



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE MOGI DAS CRUZES
FORO DE MOGI DAS CRUZES
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
 AV. CAPITÃO MANOEL RUDGE, 474, Mogi das Cruzes - SP - CEP
 08780-290
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

SENTENÇA

Processo Digital nº: **1008253-56.2014.8.26.0361**
 Classe - Assunto: **Ação Civil de Improbidade Administrativa - Violação aos Princípios Administrativos**
 Requerente: **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**
 Requerido: [REDACTED]

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **Bruno Machado Miano**

Vistos.

Imputa o **MINISTÉRIO PÚBLICO DE SP** prática de ato de improbidade administrativa atentatória aos princípios da Administração Pública (art. 11, *caput*, e inciso II, da Lei 8.429/92) por [REDACTED], Delegado de Polícia que, ao receber do Centro de Detenção Provisória uma mulher que guardava 40,61 gramas de maconha no ânus, teria: i) deixado de lavrar o auto de prisão em flagrante por tráfico ilícito de entorpecentes; ii) classificado a conduta como aquela tipificada no art. 33, § 2º, da Lei 11.343/06; iii) lavrado Termo Circunstanciado, a par do crime não ser de menor potencial ofensivo.

Isso permitiu que aludida mulher, de nome [REDACTED], se evadisse do distrito da culpa. E, segundo relatos coletados, assim teria agido o requerido porque ficou condoído com a situação da mulher, que portava uma criança de colo.

Entende o Ministério Público violados os princípios da moralidade e da probidade.

O réu foi notificado e apresentou sua defesa preliminar. Houve o recebimento da inicial (fl. 393/395).

Citado, o réu ofertou contestação, centrando sua defesa nos seguintes pontos: i) há independência funcional do Delegado de Polícia, não podendo ser punido porque sua interpretação difere daquela do Promotor de Justiça ou do Juiz de Direito; ii) inexistente comprovação de dolo ou de má-fé; iii) restou absolvido em primeiro e segundo graus de jurisdição quanto ao crime de prevaricação que lhe foi imputado; iv) faz-se



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE MOGI DAS CRUZES
FORO DE MOGI DAS CRUZES
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
 AV. CAPITÃO MANOEL RUDGE, 474, Mogi das Cruzes - SP - CEP
 08780-290

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

necessário levar em conta os elementos absolutórios constantes no Acórdão criminal, ante os reflexos que possui para esta causa; v) a fuga da ré não pode ser imputada ao Delegado de Polícia, que não se omitiu, apenas exarou opinião diversa daquela externada pelo Ministério Público, que não pediu a prisão preventiva da ré, preferindo atacar o Delegado de Polícia (fl. 405/411).

Réplica ministerial (fl. 416/417).

Houve instrução em audiência (fl. 468/475).

Em suas alegações finais, o Ministério Público requereu a condenação do réu, com severidade, incluindo-se a perda do cargo, como forma de repressão à prática de fatos análogos (fl. 482/488). O réu tornou a defender sua conduta, dizendo que não deixou de praticar ato de ofício. Inexistindo o crime, não pode o acusado ser sancionado, pelos mesmos fatos, por ato de improbidade, ante a incorrência de má-fé. Pugnou pela improcedência (fl. 489/496).

É o relatório. Fundamento e decido.

1 – Da incomunicabilidade das esferas cível, penal e administrativa:

Ensina-nos **FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO**:

"Note-se que a ilicitude penal não se restringe ao campo do direito penal: projeta-se para o todo do direito. Por isso é que Welzel define a ilicitude como sendo "a contradição da realização do tipo de uma norma proibitiva com o ordenamento jurídico como um todo". Disso resulta que um fato ilícito penal não pode deixar de ser igualmente ilícito em outras áreas do direito, pois um ato lícito civil, administrativo, etc., não pode ser ao mesmo tempo um ilícito penal. Não se deve, entretanto, confundir o conceito de ilicitude com o de injusto, conforme ressaltamos nesta obra, pois este último, por exigir também a tipicidade, pode apresentar-se, em certos casos, localizado em determinada área do direito (ilícito civil, administrativo etc.).

(...)

O fato ilícito situado dentro do círculo menor não pode deixar de estar situado também dentro do maior, por localizar-se em uma área comum a ambos os círculos que possuem o mesmo centro. Já o mesmo não ocorre com os fatos ilícitos situados fora da tipificação penal – o círculo menor – mas dentro do círculo maior, na sua faixa periférica e exclusiva. **Assim, um ilícito civil ou administrativo pode não ser um ilícito penal, mas a recíproca não é verdade.**"¹

¹ Princípios básicos de Direito Penal. SP: Saraiva, 5ª ed, 1994, p. 165. Negritei.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE MOGI DAS CRUZES
FORO DE MOGI DAS CRUZES
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
 AV. CAPITÃO MANOEL RUDGE, 474, Mogi das Cruzes - SP - CEP
 08780-290
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

Aplicando ao caso vertente, verifica-se que, nada obstante absolvido do crime de prevaricação, o réu pode responder por improbidade administrativa, acaso se configure a hipótese legal.

Acresça-se a isso o próprio art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa, que preceitua: "*independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações (...)*".

2 – Do iter para a configuração da improbidade administrativa:

Em sua conceituada obra², **EMERSON GARCIA** explana sobre o *iter* para a individualização dos atos de improbidade, dividindo-o em cinco momentos.

No primeiro momento é preciso a individualização do(s) ato(s) de improbidade. Faz-se necessária "a comprovação da incompatibilidade da conduta com os princípios regentes da atividade estatal, vale dizer, com a inobservância do princípio da juridicidade, no qual avultam em importância os princípios da legalidade e da moralidade." (*ob cit*, p. 448).

No segundo momento, deve ser analisado "o elemento volitivo do agente. Todos os atos emanados dos agentes públicos e que estejam em dissonância dos princípios norteadores da atividade estatal serão informados por um elemento subjetivo, o qual veiculará a vontade do agente com a prática do ato. Havendo vontade livre e consciente de praticar o ato que viole os princípios regentes da atividade estatal, dir-se-á que o ato é doloso; o mesmo ocorrendo quando o agente, prevendo a possibilidade de violá-los, assumo tal risco com a prática do ato." (p. 449).

No terceiro momento, "deve ser aferido se a sua conduta gerou efeitos outros, o que importará em modificação da tipologia legal que alcançará o ato." (p. 449).

No quarto momento, "devem ser analisadas as características dos sujeitos passivo e ativo do ato, os quais devem encontrar plena adequação ao disposto nos arts. 1º e 2º da Lei de Improbidade (...)." (p. 450).

Finalmente, no quinto e último momento, será necessária a *valoração da conduta*. Esclarece o citado autor:

"Ultrapassados os quatro momentos anteriormente referidos, ter-se-á o que se pode denominar de 'improbidade formal'. (...) Constatada a dissonância, passou-se a uma operação mecânica de subsunção da conduta à tipologia legal, sendo que esta etapa deve ser complementada com a utilização do critério da proporcionalidade, o que permitirá que coexistam, lado a lado, a improbidade formal' e a 'improbidade

² Improbidade Administrativa. SP: Saraiva, 8ª ed.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 COMARCA DE MOGI DAS CRUZES
 FORO DE MOGI DAS CRUZES
 VARA DA FAZENDA PÚBLICA
 AV. CAPITÃO MANOEL RUDGE, 474, Mogi das Cruzes - SP - CEP
 08780-290

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

material'. (...) este quinto momento do *iter* de identificação da improbidade afastará a aplicação desarrazoada da Lei n. 8.429/92, não permitindo o enfraquecimento de sua credibilidade." (pp. 450/451).

Tendo em vista o ora explanado, voltemos ao caso concreto.

No primeiro momento, houve a individualização da conduta do réu. Ele teria deixado de praticar ato de ofício, indevidamente.

O ato consistiria, segundo o Ministério Público, na lavratura do auto de prisão em flagrante de [REDACTED], por tráfico de entorpecentes, uma vez que a indigitada cidadã teria tentado adentrar o estabelecimento prisional local, onde se encontrava seu companheiro, com 40,61 gramas de maconha, dentro de seu ânus.

O réu, por sua vez, entende que sua conduta não está tipificada na Lei de Improbidade Administrativa, porquanto *não deixou de praticar ato de ofício*. Em verdade, ele analisou a situação de flagrância e deu ao fato outro contorno típico: ao invés do art. 33, *caput*, da Lei de Tóxicos (Lei n. 11.343/06), houve por bem enquadrá-lo no art. 33, § 3º, da mesma lei, conforme lhe permite o art. 140, § 3º, da Constituição do Estado de SP (citada em sua defesa preliminar, em sua contestação e, também, em suas alegações finais).

Antes de tudo, a dicção normativa do art. 140, § 3º, da Constituição do Estado de SP é **outra**, diversa da transcrita pelo réu. Com efeito, preceitua referido parágrafo, *in verbis*:

Art. 140. § 3º. A remoção de integrante da carreira de delegado de polícia somente poderá ocorrer mediante pedido do interessado ou manifestação favorável do Colegiado Superior da Polícia Civil, nos termos da lei.

Mas, ainda que tenha sido um erro reiterado nas petições (fl. 346, 409 e 492), e que lhe seja assegurada a independência funcional pela livre convicção nos atos de Polícia Judiciária, é preciso considerar que nenhum direito é absoluto, máxime quando no exercício de uma **função** administrativa.

Isso significa que, ressalvados os casos de autocracia totalitária, no moderno Estado de Direito as autoridades *respondem* por seus atos, em caso de agir doloso e, em certas hipóteses, de agir culposos.

Assim, ainda que assegurada a liberdade de convicção do Delegado de Polícia, ele não se torna uma autoridade *irresponsável* pelos atos que pratica. A liberdade



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE MOGI DAS CRUZES
FORO DE MOGI DAS CRUZES
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
 AV. CAPITÃO MANOEL RUDGE, 474, Mogi das Cruzes - SP - CEP
 08780-290

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

de convicção serve como garantia para que decida **conforme o Direito**³, sem temores suscitados por pressões de ordem política.

Mesmo em se tratando de uma opinião que não vincula o Ministério Público ou o Poder Judiciário, sua opinião (ou parecer, num sentido mais amplo) tem o condão de gerar efeitos jurídicos.

No presente caso, por exemplo, ao opinar por enquadrar o fato no art. 33, § 3º, da Lei de Tóxicos, acabou por desconstituir o flagrante por tráfico (art. 33, *caput*, LTox).

Em casos tais, em que se invoca ato de opinião (e não de decisão), também responde o agente administrativo se sua opinião, seu parecer, transborda o lógico, o razoável, aquilo que já está assentado na jurisprudência, nas práticas de sua carreira, por exemplo.

Sobre isso, ensina **FÁBIO MEDINA OSÓRIO**, *verbis*:

"Com relação aos *atos de opinião*, cabe dizer que não só os atos de decisão podem produzir improbidade administrativa, mas também os atos que, transbordando os limites razoáveis do engano funcional possível, penetram no campo da ilegalidade com o presumível propósito ilícito de dar base indevida a uma decisão desonesta, distorcida ou intoleravelmente incompetente."⁴

Ora, um Delegado de Polícia experiente, prestes a se aposentar, sabe bem que a quantia de 40 g de maconha não são consumíveis num único dia de visita. Seria impossível fumar a quantidade de cigarros que essa porção permite confeccionar, sem chamar a atenção da autoridade penitenciária.

Ademais, ouvidos os agentes de segurança penitenciária, todos disseram que a capitulação jurídica empregada pelo réu foi dissonante do que reiteradamente ocorre, em

³ Esclarece **RAFAEL CARVALHO REZENDE OLIVEIRA**, *verbis*: "Ressalte-se que restará configurada a improbidade administrativa na hipótese de violação a todo e qualquer princípio, expresso ou implícito, aplicável à Administração Pública. Trata-se do reconhecimento do princípio da juridicidade, que impõe a obediência, por parte do administrador público, não apenas das regras formais (legalidade), mas, também, de todos os princípios reconhecidos pela comunidade jurídica. A ideia de juridicidade encontra-se positivada, por exemplo, no art. 2º, parágrafo único, I, da Lei 9.784/1999, que exige a 'atuação conforme a lei e o Direito'." (Manual de Improbidade Administrativa. SP: Método, 5ª ed., p. 93).

⁴ Teoria da Improbidade Administrativa. SP: RT, 2007, p. 302.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE MOGI DAS CRUZES
FORO DE MOGI DAS CRUZES
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
 AV. CAPITÃO MANOEL RUDGE, 474, Mogi das Cruzes - SP - CEP
 08780-290
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

casos análogos.

Mais: o próprio Delegado de Polícia arrolado como testemunha da Defesa concordou que essa capitulação não é usual, e que ele, em casos tais, enquadra quem tenta entrar em unidade prisional, com considerável quantidade de entorpecente, como tráfico (art. 33, *caput*, LTox).

Em verdade, nem mesmo o réu utilizou-se, no passado, do tipo previsto no art. 33, § 3º, LTox.

E a singularidade não implica busca de Justiça; ao revés, os elementos dos autos (testemunhos dos agentes de segurança penitenciária) fazem crer que o réu assim agiu *sem qualquer amparo nas circunstâncias fáticas que lhe foram apresentadas*. Dizer que agiu condoído pela situação de [REDACTED] é, aqui, a menos pior das hipóteses.

Assim, claramente, a conduta do réu mostrou-se incompatível com os princípios regentes da atividade estatal, mormente a honestidade e a lealdade às instituições.

Sobre esses princípios, disserta **EMERSON GARCIA**, *verbis*:

"(...) o dever de honestidade absorveria o dever de observância da lei. Esse dever, em sentido lato, seria reconduzido à concepção mais ampla de retidão de conduta.

(...)

O dever de lealdade em muito se aproxima da concepção de boa-fé, indicando a obrigação de o agente: a) trilhar os caminhos traçados pela norma para a consecução do interesse público e b) permanecer ao lado da administração em todas as intempéries. Além disso, deve ser transparente, repassando aos órgãos a que esteja vinculado todas as informações necessárias à concreção dos projetos que visem ao regular andamento do serviço."⁵

Em um segundo momento, analisando-se o elemento volitivo do réu, fica clara sua atuação *dolosa*. Ele teve a vontade livre e consciente de: **i)** enquadrar os fatos, de forma inusual e contrária aos elementos apresentados, como hipótese do art. 33, § 3º, da LTox, e não como tráfico, como reiteradamente, e por todos (inclusive o réu) se fez (e se faz) em casos análogos; **ii)** dispensou [REDACTED], porquanto o crime em que a enquadrou não permitiria a prisão preventiva; **iii)** lavrou Termo Circunstanciado, nada obstante a infração *não ser de menor potencial ofensivo*.

Num terceiro momento, percebe-se que sua conduta está corretamente tipificada pelo Ministério Público, em sua inicial: é caso de ato de improbidade atentatório

⁵ *Ob cit*, pp. 426/427.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE MOGI DAS CRUZES
FORO DE MOGI DAS CRUZES
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
 AV. CAPITÃO MANOEL RUDGE, 474, Mogi das Cruzes - SP - CEP
 08780-290
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

aos princípios da Administração Pública.

Afinal, inexistem provas (e mesmo conjecturas) de que o réu tenha, com isso, se enriquecido ilicitamente (art. 9º, LIA) ou tenha dado causa a prejuízo ao erário (art. 10, LIA).

No quarto momento, vê-se que o réu se enquadra no conceito de agente público, estabelecido pelo art. 2º da LIA.

Pontofinalizando, verifica-se que não estamos diante de um caso apenas de improbidade "formal", ou seja, de casos em que, conquanto haja subsunção da conduta à lei, ela (a lei) não foi violada teleologicamente. Aqui, houve clara ofensa à lei e ao espírito que a preserva: há, pois, improbidade "material" também.

Percorrido o *iter*, vê-se que o réu, irrefragavelmente, com seu agir doloso, violou os deveres de honestidade (profissional, *in casu*) e de lealdade institucional, tendo deixado de praticar, indevidamente, ato de ofício (a lavratura da prisão em flagrante por tráfico de entorpecente).

Seu ato, nesta esfera cível, configura ato de improbidade administrativa.

3 – Da sanção por infração ao art. 11, *caput*, e inciso II:

O Ministério Público pede a *punição* rigorosa do réu, para coibir atos semelhantes, requerendo, inclusive, a perda do cargo.

É preciso, contudo, traçar algumas regras objetivas para a individualização da sanção aplicável, pena de cairmos em indesejável subjetivismo.

Por isso, impende analisar os princípios infringidos, sua natureza e os efeitos sociais e jurídicos gerados pelo ato.

Sobre a lealdade às instituições, escreve **FÁBIO MEDINA OSÓRIO**:

"O dever de lealdade institucional, já o dissemos, traduz a ideia de confiança, inserida no regime democrático, que baliza as relações entre eleitores e escolhidos, administradores públicos e administrados, funcionários públicos em geral e os destinatários de suas decisões, governantes e governados. **Quebrada a confiança, pelo rompimento do dever de lealdade institucional, existe um grau mais elevado de violação da moral administrativa, tendo em conta a ponderação dos deveres.**"⁶

Quanto à honestidade administrativa, ensina o mesmo autor, *verbis*:

⁶ Ob cit, p. 139. Negritei.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE MOGI DAS CRUZES
FORO DE MOGI DAS CRUZES
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
 AV. CAPITÃO MANOEL RUDGE, 474, Mogi das Cruzes - SP - CEP
 08780-290

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

"O dever de honestidade é um dos vetores básicos da probidade administrativa, compondo-se de elementos que integram os conceitos de legalidade, moralidade e lealdade institucionais. A desonestidade ímproba passa, necessariamente, pela vulneração de normas legais, morais (administrativamente consideradas) e de lealdade institucional. É certo, no entanto, que a honestidade é um conceito que transcende o direito e, por isso, suscita enormes perplexidades, ao mesmo tempo em que desempenha funções específicas e concentradas no embasamento dos ilícitos mais graves no campo da improbidade. **Significa dizer que os ilícitos evidenciadores de condutas desonestas tendem a ser mais severamente reprimidos, como regra geral.**"⁷

Verifica-se, pois, que os princípios atingidos são deveras importantes, pois constituem o fundamento da *moralidade* e da *legalidade administrativas*. Ademais, o efeito jurídico e social do ato ímprobo é grave: o desestímulo ao combate ao tráfico de entorpecentes, dentro das unidades prisionais (situação em que, diga-se, a própria Lei de Tóxicos prevê pena maior).

Assim, até mesmo para resguardo da comunidade, que não poderia ficar à mercê de novas práticas tais como a aqui exposta (inclusive sob o pretexto de que se trata, realmente, de entendimento jurídico – e não de ato isolado), a perda do cargo é, de fato, medida que se impõe.

Observo, porém, baseado em lição de **PAZZAGLINI FILHO**, que:

"Nesse ponto, impende assinalar que, caso já tenha ocorrido a aposentadoria do agente público infrator, ao tempo do trânsito em julgado da sentença correspondente, não cabe a cassação de sua aposentadoria sob o argumento de que se trata de consequência da perda da função pública.

Com efeito, a cassação da aposentadoria não constitui sanção prevista na LIA. E sua extinção não constitui decorrência da perda da função pública posteriormente decretada.

Esse é o entendimento assente no Superior Tribunal de Justiça: (...) (REsp nº 1.186.123/SP, Min. Rel. Herman Benjamin, *DJe* 4-2-2011)."⁸

Acresça-se à perda do cargo a multa civil, de caráter punitivo e natureza corretiva (intransferível, pois).

Analisada a gravidade da conduta, mas fincado no fato dela ter sido única, aplico-lhe multa equivalente a vinte (20) vezes o valor da remuneração percebida pelo réu.

Finalizando, proíbo o réu de contratar com o Poder Público e dele receber

⁷ Ob cit, p. 145. Negritei.

⁸ Lei de Improbidade Administrativa Comentada. SP: Atlas, 6ª ed., pp. 158 e 159.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE MOGI DAS CRUZES
FORO DE MOGI DAS CRUZES
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
 AV. CAPITÃO MANOEL RUDGE, 474, Mogi das Cruzes - SP - CEP
 08780-290
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

incentivos fiscais ou creditícios pelo prazo de três (3) anos.

Descabida, aqui, a suspensão dos direitos políticos, porque o réu não exerce cargo eletivo (ausência, pois, de nexos de causalidade).

ASSIM, por todo o exposto e à vista do mais que dos autos consta, **JULGO PROCEDENTE** a pretensão do **MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO**, razão pela qual condeno [REDACTED] pela prática de ato de improbidade administrativa atentatória aos princípios da Administração Pública (art. 11, *caput*, e inciso II, da Lei 8.429/92) às seguintes sanções: i) perda de seu cargo; ii) pagamento de multa civil equivalente a vinte vezes o valor de sua remuneração à época dos fatos; iii) proibição de contratar com o Poder Público e dele receber incentivos fiscais ou creditícios pelo prazo de três anos.

A multa civil será revertida à Polícia Civil do Estado de São Paulo.

Condeno o réu, ainda, ao pagamento das custas e das despesas processuais.

P. R. I.

Mogi das Cruzes, 18 de maio de 2017.

DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI 11.419/2006, CONFORME IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA