



DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Edição nº 3/2016 – São Paulo, quarta-feira, 06 de janeiro de 2016

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

PUBLICAÇÕES JUDICIAIS I – TRF

SECRETARIA DA PRESIDÊNCIA

Expediente Processual (Despacho/Decisão) Nro 41483/2016

00001 SUSPENSÃO DE LIMINAR OU ANTECIPAÇÃO DE TUTELA Nº 0029987-37.2015.4.03.0000/SP

2015.03.00.029987-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal PRESIDENTE
REQUERENTE : MUNICIPIO DE SAO PAULO SP
PROCURADOR : SP278201 LUIS FELIPE FERREIRA MENDONÇA CRUZ
REQUERIDO(A) : JUIZO FEDERAL DA 24 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
INTERESSADO(A) : Uniao Federal
PROCURADOR : SP000019 TERCIO ISSAMI TOKANO
INTERESSADO(A) : SEVERINA MARIA DA SILVA e outros(as)
: JOAO NASCIMENTO MACEDO
: ALEX SELLMANN DE OLIVEIRA
ADVOGADO : SP227242A JOÃO FERREIRA NASCIMENTO
INTERESSADO(A) : TALISMA FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPACOES e outros(as)
: MAIS INVEST EMPREENDIMENTOS E INCORPORACOES
: RFM PARTICIPACOES LTDA
No. ORIG. : 00230868620154036100 24 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de pedido de suspensão de medida liminar concedida em ação popular.

O Juízo de 1º grau de jurisdição concedeu a ordem, para impedir a assinatura - ou a produção de efeitos, caso formalizada - de contrato de "concessão de obra pública para a implantação, operação, manutenção e exploração econômica do Circuito das Compras, dos projetos associados" (fls. 378 - 2º vol.) e de outras obrigações acessórias.

O contrato é o resultado de licitação promovida pela Prefeitura do Município de São Paulo, ora requerente, para, no lugar da Feira da Madrugada, construir, implantar e manter centro de compra popular dirigido por empreendedor privado.

A decisão preliminar considerou relevante, após a conclusão da licitação, a iniciativa do Ministério Público do Estado de São Paulo, quanto ao questionamento de certo ponto da concorrência, tanto mais porque a ora requerente reconheceu o equívoco e fez a alteração do próprio contrato de concessão - após a realização da licitação, enfatizou.

Ademais disto, não obstante a condução da licitação tenha sido reconhecida como "**satisfatória em termos jurídicos**", a decisão questionada julgou necessário acautelar certa "**demanda social**", nestes termos (fls. 96):

"Embora tecnicamente não se possa afirmar que as licitantes, inclusive examinadas sob o plano dos CNPJ's que as compõem não foram condenadas, uma delas inclusive ré em processo de improbidade em Manaus, não possa ser considerada irregular, não se pode deixar ver a eloquente demanda da sociedade por negócios públicos cuja probidade seja inquestionável, a permitir que o tecnicismo possa ser considerado superado como forma de uma melhor resposta social.

De fato, a afirmação de quem não foi condenado, ainda que responda a inúmeros processos em curso é tão inocente quanto aquele que contra si jamais teve um inquérito ou um processo, ainda que satisfatória em termos jurídicos, não mais atende à demanda social em favor de uma maior probidade nos atos da administração pública".

É uma síntese do necessário.

"Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas", diz o artigo 4º, da Lei Federal nº 8.437/92.

No caso concreto, há **manifesto interesse público e grave lesão à ordem administrativa e à economia públicas**.

A intervenção do Ministério Público do Estado de São Paulo não respeitou a norma constitucional de competência, nem atendeu ao interesse público.

A **instituição estadual** não tem atribuição para zelar pelo **interesse federal** de que é titular a União.

A licitação e o contrato de concessão derivam, diretamente, do "**Contrato de Cessão sob o Regime de Concessão de Direito Real de Uso Resolúvel em Condições Especiais**" (fls. 35).

Neste instrumento, estão acertadas as obrigações da União e da requerente, a Prefeitura do Município de São Paulo.

Qualquer demanda resultante desta relação jurídica - **como é, exatamente, o caso da ação popular em curso** - estará no âmbito de competência da Justiça **Federal**.

Neste contexto, a atribuição será - como é - do Ministério Público **Federal**.

Não é por outra **razão jurídica** que o Ministério Público Federal fez várias intervenções, no curso da fiscalização do cumprimento da avença.

Por outro lado, a intervenção da instituição estadual não atendeu ao interesse público.

Após a conclusão da licitação, o Ministério Público do Estado de São Paulo exigiu que, antes de oferecidos, a terceiros, os boxes de venda construídos no novo Circuito de Compras, deveria ser resguardada a preferência dos comerciantes populares cadastrados perante a Municipalidade e hoje instalados na atual Feira da Madrugada (fls. 291 - vol. 2).

Para este efeito, o Ministério Público do Estado de São Paulo encaminhou recomendação à Prefeitura do Município de São Paulo. E, ainda, apresentou "**pedido de suspensão cautelar do contrato**" (fls. 265 - vol. 2), junto ao Tribunal de Contas do Município de São Paulo.

A Prefeitura do Município de São Paulo prontamente incorporou a exigência ao contrato de concessão.

O Tribunal de Contas do Município de São Paulo chancelou a exigência e a garantiu, um passo além, para o comerciante popular "**eventualmente inadimplente**" (fls. 336 - vol. 2) com a Municipalidade.

As preferências pretendidas pelo Ministério Público do Estado de São Paulo e pelo Tribunal de Contas do Município de São Paulo não

guardam simetria com a ordem jurídica.

O Ministério Público do Estado de São Paulo destacou que a cláusula 7ª, inciso II, do "**Contrato de Cessão sob o Regime de Concessão de Direito Real de Uso Resolúvel em Condições Especiais**", assegurou "**preferência de atendimento aos comerciantes que hoje ocupam a área, conforme cadastro realizado pela Prefeitura do Município de São Paulo**", no futuro centro popular de compras (fls. 266 e seguintes - vol. 2).

O Contrato de Cessão foi firmado pela **União** e pela **Prefeitura do Município de São Paulo** em **05 de julho de 2.012** (fls. 35 - vol. 1).

Em 2.015 - hoje, 2.016 -, o Ministério Público do Estado de São Paulo quer a garantia de suposto direito dos comerciantes populares que fizeram a ocupação **ilegal** de área **pública**, em **2.012**.

Ocupação de área pública é ato ilegal. Mera detenção. Não gera direito possessório ou real. **Muito menos é constitutiva de direito de preferência sobre outra área, como será a ofertada após a construção do novo centro de compras.**

A jurisprudência é pacífica.

MANUTENÇÃO DE POSSE. OCUPAÇÃO DE ÁREA PÚBLICA, ADMINISTRADA PELA "TERRACAP - COMPANHIA IMOBILIÁRIA DE BRASÍLIA". INADMISSIBILIDADE DA PROTEÇÃO POSSESSÓRIA.

- A ocupação de bem público não passa de simples detenção, caso em que se afigura inadmissível o pleito de proteção possessória contra o órgão público.

- Não induzem posse os atos de mera tolerância (art. 497 do Código Civil/1916). Precedentes do STJ.

Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 489.732/DF, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 05/05/2005, DJ 13/06/2005, p. 310).

A cláusula do Contrato de Concessão é **nula de pleno direito**: "**é imperioso refletir que qualquer cláusula que contrarie o interesse público ou consubstancie renúncia a direitos e poderes da Administração deve ser considerada como não escrita**" (Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro, 7ª edição, Ed. RT, pág. 199).

É pertinente a crítica do mesmo doutrinador: "**as concessões vigentes são em geral, e paradoxalmente, instrumentos em que o Poder Público e os usuários é que se submetem à vontade despótica das empresas, tais são as cláusulas a seu favor e a nenhuma reserva de direitos para o particular a que o serviço se destina. Já é tempo de os concedentes reagirem contra esta inversão de poderes, defendendo melhor o público**" (obra citada, pág. 361).

No caso concreto, a cláusula de preferência aos ocupantes ilegais de 2.012 - sejam eles comerciantes ou não - atenta contra os interesses da União e do Município de São Paulo.

Mas não é só. Atenta, também, contra os comerciantes, populares ou não, intangíveis a organizações criminosas - a **Prefeitura do Município de São Paulo** noticia "**as inúmeras denúncias de esquemas criminosos por entre os comerciantes da Feira da Madrugada**" (fls. 22 - vol. 1) - ou que **não tenham** vínculos com as facções dos poderes de turno ou sejam simples militantes anônimos do trabalho lícito.

A propósito, é oportuno destacar a petição inicial deste incidente de suspensão de medida liminar, com o registro de que a área objeto da atual concessão pertencia à Rede Ferroviária Federal S/A.

Diz a Prefeitura do Município do Estado de São Paulo: "**Diante da ausência de licitação prévia, o Ministério Público Federal expediu a Recomendação nº 38, de 29 de junho de 2009, onde, após vários considerando, recomendou ao inventariante da extinta RFFSA, que promovesse licitação para a permissão de uso das áreas do conjunto imobiliário do Pátio da Estação do Pari, na forma e nos termos da Lei nº 8.666/1993**" ("verbis", fls. 13).

A jurisprudência prestigia o **modelo de proteção** defendido pelo Ministério Público **Federal**. A regra, na outorga de bem público a terceiro, é a exigência de prévia licitação, nos regimes de concessão ou permissão.

A título de exceção, a Lei de Licitações disciplina alguns casos, entre os quais não se encontra o dos comerciantes - populares ou não.

A título de ilustração:

ADMINISTRATIVO. CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO DE TERRENO PÚBLICO A PARTICULAR. CONSTRUÇÃO DE SEDE RECREATIVA DE ASSOCIAÇÃO DE DIREITO PRIVADO SEM FINS LUCRATIVOS. AUSÊNCIA DE INTERESSE EMINENTEMENTE SOCIAL. HIPÓTESE NÃO ENQUADRADA NA DISPENSA DE LICITAÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ART. 17, INC. I, ALÍNEA "F", E § 2º, INC. I, DA LEI 8.666/1993. NECESSIDADE DE CONCORRÊNCIA PRÉVIA.

1. Na origem, o Ministério Público do Estado do Maranhão propôs ação civil pública contra o Município de São Luís e a Associação dos Delegados de Polícia Civil do Maranhão - ADEPOL, sob a alegação de que a Municipalidade teria celebrado ilegal concessão de direito real de uso de um terreno de 4.940 m2 para construção da sede recreativa da associação, sem autorização legislativa e sem licitação.

2. A sentença julgou procedente o pedido do Parquet para anular a concessão de direito real de uso; estabelecer que a Municipalidade se abstenha de edificar na área concedida e venha a demolir qualquer edificação lá existente; e determinar à ADEPOL que se abstenha de ocupar, utilizar, construir e edificar no local, sob pena de multa diária. O Tribunal maranhense deu provimento à apelação da Municipalidade para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido formulado na ação civil pública.

3. A concessão de direito real de uso corresponde a contrato pelo qual a Administração transfere a particular o uso remunerado ou gratuito de terreno público, sob a forma de direito real resolúvel, a fim de que dele se utilize para fins específicos de regularização fundiária de interesse social, urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, aproveitamento sustentável das várzeas, preservação das comunidades tradicionais e seus meios de subsistência ou outras modalidades de interesse social em áreas urbanas.

4. A concessão de direito real de uso a particulares requer autorização legal e concorrência prévia.

5. Nos termos do art. 17, § 2º, inc. I, da Lei 8.666/1993, a Administração poderá conceder direito real de uso com dispensa de licitação quando a utilização destinar-se a outro órgão ou entidade da Administração Pública.

6. Em situações de caráter eminentemente social, o art. 17, inc. I, alínea "f", da Lei 8.666/1993 também prevê a dispensa de licitação na "alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública".

7. As associações de direito privado, ainda que sem fins lucrativos, não se enquadram nas hipóteses de dispensa de licitação previstas no art. 17, inc. I, alínea "f", e § 2º, inc. I, da Lei 8.666/1993.

Recurso especial do Parquet conhecido em parte e, nessa, provido para restabelecer a sentença de primeiro grau que torna nula a concessão de direito real de uso do terreno.

(REsp 1435594/MA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/10/2015, DJe 11/11/2015).

É por isto que as exigências do Ministério Público do Estado de São Paulo e do Tribunal de Contas do Município de São Paulo não podem prevalecer.

Por outro lado, os atuais permissionários do direito de uso de bem público - ainda que superado o tema da ausência de prévia licitação, para efeito de argumentação - não têm preferência diante do futuro locador, nem de **outros candidatos a locatários que não tenham o precedente benefício público**.

A permissão pública, administrativa, precária, revogável, de uso de certo bem imóvel - o box de venda da atual Feira da Madrugada - **não constitui título jurídico para a obtenção de coisa similar** - o box de venda do novo Circuito de Compras -, submetida a **regime jurídico privado, contratual, de locação**.

Trata-se de vinculação sem validade jurídica, pois os institutos da permissão administrativa de uso e da locação são distintos, quanto ao regime, sujeitos, obrigações, causas de revogação e rescisão, entre outros aspectos.

A permissão de uso de bem público é precária. Não é constitutiva de outros direitos, tanto mais os de natureza privada, negocial.

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ATO ADMINISTRATIVO. PERMISSÃO DE USO DE IMÓVEL MUNICIPAL POR PARTICULAR. NATUREZA PRECÁRIA E DISCRICIONÁRIA. POSSIBILIDADE DE CANCELAMENTO. PREVISÃO CONTRATUAL. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. 1. A autorização de uso de imóvel municipal por particular é ato unilateral da Administração Pública, de natureza discricionária, precária, através do qual esta consente na prática de determinada atividade individual incidente sobre um bem público. Trata-se, portanto, de ato revogável, sumariamente, a qualquer tempo, e sem ônus para o Poder Público. 2. Como a Administração Pública Municipal não mais consente a permanência da impetrante no local, a autorização perdeu sua eficácia. Logo, não há direito líquido e certo a ser tutelado na hipótese dos autos. 3. Comprovação nos autos da existência de previsão contratual no tocante ao cancelamento da permissão debatida. 4. Recurso não provido."

(STJ. Rel. Min. José Delgado, RMS 16280/RJ, 1ª Turma).

A decisão liminar é crítica quanto à alteração dos termos do contrato de concessão após a licitação. Não pela motivação correta. E, ainda, não extraiu a consequência jurídica adequada do evento.

A alteração dos termos do contrato de concessão não poderia ser feita, porque o conteúdo adicionado, após a licitação, afronta a ordem legal.

A segunda reserva imposta pela decisão liminar é desprovida de **fundamentação jurídica adequada e suficiente**.

O sócio minoritário, de uma das empresas integrantes do consórcio vencedor da licitação, é réu em ação civil pública de improbidade administrativa.

A decisão questionada reconhece que a lei exige condenação definitiva, para a produção de efeitos negativos. Mas diz isto que isto não atende ao que reputa ser a "**demanda social em favor de uma maior probidade nos atos da administração pública**".

Para contornar a lei, limita-se a registrar a existência de ação civil pública pública de improbidade administrativa.

Não é adequado confundir o efeito automático de uma condenação com a proteção cautelar de um direito.

Não é exato que a proteção **cautelar incidental** relacionada à suspensão de um contrato, por quem tenha contra si antecedentes indícios veementes de malversação de dinheiro público, dependa de condenação definitiva.

Mas, como é próprio da exigência de qualquer demanda, a proteção cautelar incidental depende da imputação de fato certo e documentado, ainda que no plano indiciário.

É, claramente, **insuficiente**, extrair, da **simples menção** à tramitação de uma ação, a interdição gravosa de um direito.

Mais grave, se a título de serviço ao que se tem por demanda social, no campo da especulação sensorial.

A jurisprudência deste Tribunal Federal rejeita a deserção ao dever de exigência de alegação válida e documentada de indício, para a imposição cautelar de restrição a direito, seja lá qual for a opinião - privada ou pública - supostamente prevalecente sobre o fato ou só apresentada como tal.

Confira-se - **AI nº 0021751-43.2008.4.03.0000/SP, 4ª Turma, Relator o Desembargador Federal Fábio Prieto, votação unânime:**

MEDIDA CAUTELAR DE BUSCA E APREENSÃO DE DOCUMENTOS RELACIONADOS AO CONTROLE DO TRÁFEGO AÉREO - CONCESSÃO E EXECUÇÃO DE MEDIDA LIMINAR, PELO JUÍZO FEDERAL DE GUARULHOS, NAS UNIDADES AEROPORTUÁRIAS DE CUMBICA (GUARULHOS - SP), CONGONHAS (SÃO PAULO - SP) E CINDACTA 1 (BRASÍLIA - DF): INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA - PROVIDÊNCIA REQUERIDA PARA A INSTRUÇÃO DE INQUÉRITO CIVIL INSTAURADO SOB ALEGAÇÕES INVÁLIDAS, EM PARTE, E, NO MAIS, CONTRARIADAS PELA PROVA DOCUMENTAL, COM OBJETO ILÍCITO - REVOGAÇÃO DA MEDIDA LIMINAR.

1.[Tab]No juízo incidental e provisório, próprio ao exame de medida liminar, em Medida Cautelar, cumpre anotar que, ao Juízo Federal local, de Guarulhos (SP), parece faltar competência para a busca e apreensão liminar de documentos, nas unidades aeroportuárias de Cumbica (Guarulhos - SP), Congonhas (São Paulo - SP) e CINDACTA 1 (Brasília - DF).

2.[Tab]Se é nacional a projeção do suposto dano, é absoluta a incompetência do juízo local. Circunstância que, em se tratando de tema sujeito ao regime da ação civil pública, pode impedir, inclusive, a remessa dos autos ao juízo competente, pois a subscrição de petição inicial, neste assunto, por Membro do Ministério Público desprovido de atribuição legal, é ato ilegal, cuja gravidade, na perspectiva da Procuradoria-Geral da República (cf. Proc. PGR nº 1.00.000.007452/2004-07), pode configurar, em tese, infração funcional.

3.[Tab]Medida cautelar destinada à instrução de inquérito civil, cuja ilicitude é representada pelo objeto vago, largo e indeterminado, defeitos demonstrativos da potencial operacionalização de instrumento genérico de supervisão geral de atribuições imputadas a órgãos e entidades estranhos ao Ministério Público Federal.

4.[Tab]Os Ministérios Públicos, ciosos da responsabilidade própria ao manuseio das ações civis públicas, têm zelado pela exigência da especificação do fato determinado, como medida necessária para a legitimação do inquérito civil. Entre outros: Ato Normativo nº. 484-CPJ, de 5 de outubro de 2006, do Colégio de Procuradores do Ministério Público do Estado de São Paulo.

5.[Tab]A invocação de fundamento fático relacionado à "omissão de informações claras", por parte da Aeronáutica, não guarda simetria com a verdade documentada, pois, provocado pela Procuradoria da República de Guarulhos, o Comandante da Força, pessoalmente, apresentou esclarecimentos objetivos e circunstanciados - documento de fls. 81/84.

6.[Tab]Em nome da Nação - ausente uma única reclamação documentada por algum de seus milhões de cidadãos -, a invocação de genérica situação caótica - como simples expressão do discurso de pânico, de emergência, de terror psicológico ou de intimidação coletiva -, não autoriza qualquer agente político, nos Poderes da República - inclusive no Judiciário, com a coadjuvação, ou não, de partes estatais, privadas ou públicas, como é o caso dos Ministérios Públicos -, a fazer intervenção ilegítima - declarada ou dissimulada -, sem limites, nas atividades circunscritas à competência constitucional de outrem.

7.[Tab]É de nenhuma relevância jurídica, se o suposto "caos aéreo" encontra ressonância nos noticiosos - ainda quando não sejam patrocinados por setores interessados na difusão da própria informação, nem sempre coincidente com o fato certo e documentado.

8.[Tab]Ciente da grave realidade representada pela "plantação de fatos", nos meios de comunicação - e de sua reiteração -, o Supremo Tribunal Federal foi ao patamar da solução radical do veto à instauração de procedimento de investigação fundado em matéria noticiosa - ou publicada em noticiosos. STF, Plenário, PET 2805-Agr, Ministro Nelson Jobim: "Estamos sendo instrumento político. Precisamos colocar os pés no chão, isto é um jogo político. E não podemos nos submeter a ele".

9.[Tab]A Magistratura não está constitucionalmente autorizada a abrir mão do alto grau de civilidade representado pela institucionalização do Poder Judiciário, nos limites do Estado Democrático de Direito, cujo modelo de responsabilidade é incompatível com o bonapartismo, o messianismo, o sebastianismo, o "xerifismo" dos fronteiriços e outros delírios de poder oportunista, autoritário, jactancioso ou de manicômio.

10.[Tab]Agravo de instrumento provido".

No v. Acórdão, de minha Relatoria, cabe destacar:

*"O sistema jurídico nacional tem exigência própria, para a qualificação de **fatos** direcionados à **abertura da instância restritiva de direitos**.*

*É oportuno registrar que, para este **grave e específico efeito**, a Constituição Federal não aceita a **projeção de sentimentos** - sejam eles são ou não -, de natureza individual, coletiva ou de toda Nação, **nem mesmo para a abertura de investigação destinada à apuração da mais séria das infrações: o crime**.*

É velha a lição de Nelson Hungria:

"Na Rússia soviética, proclama-se que o indivíduo é o mal e deve ser combatido, amulado, subvertido na massa, que significa o povo reduzido a um vasto aglomeramento de produtos humanos estandardizados, erradicados de alma, confundidos na desolante mesmice de "modelos de fábrica". Na Alemanha nacional-socialista, ao invés do ideal marxista da massa, fala-se, para servir ao ferrenho antiindividualismo de Hitler, no interesse do povo, que é defendido como "comunhão indissoluvelmente ligada pelo sangue e pelo território" ou como "única grandeza política", de que o Estado é forma natural; mas o resultado é o mesmo: o indivíduo reduzido à expressão mais simples. Embora com fundamentos diferentes, chega-se, na Rússia e na Alemanha, a uma fórmula idêntica. "Não há direitos individuais em si mesmos". Os postulados mais fundamentalmente insculpidos na consciência jurídica universal foram renegados como superstições maléficas, incompatíveis com o que por lá se chama o novo Estado, mas que, na realidade, não é mais que o retorno ao ominoso hiperestatismo dos tempos medievais. Não há melhor atestado dessa tendência involutiva do que a orientação jurídico-penal dos bolcheviques e nacional-socialistas. Antes que nós outros, ainda integrados na continuidade do credo democrático, nos refizéssemos do espanto causado pela adoção da analogia no Código Penal soviético, eis que o mesmo critério é inculcado e acolhido, sem rebuços e sob moldes talvez mais desabridos, na Alemanha, que vinha sendo, havia mais de um século, a pesquisadora e inexcedível mestra do Direito. O Código moscovita assim fixara o princípio do direito penal desprendido das leis: "Se uma ação qualquer, considerada socialmente perigosa, não acha especialmente prevista no presente Código, os limites e fundamentos da responsabilidade se deduzem dos artigos deste Código que prevejam delitos de índole mais análoga". Ora, esta pura e simples substituição do legislador pelo juiz criminal era incomparável com a essência do Estado totalitário, corporificado no Führer, segundo a diretriz política que domina na Alemanha, após a queda da República de Weimar. Preferiu-se uma outra fórmula, que está inscrita no "Memorial" hitlerista sobre o "novo direito penal alemão": permite-se a punição do fato que escapou à previsão do legislador, uma vez que essa punição seja reclamada pelo "sentimento" ou pela "consciência" do povo (Volksempfinden), depreendidos e filtrados, não pela interpretação pretoriana dos juizes, mas (e aqui é que o leão mostra a garra...) segundo a revelação (Kundmachung) do Führer. SCHAFFSTEIN, professor de direito em Leipzig, proclama, sem rodeios, do alto de sua cátedra: "A lei é o que o Führer ordena" ("Gesetz ist, was der Führer befiehlt"). A liberdade de aplicação analógica da lei penal é limitada pela submissão do juiz às "idéias" e às "ordens" emanadas da mística hitleriana. Conceitos, critérios, opiniões, pontos de vista, na interpretação, formação ou aplicação do direito, devem afeiçoar-se fielmente ao espírito guiador de Adolfo Hitler. Somente este (embora nascido numa aldeia fronteiriça entre a Áustria e a Tcheco-Eslováquia) é que tem o misterioso condão de polarizar o espírito, o sentimento, a consciência do povo alemão. SIEGERT, professor da famosa Universidade de Goettingen, assim formula o versículo do novo Evangelho: "Devemos seguir as proclamações do Führer como linhas de direção, a mostrar-nos, dentro do espírito nacional-socialista, o justo caminho para o reconhecimento e solução das concretas situações de fato". Os juizes não podem, de seu livre alvedrio, esquadriñar a sã mentalidade do povo (der gesunde Volksgeist) para aplicar o direito penal extra legem: devem ter na memória, a impregnar-lhes substancialmente as decisões, o Mein Kampf e as arengas de Hitler. O Mein Kampf (esse livro que JACQUES BAINVILLE justamente qualifica de bric-à-brac de idéias pueris e charlatânicas, em uma linguagem desconcertante de pedantismo) é a Bíblia do nacional-socialismo, é a craveira por onde têm de medir-se a alma e o pensamento alemães. O invocado "espírito do povo" não quer dizer o que o povo pensa na realidade, mas o que deve pensar segundo a Führung, isto é, a orientação do Chefe".

*É oportuno lembrar que a Constituição Federal de 1988 enquadrou os procedimentos administrativos na **rigidez** dos de natureza penal, porque reputou necessário resguardar a esfera de **direitos imanente à pessoa humana do abuso persecutório**.*

*No caso concreto, a presente Medida Cautelar é **accessória à instrução de Inquérito Civil**, cuja **decisão de instauração** foi lavrada nos seguintes termos (fls. 50 e verso):*

"DESPACHO

A nação brasileira vem assistindo a uma situação de verdadeiro caos nos aeroportos do país (inclusive no aeroporto de Guarulhos, o maior da América Latina). Desde o final do mês de outubro de 2006, os passageiros têm enfrentado constantes atrasos para embarques nos principais aeroportos do país.

A razão aparente para o caos instalado é a precariedade das condições do serviço de controle de vôos na aviação civil. Referida limitação na capacidade de controlar-se os vôos na aviação civil gerou inicialmente, conforme apregoado acima, atrasos e cancelamentos de vôos. O incômodo experimentado pelos consumidores em razão de referidos atrasos e cancelamentos em vôos é, por si, fato grave que justifica a atuação do Ministério Público Federal. Todavia, as notícias veiculadas pela imprensa nos últimos dias demonstram que, mais do que incômodos e desalentos experimentados por consumidores, a precariedade do

controle de tráfego aéreo pode estar sim submetendo pessoas a risco de vida. Fala-se inclusive, nos dias de hoje, em adoção, em vãos brasileiros, de regras mecânicas de controle de tráfego aéreo utilizadas na África, ou seja, a substituição do uso da área central de uma aerovia, pela zona lateral.

É certo ainda que a situação chegou aos patamares de hoje (catastróficos na visão de alguns) não em razão de um fato eventual e isolado mas sim em razão de inépcia do Poder Público que se arrastou durante anos. Há elementos também que comprovam que há tempos o Ministério da Defesa já havia sido advertido da gravidade da situação mas, todavia, quedou-se inerte.

Ante o exposto, necessária a instauração de procedimento investigativo destinado a punir os responsáveis pelo caos no controle de tráfego aéreo brasileiro em razão da improbidade administrativa praticada (agressão aos comandos do artigo 37 da Constituição Federal) bem como para exigir do Poder Público a adoção das medidas necessárias para solução do problema. Ante o exposto, determino a instauração do presente procedimento investigado no âmbito do Ofício da Tutela Coletiva de Guarulhos.

Seja realizada a autuação e, em seguida, venham os autos conclusos para deliberação acerca das diligências iniciais que serão praticadas."

A **projeção** sobre a **perspectiva** da Nação Brasileira - "**A nação brasileira vem assistindo a uma situação de verdadeiro caos nos aeroportos do país**", **supõe** o Ministério Público Federal - não parece configurar justa causa válida, para a abertura de procedimento destinado à punição de "**improbidade administrativa praticada**".

Não é demais registrar que, a partir da crença **isolada** de qualquer autoridade sobre a **imaginária** perspectiva de **milhões** de cidadãos brasileiros, muito mais sensível que a questão aeroportuária poderia ser considerada a da saúde, a da educação ou dos transportes terrestres - nas estradas federais, inclusive -, com os seus **milhares e recorrentes acidentes fatais**.

Mas isto - a projeção aberta pelo **discurso de pânico, de emergência, de terror psicológico ou de intimidação coletiva** - não autoriza a **devassa indiscriminada** contra as autoridades destes setores sensíveis.

Ao menos, perante o Poder Judiciário.

Ademais disto, **nenhum** documento foi juntado com a citada decisão de instauração do Inquérito Civil - sequer a reclamação de **um dos milhões de cidadãos da Nação Brasileira**.

Ignora-se, por isto, o **substrato fático de realidade**, ainda que **indiciário - mas nunca como expressão da pura criação mental** -, a conferir justa causa, para a "**instauração de procedimento investigativo destinado a punir os responsáveis pelo caos no controle de tráfego aéreo brasileiro em razão da improbidade administrativa praticada**" (fls. 50).

(...)

A invocação de **genérica** situação caótica não autoriza qualquer agente político, nos Poderes da República - **inclusive no Judiciário, com a coadjuvação, ou não, de partes estatais, privadas ou públicas, como é o caso dos Ministérios Públicos** -, a fazer **intervenção ilegítima** - declarada ou dissimulada -, **sem limites**, nas atividades circunscritas à competência constitucional de outrem.

Pouco importa, **juridicamente**, se o **suposto** caos encontra ressonância nos noticiosos - ainda quando não sejam patrocinados por setores interessados na difusão da própria **informação**, nem sempre coincidente com o **fato certo e documentado**.

No **Procedimento nº 2009.03.0000050284**, do **Órgão Especial deste Tribunal**, durante a análise de proposta de instauração de procedimento disciplinar contra integrante do Poder Judiciário, registrei:

"A **instauração de qualquer** procedimento destinado à imposição de **sanções** ou **restrições de direitos**, em face de cidadãos, nas suas tarefas particulares ou, ainda, quando investidos em atividades sociais relevantes, como é o caso das **autoridades públicas**, está sujeita a **regime de direito estrito**.

Diante do **mais severo** dos regimes jurídicos restritivos - o de **natureza penal** -, por ocasião de juízos de admissibilidade sobre imputações, neste Órgão Especial, no **curso dos anos, reiteradamente**, anoto (feitos com os n's **2003.03.00.037611-4** e **2003.03.00.075922-2**, entre outros):

"Trata-se de juízo de admissibilidade de denúncia.

"É **preciso** ter presente, neste ponto - consideradas as **gravíssimas** implicações éticas e jurídico-sociais que derivam da instauração da **persecutio criminis** - que se impõe, **por parte** do Poder Judiciário, **rígido** controle sobre a atividade persecutória do Estado, em ordem a **impedir** que se instaure, **contra** qualquer acusado, **injusta** situação de coação processual, **pois**, ao órgão da acusação penal, **não assiste** o poder de deduzir, em juízo, imputação criminal **revestida** de conteúdo arbitrário (RTJ 43/484).

"A imputação penal não pode ser o resultado da vontade pessoal e arbitrária do acusador. O Ministério Público, para validamente formular a denúncia penal, deve ter por suporte uma necessária base empírica, a fim de que o exercício desse grave dever-poder não se transforme em um instrumento de injusta persecução estatal. O ajuizamento da ação penal condenatória supõe a existência de justa causa, que se tem por inócua quando o comportamento atribuído ao réu 'nem mesmo em tese constitui crime, ou quando, configurado uma infração penal, resulta de pura criação mental da acusação' (RF 150/393, Rel. Min. OROSIMBO NONATO) (RTJ 165/877-978, Rel. Min. CELSO DE MELLO)" - (STF - HC nº 80.542-6-MG - Rel. o Min. Celso de Mello).

O Supremo Tribunal Federal impõe, "**por parte do Poder Judiciário, rígido controle sobre a atividade persecutória do Estado**" (supra), porque a submissão de qualquer cidadão a processo penal condenatório é **responsabilidade** grave e excepcional, impulsionada e decidida por agentes políticos dotados das mais significativas prerrogativas públicas, cujo exercício não pode ser ferido pela reação "**instintiva, arbitrária e irrefletida**", como adverte, ainda e uma vez mais, o mesmo Tribunal. Confirma-se:

"O processo penal condenatório delinea-se, nesse contexto, como estrutura jurídico-formal em cujo âmbito o Estado desempenha a sua atividade persecutória. Nele antagonizam-se exigências contrastantes que exprimem uma situação de tensão dialética configurada pelo conflito entre a pretensão punitiva deduzida pelo Estado e o desejo de preservação da liberdade individual manifestado pelo réu.

Essa relação de conflituosidade, que opõe o Estado ao indivíduo, revela-se, por isso mesmo, nota essencial e típica das ações

penais tendentes à obtenção de provimentos jurisdicionais de caráter condenatório.

A persecução penal, cuja instauração é justificada pela **suposta** prática de um ato criminoso, não se projeta e nem se exterioriza como uma manifestação de absolutismo estatal. De exercício indeclinável, a **persecutio criminis** sofre os condicionamentos que lhe impõe o ordenamento jurídico. A tutela da liberdade representa, desse modo, uma insuperável limitação constitucional ao poder persecutório do Estado.

A própria exigência de processo judicial já representa poderoso fator de inibição do arbítrio estatal e de restrição ao poder de coerção do Estado. A cláusula **nulla poena sine iudicio** exprime, no plano do processo penal condenatório, a fórmula de salvaguarda da liberdade individual.

Com a prática do ilícito penal, acentua a doutrina, "a reação da sociedade não é instintiva, arbitrária e irrefletida; ela é ponderada, regulamentada, **essencialmente judiciária**" (GASTON STEFANI e GEORGES LEVASSEUR, "**Droit Pénal Général et Procédure Penale**", tomo II/1, 9ª ed., 1975, Paris; JOSÉ FREDERICO MARQUES, "**Elementos de Direito Processual Penal**", vol. 1/11-13, itens 2/3, Forense)" - (STF - HC nº 73.338-7-RJ - Rel. o Min. Celso de Mello)".

A fixação, por iniciativa do **Supremo Tribunal Federal**, de **critério rígido e inflexível**, no exame de juízos de admissibilidade vocacionados à potencial restrição de direitos, não admite **exceção**.

Do ponto de vista **subjetivo**, no que agora é relevante, a **condição funcional** de integrante do Poder Judiciário não retira, do cidadão, a plena fruição da **extensa e irredutível** lista constitucional de direitos e garantias individuais.

(...)

A **expressa e incondicional** ressalva axiológica relacionada à proteção constitucional dos direitos e garantias dos Magistrados deve ser enfatizada, porque o **Supremo Tribunal Federal**, para o contingente ainda mais amplo dos **agentes políticos** dotados não apenas de funções judiciais, registrou que as autoridades assim constituídas têm se sujeitado à "**propositura de ações espetaculares**", **destituídas de qualquer fundamento**.

É neste sentido o magistério da **Suprema Corte**, na **Reclamação nº 2138**, nas palavras do **Ministro Nelson Jobim**:

"O sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos.

O próprio texto constitucional refere-se especialmente aos agentes políticos, conferindo-lhes tratamento distinto dos demais agentes públicos.

Está em HELY LOPES MEIRELLES:

".....

Agentes políticos: são os componentes do Governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais. Esses agentes atuam com plena liberdade funcional, desempenhando suas atribuições com prerrogativas e responsabilidades próprias, estabelecidas na Constituição e em leis especiais.

Os agentes políticos exercem funções governamentais, judiciais e quase-judiciais, elaborando normas legais, conduzindo os negócios públicos, decidindo e atuando com independência nos assuntos de sua competência. São as autoridades públicas supremas do Governo e da Administração, na área de sua atuação, pois não são hierarquizadas, sujeitando-se apenas aos graus e limites constitucionais e legais da jurisdição. Em doutrina, os agentes políticos têm plena liberdade funcional, equiparável à independência dos juizes nos seus julgamentos, e, para tanto, ficam a salvo de responsabilização civil por seus eventuais erros de atuação, a menos que tenham agido com culpa grosseira, má-fé ou abuso de poder.

....." (DAB, 26ª ed., 2001, p. 71/2).

HELY observa, ainda, que essas prerrogativas são outorgadas com objetivo de garantir o livre exercício da função política.

".....

Realmente, a situação dos que governam e decidem é bem diversa da dos que simplesmente administram e executam encargos técnicos e profissionais, sem responsabilidade de decisão e opções políticas. Daí por que os agentes políticos precisam de ampla liberdade funcional e maior resguardo para o desempenho de suas funções. As prerrogativas que se concedem aos agentes políticos não são privilégios pessoais; são garantias necessárias ao pleno exercício de suas altas e complexas funções governamentais e decisórias. Sem essas prerrogativas funcionais os agentes políticos ficariam tolhidos na sua liberdade de opção e decisão, ante o temor de responsabilização pelos padrões comuns da culpa civil e do erro técnico a que ficam sujeitos os funcionários profissionalizados.

....." (ob. cit., p. 73).

Não tenho dúvida de que esses agentes políticos estão regidos por normas próprias.

Tudo decorre da peculiaridade do seu afazer político.

Todos aqueles que têm alguma experiência da vida política conhecem os riscos e as complexidades que envolvem as decisões que rotineiramente são tomadas pelos agentes políticos.

Submeter essas decisões aos paradigmas comuns e burocráticos que imperam na vida administrativa de rotina é cometer uma grotesca subversão.

São muitas as razões que levam não poucos agentes incumbidos da persecução a se esforçar para obter um resultado positivo no julgamento contra autoridade de maior representatividade política.

É bom que se o diga.

Uns, na busca de notoriedade fácil.

Vê-se, muito, nos jornais.

Outros, no propósito de participar, por outros meios, de debate político.

O inadequado conhecimento da complexa prática institucional no âmbito da Administração, tem levado à propositura de ações espetaculares.

A maioria delas destituídas de qualquer fundamento.

O propósito notório é de dar ao perseguidor uma aura de coragem e notoriedade e impor ao atingido o maior constrangimento possível.

Dá-se ampla divulgação aos meios de comunicação".

*As tentativas de submissão, da **probidade** das autoridades constituídas, ao escrutínio das mais **variadas e insensatas** modalidades de **contestação inconseqüente**, têm mais de um registro na jurisprudência do **Supremo Tribunal Federal**.*

*É notório que, entre as várias táticas de "**guerrilha judiciária**" utilizadas na confrontação **ilegítima** das autoridades constituídas, uma das mais usuais é a "**plantação**" de fatos na imprensa, para que o investido de poder de fiscalização seja constrangido a dar início a procedimento de investigação **manifestamente infundado**, mas "**coberto**" e "**enquadrado**" pela repercussão já desonrosa e condenatória.*

*Isto quando a própria autoridade de fiscalização não é suspeita de conivência com a **linha de montagem** da "**industrialização**" midiática.*

*O **Supremo Tribunal Federal**, ciente da **gravidade** do fato e de sua **reiteração**, foi ao patamar da **solução radical** do veto à instauração de procedimento de investigação fundado em matéria jornalística.*

A ementa do julgado, na parte pertinente:

AGRAVO REGIMENTAL EMPETIÇÃO. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO, FISCAL E TELEFÔNICO. MATÉRIAS JORNALÍSTICAS. DUPLICIDADE DA NOTÍCIA-CRIME.

1. (...).

2. Para autorizar-se a quebra dos sigilos bancário, fiscal e telefônico, medida excepcional, é necessário que haja indícios suficientes da prática de um delito. A pretensão do agravante se ampara em meras matérias jornalísticas, não suficientes para caracterizar-se como indícios. O que ele pretende é a devassa da vida do Senhor Deputado Federal para fins políticos. É necessário que a acusação tenha plausibilidade e verossimilhança para ensejar a quebra dos sigilos bancários, fiscal e telefônico.

3. Declaração constante de matéria jornalística não pode ser acolhida como fundamento para a instauração de um procedimento criminal.

4. A matéria jornalística publicada foi encaminhada ao Ministério Público. A apresentação da mesma neste Tribunal tem a finalidade de causar repercussão na campanha eleitoral, o que não é admissível. Agravo provido e pedido não conhecido. (Pet 2805 AgR, Relator(a): Min. NELSON JOBIM, Tribunal Pleno, julgado em 13/11/2002, DJ 27-02-2004 PP-00020 EMENT VOL-02141-03 PP-00655).

Neste precedente, as palavras do Ministro Nelson Jobim e do Ministro Ilmar Galvão:

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (RELATOR) - Toda a prova são folhas de jornais.

É uma técnica conhecida.

Planta-se a matéria para depois submetê-la ao Supremo.

(...)

O SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO - O que se pode fazer é enviar esse material ao Ministério Público.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (RELATOR) - Não. Nego-me a aceitar o envio.

Estamos sendo instrumento político.

Precisamos colocar os pés no chão, isto é um jogo político.

E não podemos nos submeter a ele".

*No **livre comércio** das informações, na busca **constitucional** do lucro, é comum a **descrição superlativa dos fatos**, caracterizando-os, em um dia, como evidências de crise, do caos ou, até, do fim do mundo, e, no outro, como manifestação da providência milenarista.*

É outro, todavia, o paradigma do Poder Judiciário.

*A **Magistratura** não está **constitucionalmente** autorizada a abrir mão do **alto grau de civilidade** representado pela **institucionalização do Poder Judiciário**, nos **limites do Estado Democrático de Direito**, cujo **modelo de responsabilidade** é incompatível com o **bonapartismo**, o **messianismo**, o **sebastianismo**, o "**xerifismo**" dos **fronteiriços** e outros **delírios de poder oportunista, autoritário, jactancioso ou de manicômio**".*

Por estes fundamentos, **suspendo, em parte**, a decisão liminar, para autorizar a formal e efetiva contratação da concessão de obra pública para a implantação, operação, manutenção e exploração econômica do Circuito das Compras, dos projetos associados e de outras obrigações acessórias, **sem as restrições impostas pelo Ministério Público do Estado de São Paulo e pelo Tribunal de Contas do Município de São Paulo**.

Comunique-se o digno Juízo de primeiro grau de jurisdição.

Publique-se e intimem-se.

Ciência à Procuradoria Regional da República.

São Paulo, 04 de janeiro de 2016.

FABIO PRIETO

Presidente

SUBSECRETARIA DO ÓRGÃO ESPECIAL E PLENÁRIO

Boletim de Acórdão Nro 15360/2016

00001 PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 0020750-35.2015.4.03.8000/SP

2015.80.00.020750-8/SP

RELATOR : Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES
REL. ACÓRDÃO : Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO
REQUERENTE : MARIO DE PAULA FRANCO JUNIOR
REQUERIDO(A) : Conselho da Justiça Federal da 3ª Região
No. ORIG. : 00207503520154038000 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PEDIDO DE REMOÇÃO DE JUIZ FEDERAL DA 3ª REGIÃO. PRESERVAÇÃO DA UNIDADE FAMILIAR. CRITÉRIOS DE CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE. PRINCÍPIO DA PREVALÊNCIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O INTERESSE MERAMENTE PRIVADO. IMPOSSIBILIDADE.

1. O Conselho da Justiça Federal, visando uniformizar os procedimentos de lotação, atribuições e funções, vitaliciamento, promoção, remoção, permuta e trânsito de juízes no âmbito da Justiça Federal de Primeiro Grau, editou a Resolução nº 01, de 20/02/2008, a qual sofreu alterações em seus artigos 26 a 38, por força da Resolução nº 248, de 19 de junho de 2013, publicada no DOU em 24/06/2013, especificamente na parte relativa à remoção de juízes federais e juízes federais substitutos.
2. O instituto da remoção não é prerrogativa absoluta do magistrado, pois é necessário que se observe a conveniência, a oportunidade e o interesse público relativo à prestação do serviço, nos termos do artigo 324, do Regimento Interno deste Tribunal.
3. Embora, no caso, o pedido tenha sido formulado por magistrado substituto vitalício, não haja acúmulo indevido de processos, tampouco conste registro de penalidades ou processos administrativos instaurados em face do requerente, a carência de juízes na Justiça Federal da 3ª Região é manifesta, de maneira que o seu deferimento não atenderia ao princípio da prevalência do interesse público sobre o interesse meramente privado.
4. Ausência de excepcionalidade no presente pedido que autorize a remoção pretendida, à luz dos critérios de conveniência e oportunidade da Administração da Justiça.
5. Pedido de remoção indeferido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, indeferir o pedido de remoção formulado pelo Juiz Federal Substituto Mário de Paula Franco Júnior para o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 09 de dezembro de 2015.

ANTONIO CEDENHO

Relator para o acórdão