, pois, que os fatos articulados na petição inicial mostraram-se comprovados, seja porque calcados em elementos de prova documental, seja mesmo pela postura do réu, que sequer postulou a produção de outras provas para comprovar as alegações trazidas em sua contestação.

Tudo considerado, os elementos de convicção carregados são bastantes a demonstrar a materialidade e a autoria, bem assim o elemento subjetivo, no caso o dolo.

A conduta do réu desatendeu aos princípios da administração pública (art. 37, caput, CF) de modo qualificado (art. 11, caput, da Lei nº 8.429/92), havendo ofensa aos deveres de legalidade e impessoalidade.

O réu, ao editar a portaria, buscou finalidade alheia ao interesse público, diversa da prescrita em lei, sem qualquer estudo ou motivação específica que a justificasse, simplesmente para burlar a decisão judicial que ordenava o cumprimento do ato normativo por aquela revogado.

Nem se alegue que haveria discricionariedade, pois como lembra Juarez Freitas, na defesa do direito fundamental à boa Administração Pública, 'O 'mérito' (referente ao campo dos juízos de conveniência ou de oportunidade) não é diretamente controlável, mas o demérito e a antijuridicidade o serão, inescapavelmente.' (Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009). Ademais, como define com precisão o magistrado federal, também mestre em Ciência Jurídica, Moser Vhoss, 'Pelo princípio da impessoalidade, a Administração está impedida de tomar fatores pessoais e subjetivos como móveis de suas ações.' (VHOSS, Moser. Dano Moral e improbidade Administrativa. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor. 2008. p.31).

Assim, a conduta do réu, de causar embaraço ao cumprimento de decisão judicial, merece ser reprimida pelo Poder Judiciário, a quem cabe pacificar os conflitos sociais em prazo razoável (Constituição Federal, art. 5º, LXXVIII). Ao juiz compete efetivar o cumprimento de suas decisões e, por via de consequência, a satisfação efetiva da pretensão material, não do autor, mas da própria sociedade, e o resguardo ao prestígio do Poder Judiciário. 'O processo é meio, posto a serviço do homem, para esse fim social. O Estado, que promete a prestação jurisdicional, dá o instrumento, mas exige que se lhe dê precípua destinação. Pratiquem-se de boa-fé todos os atos processuais. Ajam as partes lealmente; colaborem todos com o órgão estatal, honestamente, sem abusos. Da relação processual surgem poderes e deveres. Para o juiz e para as partes, entre si, e deveres de uma para com outra parte (...)' (STOCO, Rui. Abuso do direito e má-fé processual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 88).

Eventual leniência com a ilegal e intencional edição de ato normativo visando o descumprimento de decisão judicial implica premiar a má fé e olvidar o disposto no inciso III do art. 125 do CPC, que diz competir ao juiz 'prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça.'.

A jurisprudência é pacífica no sentido de que a violação do conjunto principiológico que rege a Administração Pública caracteriza ato de improbidade.

Cite-se, como exemplo, a seguinte decisão.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONDUTA ATENTATÓRIA AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. Configurada a prática de conduta, por agente público, que atenta contra os princípios da Administração Pública, aplicáveis as penalidades previstas na Lei n.º 8.429/92. (TRF4, AC 2004.70.02.001965-4, Quarta Turma, Relator Jorge Antonio Maurique, D.E. 09/12/2011).

Por todo exposto, a condenação do réu, pelo cometimento do ato ímprobo descrito no art. 11, caput, da Lei nº 8.492/92, às sanções do art. 12, III, da Lei nº 8.492/92, é medida que se impõe.

- Da dosimetria das sanções.

A dosimetria das sanções impostas ao sujeito ativo do ato ímprobo deve guardar proporcionalidade com a extensão do dano causado e com o proveito patrimonial obtido pelo agente, conforme expressa disposição legal (art. 12, § único, da Lei nº 8.429/92).

Vai ao encontro dessa premissa a própria jurisprudência:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EXAME DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DA CORTE EXCELSA. DOSIMETRIA DAS SANÇÕES APLICADAS POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ.

1. A aplicação das penalidades previstas no art. 12 da Lei n. 8.429/1992 exige que o magistrado considere, no caso concreto, 'a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente', (conforme previsão expressa contida no parágrafo único do referido artigo). Assim, é preciso analisar a razoabilidade e a proporcionalidade em relação à gravidade do ato ímprobo e à cominação das penalidades, as quais podem ocorrer de maneira cumulativa ou não. (Precedente: AgRg no REsp 1242939/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 24/05/2011, DJe 30/05/2011.)

2. A sanção de suspensão dos direitos políticos é a mais drástica das penalidades estabelecidas no art. 12 da Lei n. 8.429/92, devendo ser aplicada tão somente em casos graves. (Precedente: AgRg no AREsp 11.146/RS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 16/08/2011, DJe 22/08/2011).

3. 'A condenação foi devidamente motivada e se encontra dentro dos limites do art. 12 da Lei 8.429/1992, estando dosada segundo a avaliação razoável do Tribunal de origem. Portanto, não merece reforma em Recurso Especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ.' (Precedente: REsp 1173845/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 08/06/2010, DJe 27/04/2011.) Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1223798/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/04/2012, DJe 19/04/2012).

Das sanções previstas para o tipo, tem-se o ressarcimento integral do dano, a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, o pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e a proibição de contratar com o Poder Público ou dele receber benefícios pelo prazo de três anos.

De plano, tenho que algumas dessas sanções não se mostram necessárias, adequadas e proporcionais à gravidade dos fatos e à culpabilidade enquanto grau de resistência à norma.

Sem embargo, não há prova de que o réu seja servidor público de carreira, mas que apenas ocupava cargo em comissão no Ministério da Pesca e que após veio a ocupar o cargo de Superintendente do IBAMA em Santa Catarina, o que afasta qualquer pretensão condenatória quanto à perda da função pública.

Também entendo incabível a sanção de proibição de contratar com o Poder Público. Com efeito, não logrou o MPF demonstrar que o réu se ocupe de atividade econômica ou empresarial, locus mais apropriado para a aplicação da sanção em comento, sem o que se mostraria inócua.

A suspensão dos direitos políticos também deve ser afastada. Trata-se da mais grave das sanções cominadas pela LIA. Suspender o exercício da capacidade eleitoral ativa e passiva define contornos mais restritos no campo da cidadania, porquanto limita o âmbito de participação na fiscalização dos destinos e escolhas da vida política (impede o manejo da ação

popular, v.g.). Valoradas as ações do réu, não encontro espaço para a imposição desta reprimenda, pena de se mostrar a resposta judicial como ato do Poder Público desproporcional e violador do devido processo legal substantivo, frente ao quadro empírico-probatório verificado nestes autos.

Tampouco há falar em ressarcimento integral do dano, uma vez que este sequer restou comprovado nos autos, como já visto.

A sanção mais apropriada, necessária e suficiente no caso é a multa civil. Além do viés punitivo, não se pode mitigar seu papel pedagógico. Nesse sentido, considerando a finalidade dissuasória, a ausência de prejuízo direto aos cofres públicos, e, em especial, a elevada intensidade do dolo, entendo deva ser a multa civil fixada em 5 (cinco) vezes o subsídio/remuneração percebido pelo réu em junho de 2012, a ser destinada em favor da União. Este valor deverá ser corrigido pelo IPCA-E e acrescidos de juros moratórios de mora de 1% ao mês, ambos desde junho de 2012.

O efetivo atendimento ao cumprimento da sentença deverá ser demonstrado, pelo réu, nestes autos, mediante a juntada de comprovante do depósito da multa civil cominada, em conta vinculada aos presentes autos.

- Despesas processuais.

Quanto ao ponto, 'a condenação nas verbas de sucumbência decorre do fato objetivo da derrota no processo' (REsp 886178/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Corte Especial, julgado em 02/12/2009, DJe 25/02/2010).

Não obstante, o Superior Tribunal de Justiça entende incabível a condenação em honorários do Ministério Público Federal em causas como a presente:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA - PROCESSO CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - MINISTÉRIO PÚBLICO AUTOR E VENCEDOR.

1. Na ação civil pública movida pelo Ministério Público, a questão da verba honorária foge inteiramente das regras do CPC, sendo disciplinada pelas normas próprias da Lei 7.347/85.

2. Posiciona-se o STJ no sentido de que, em sede de ação civil pública, a condenação do Ministério Público ao pagamento de honorários advocatícios somente é cabível na hipótese de comprovada e inequívoca má-fé do Parquet.

3. Dentro de absoluta simetria de tratamento e à luz da interpretação sistemática do ordenamento, não pode o parquet beneficiar-se de honorários, quando for vencedor na ação civil pública. Precedentes.

4. Embargos de divergência providos.

(EResp 895530/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/08/2009, DJe 18/12/2009).

Nos termos do precedente, portanto, descabida a condenação em honorários advocatícios em favor do MPF.

III - DISPOSITIVO

Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES OS PEDIDOS para, resolvendo o processo com decisão de mérito, nos termos do art. 269, I, do CPC, e, com base na Lei 8.429/92, em decorrência da conduta ímproba praticada e descrita no art. 11, caput, da Lei nº 8.492/92, CONDENAR o réu Américo Ribeiro Tunes ao pagamento de multa civil no valor de 5 (cinco) vezes o subsídio/remuneração por ele percebido em junho de 2012.'

Da conclusão

Diante do exposto, o Ministério Público Federal opina pelo desprovimento da apelação do servidor e do MPF, mantendo-se a condenação do servidor por improbidade administrativa, nos exatos termos da sentença recorrida, pois além de não ter competência para a expedição da Portaria nº 17/2012, do Ministério da Pesca, que modificou a Portaria IBAMA nº 54/1999, não há nos autos prova de que tal regulamentação tenha sido precedida de estudos técnicos capazes de amparar o seu conteúdo, além de o parecer da consultoria jurídica do órgão somente ter sido emitido em 8.6.2012 (Evento 38 - DEFESA P4), portanto após a expedição da Portaria nº 17, de 6.6.2012. A tudo some-se o fato de que é duvidosa a alegação de inexistência de ciência do andamento da Ação Civil Pública nº 5002562-06.2012.404.7204, com liminar

expedida, que determinava à União e ao IBAMA a adoção de providências para impedir a prática de pesca com determinados petrechos, cuja situação foi bastante noticiada à época.'

Por esses motivos, voto por negar provimento às apelações.

É o meu voto.

Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz
Relator

Documento eletrônico assinado por **Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **7498732v2** e, se solicitado, do código CRC **4CE56641**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz

Data e Hora: 14/05/2015 16:03

EXTRATO DE ATA DA SESSÃO DE 13/05/2015
APELAÇÃO CÍVEL Nº 5006358-09.2013.404.7204/SC
ORIGEM: SC 50063580920134047204

RELATOR : Des. Federal CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ
PRESIDENTE : Desembargador Federal CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ
PROCURADOR : Dr(a)Cláudio Dutra Fontella
APELANTE : AMÉRICO RIBERIO TUNES
ADVOGADO : MARIA ABADIA ALVES
APELANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
APELADO : OS MESMOS
INTERESSADO : UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO

Certifico que este processo foi incluído na Pauta do dia 13/05/2015, na seqüência 43, disponibilizada no DE de 30/04/2015, da qual foi intimado(a) UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e as demais PROCURADORIAS FEDERAIS.

Certifico que o(a) 3ª TURMA, ao apreciar os autos do processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A TURMA, POR UNANIMIDADE, DECIDIU NEGAR PROVIMENTO ÀS APELAÇÕES.

RELATOR	:	Des. Federal CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES
ACÓRDÃO	:	LENZ
VOTANTE(S)	:	Des. Federal CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES
	:	LENZ
	:	Juiza Federal SALISE MONTEIRO SANCHOTENE
	:	Des. Federal FERNANDO QUADROS DA SILVA

Letícia Pereira Carello
Diretora de Secretaria

Documento eletrônico assinado por **Letícia Pereira Carello, Diretora de Secretaria**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **7547245v1** e, se solicitado, do código CRC **4C7953**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a):	Letícia Pereira Carello
Data e Hora:	13/05/2015 20:26