



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2017.0000918168

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1008253-56.2014.8.26.0361, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é apelante [REDACTED] é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALIENDE RIBEIRO (Presidente sem voto), VICENTE DE ABREU AMADEI E LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ.

São Paulo, 28 de novembro de 2017.

MARCOS PIMENTEL TAMASSIA
RELATOR
Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Apelação nº 1008253-56.2014.8.26.0361

Apelante [REDACTED]

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Comarca: Mogi das Cruzes

Voto nº 5998

Julgador de Primeiro Grau: Bruno Machado Miano

APELAÇÃO – Improbidade Administrativa – Delegado de Polícia ao qual se imputa a prática de ato de improbidade administrativa violador dos princípios da Administração Pública, na forma do artigo 11, caput e inciso II, da Lei Federal nº 8429/92 (“Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes políticos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências”) – Tese de que o demandado, no desempenho de suas funções, capitulou conduta penal como “auxílio ao tráfico” quando, a rigor, estava-se diante do crime de “tráfico de drogas”, previstos, respectivamente, nos dispositivos do artigo 33, §2º e 33, caput, da Lei Federal nº 11343/06 (“Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá providências”) – Situação na qual se lavrou “Termo Circunstanciado”, conquanto não se tratasse de crime de menor potencial ofensivo – Argumento de que se está diante de conduta animada por suposto sentimento pessoal, porquanto o demandado teria adotado medida processual mais branda única e exclusivamente pelo fato de a investigada se apresentar com uma criança de colo – Capitulação pelo artigo 11, caput e inciso II, da Lei Federal nº 8429/92.

PRELIMINAR – Pretensão à reverberação da absolvição penal na esfera administrativa – Decreto absolutório amparado no artigo 386, caput e inciso II, do Código de Processo Penal – CPP – Rejeição – Artigo 12, caput, da Lei Federal nº 8429/92 que consagra a independência de instâncias administrativa, civil e penal – Absolvição penal que não repercute na apuração de improbidade administrativa, porquanto fundamentada no artigo 386, caput e inciso II, do Código de Processo Penal – CPP (“não constituir o fato infração penal”) – “O Superior Tribunal de Justiça firmou a compreensão de que as esferas cível, administrativa e penal são independentes, com exceção dos casos de absolvição, no processo criminal, por afirmada inexistência do fato ou



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

inocorrência de autoria.” (STJ, REsp 1186787/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Sérgio Kukina, j. 24.04.14) – Preliminar repelida.

MÉRITO – Imputação de ato de improbidade administrativa, em função da violação de princípios da Administração Pública, na forma do artigo 11, *caput* e inciso II, da Lei Federal nº 8429/92 – Argumento de que o demandado, Delegado de Polícia, no exercício das suas funções lavrou “*Termo Circunstanciado*” no lugar de “*Auto de Prisão em Flagrante*” – Hipótese apresentada na qual pessoa foi flagrada em procedimento de revista íntima ao ingresso no Centro de Detenção Provisória de Mogi das Cruzes com 40 (quarenta) gramas de substância entorpecente (maconha) – Situação que, no sentir do *Parquet* traduz crime de tráfico de drogas (artigo 33, *caput*, da Lei Federal nº 11343/06), reclamando autuação em flagrante – Capitulação, pelo demandado, no crime de auxílio ao consumo, previsto no artigo 33, §2º, da Lei Federal nº 11343/06 – Tratando-se de imputação de ato de improbidade administrativa, cumpre analisar, em apartado, a sua adequação formal (subsunção ao texto legal) e material (elemento subjetivo).

ADEQUAÇÃO FORMAL – Tanto o artigo 140, da Constituição do Estado de São Paulo quanto a Lei Federal nº 12830/13 (“*Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia*”) asseguram a independência funcional dos Delegados de Polícia, exigindo-lhes formação jurídica (bacharel em Direito) – Autoridade pública que atua na qualidade de operador do Direito e não como mero autômato, de forma que possui competência para valoração dos fatos e formação de convicção jurídica – É incontroverso nos autos tanto a capitulação jurídica da conduta como crime de auxílio ao tráfico quanto a lavratura do respectivo “*Termo Circunstanciado*” – Por este ângulo, afasta-se a imputação de ato de improbidade administrativa na forma do artigo 11, inciso II, da Lei Federal nº 8429/92 – Divisada a atuação do demandado, não se cogita da omissão ou retardamento de ato que deva ser praticado de ofício – Quanto à omissão, evidente é a sua incompatibilidade com a prova documental, que dá conta da oitiva dos envolvidos e da feitura de “*Termo Circunstanciado*”; quanto ao retardamento, malgrado haja previsão legal, sequer é sustentado pelo Ministério Público – Afastamento, no ponto, de adequação formal em relação à figura contemplada no artigo 11, inciso II, da Lei Federal nº 8429/92 – Existência, contudo, de adequação formal no que diz respeito à figura residual do artigo 11, *caput*, da Lei Federal nº 8429/92 – Posto



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

que o Delegado de Polícia goze de liberdade à formação de sua convicção jurídica, certo é que sua atuação é balizada pela lei – A qualificação do fato como crime de “*auxílio ao consumo de drogas*” (artigo 33, §2º, da Lei Federal nº 11343/06) é incompatível com a lavratura de “*Termo Circunstanciado*”, porquanto não se está diante de crime de menor potencial ofensivo, cujo conceito é extraído do artigo 61, da Lei Federal nº 9099/95 (“*Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências*”) – Aquilatada a adequação formal do ato de improbidade, procede-se ao exame de adequação material.

ADEQUAÇÃO MATERIAL – Tratando-se de imputação de ato de improbidade administrativa em função de violação dos princípios da Administração Pública à sua configuração é indispensável o dolo – Acervo probatório amealhado (prova documental e oral) que não demonstra a atuação dolosa do demandado – À luz dos elementos de prova coligidos o demandado determinou a lavratura de “*Termo Circunstanciado*” por crer que estava diante de crime de menor lesividade – Situação que, quanto muito, traduz culpa (na modalidade imperícia), a impossibilita a configuração do ato de improbidade administrativa increpado – “*Tal consideração afasta a configuração de ato de improbidade administrativa por violação de princípios da administração pública, pois não foi demonstrada a indispensável prática dolosa da conduta de atentado aos princípios da Administração Pública, mas efetiva conduta culposa, o que não permite o reconhecimento de ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429.92.*” (STJ, REsp 875163/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Denise Arruda, j. 19.05.09) – Detectada a inexistência de dolo, impossível é a configuração de ato de improbidade administrativa violador dos princípios da Administração Pública – Sentença reformada – Recurso provido.

Vistos etc.

Trata-se de apelação (fls. 516/556) interposta por [REDACTED] contra a r. sentença (fls. 497/505), prolatada no bojo de **AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA** ajuizada pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**, que a julgou ação procedente para condenar o demandado “*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*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

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.” (fls. 505). Em sustentação ao decreto condenatório, fundamentou-se que “um Delegado de Polícia experiente, prestes a se aposentar, sabe bem que a quantia de 40 g de maconha não é consumível 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 casos análogos. Mais: o próprio Delegado de Polícia arrolado como testemunha de 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)” (fls. 501/502).

Inconformado, o apelante ofertou suas razões recursais (fls. 516/556) argumentando a inexistência de ato de improbidade administrativa no caso espelhado nos autos, destacando sua absolvição no âmbito penal, no qual foi denunciado pela suposta prática do crime de prevaricação (artigo 319, do Código Penal – CP), quanto no âmbito administrativo, tendo-se em vista a inexistência de inflição de penalidade funcional pela Corregedoria da Polícia Civil do Estado de São Paulo. Engrossou essa linha de inteligência, aduzindo que o dispositivo encartado no artigo 140, §3º, da Constituição do Estado de São Paulo confere aos ocupantes do cargo de Delegado de Polícia a liberdade do exercício de suas funções, habilitando-os à formação de convicção jurídica no desempenho de suas atividades. Nesse sentido, sustentou que quando lhe foi apresentada, em plantão, a pessoa de [REDACTED] [REDACTED] flagrada em prévia revista íntima ao ingresso no Centro de Detenção Provisória – CDP do Município de Mogi das Cruzes, pelo transporte de 40 (quarenta) gramas de substância entorpecente (maconha), não existiu qualquer omissão ou irregularidade na lavratura de “*Termo Circunstanciado*”. No ponto, esclareceu que fundamentou a adoção desse registro, em detrimento do “*Auto de Prisão em Flagrante*”, porquanto as circunstâncias do caso concreto indicavam para a prática do crime de “*auxílio ao uso*”, prevista pelo artigo 33, §2º, da Lei de Tóxicos. Assim sendo, conquanto o *Parquet* entendesse se tratar de situação colhida pelo crime de tráfico de drogas (artigo 33, *caput*, da Lei de Tóxicos), daí não se extrai a existência de ato de improbidade administrativa, na forma reclamada pela Lei Federal nº 8429/92. Nessa linha, acresceu às razões recursais que não se pode cogitar da sua omissão (ou prevaricação), porquanto efetivamente desenvolveu as suas funções institucionais, a afastar a tipificação pelo artigo 11, *caput* e inciso II, da Lei Federal nº 8429/92. Neste quadrante, ademais, pontuou que não se demonstrou nos autos o elemento subjetivo que teria animado a conduta reputada improba, motivo que, per si, desnatura a possibilidade de incidência das sanções preconizadas pela Lei Federal nº 8429/92. Subsidiariamente, pugnou pela exclusão ou minoração das reprimendas impostas pelo juízo *a quo*, vez que marcadamente desproporcionais. Nestes termos, bateu-se pela reforma da r. sentença (fls. 497/505), invertendo-se o julgado, ou, subsidiariamente, pela redução ou supressão das sanções lá cominadas.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

O juízo *a quo* certificou a interposição do apelo (fls. 590), tendo a parte adversa, regularmente intimada, apresentado contrarrazões (fls. 593/599), conforme preconizam os artigos 1009 e 1010 do Código de Processo Civil – CPC/15.

A Procuradoria Geral de Justiça – PGJ opinou pelo parcial provimento do apelo (fls. 610/613), reformando-se exclusivamente o capítulo da r. sentença (fls. 497/505) que determinou a perda da função publica.

É o relatório. **DECIDO.**

O juízo de admissibilidade recursal já foi concluído, consoante o despacho de fls. 614/618:

“Assento, de proêmio, que o apelante ostenta legitimidade recursal, sendo a interposição tempestiva (fls. 516/556), bem como regularmente preparada (fls. 557/558). Restam, destarte, preenchidos os pressupostos recursais, de modo que recebo o recurso no duplo efeito, consoante preconiza o artigo 1012, caput, do Código de Processo Civil – CPC/15 (“Art. 1.012. A apelação terá efeito suspensivo”). (fls. 615).

Desde logo cumpre aclarar que a prolação de sentença absolutória, na esfera penal, em relação ao apelante sob nenhum ângulo embaraça a apuração da responsabilização dimanada da prática de ato improbidade administrativa, tendo-se em vista a independência de esferas, consagrada pelo artigo 12, *caput*¹, da Lei Federal nº 8429/92 (“*Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências*”).

Haure-se da doutrina a lição de que “*as instâncias civil e penal são autônomas. Logo, quando o mesmo ato praticado pelo agente público, no exercício de função pública, configurar, simultaneamente, ato de improbidade administrativa e crime (o que com frequência acontece), podem ser instauradas e ter simultânea tramitação as ações civil pública e penal respectiva, pois inexistente qualquer situação de litispendência ou prejudicialidade entre elas. (OMISSIS). A sentença penal, ademais, somente tem influência sobre a civil, quando aquela concluir pela inexistência do fato, objeto também de persecução civil como ato de improbidade, ou afastar do denunciado, apontado igualmente como autor de tal ato de improbidade, a autoria (negativa) do fato em causa.*” (PAZZAGLINI FILHO, Marino in “*Lei de Improbidade Administrativa Comentada*”, Editora Atlas, São Paulo, 2002, p.127/128).

¹ “*Independente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato*”.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Nesse sentido, o “*Superior Tribunal de Justiça firmou a compreensão de que as esferas cível, administrativa e penal são independentes, com exceção dos casos de absolvição, no processo criminal, por afirmada inexistência do fato ou inocorrência de autoria.*” (STJ, REsp 1186787/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Sérgio Kukina, j. 24.04.14)².

A hipótese espelhada nos autos não se contamina pela absolvição penal do demandado, arrimada na inexistência de prova da sua atuação dolosa (artigo 386, *caput* e inciso III, do Código de Processo Penal – CPP). Trata-se de fundamento que não erige prejudicial ao exame da prática de ato de improbidade administrativa, tendo-se em vista que a circunscrição de punição penal é sensivelmente mais estreita em relação à administrativa. É dizer: a conclusão de não se haver prova da atuação do demandado com o dolo de coloração específica do Direito Penal não impede que tais fatos traduzam ato de improbidade administrativa.

Nesse sentido, a “*independência das instâncias civil, penal e administrativa é regra no direito brasileiro e, mesmo que o fato constitua, ao mesmo tempo, ilícito penal e administrativo, eventual decisão do juízo criminal só terá reflexos (...) se declarar a **inexistência material** do fato (isto é, que ele não ocorreu) ou se julgar provado que aquele determinado agente público não foi o seu autor.*” (STF, MS 21113/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, j. 12.12.90 – Negrito no original).

Superado esse óbice preliminar, incursiono no *meritum caus?*

Pelo que se extrai dos autos, mormente do *Inquérito Civil nº MP: 14.0341.0002652/2014-7* (fls. 14/285), em 20.07.13 [REDACTED], a pretexto de visitar o detento [REDACTED] no Centro de Detenção Provisória de Mogi das Cruzes, foi surpreendida em revista íntima portando no ânus invólucro com cerca de 40 (quarenta) gramas de substância entorpecente (fls. 21), posteriormente identificada como maconha (fls. 31/32). Neste contexto, *Daniela Cecília Antolini de Lima* foi conduzida pela Agente de Segurança Penitenciária Estadual *Edileia Almeida Pereira* ao 1º Distrito Policial de Mogi das Cruzes, apresentando-a ao demandado, Delegado de Polícia lá em exercício.

Malgrado flagrada com 40 (quarenta) gramas de maconha, o demandado (Delegado de Polícia) afastou a capitulação da conduta na figura do crime de tráfico de drogas (artigo 33, *caput*³, da Lei Federal nº 11343/06), tomando [REDACTED] como incurso no tipo penal referente ao

² No mesmo sentido: REsp 1171627/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 06.08.13; AgRg nos EDcl no REsp 1160956/PA, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, j. 17.04.12.

³ “Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

crime de auxílio ao uso de droga, previsto no artigo 33, §2^o, da Lei Federal nº 11343/06 (“*Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá providências*”). E, nesse cenário, não se lavrou “*Auto de Prisão em Flagrante*”, conforme o rito do artigo 301 e seguintes do Código de Processo Penal – CPP, lançando-se mão da feitura de “*Termo Circunstanciado*” (fls. 23/27, 47,48, 55/57, 364/375), em conformidade à regência da Lei Federal nº 9099/95 (“*Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências*”).

Diante desse cenário [REDACTED] foi prontamente liberada, sendo certo o embaraço da respectiva investigação penal, porquanto não encontrada para prestar esclarecimentos em sede de inquérito policial (fls. 95 e 227). No ponto, segundo a exposição articulada na peça exordial (fls. 01/13) e renovada em sede de contrarrazões, o demandado teria adotado medida processual mais branda em função da investigada ter se apresentado portando, no colo, criança de tenra idade.

À luz dessa dinâmica dos fatos, *Silvestre Moutinho Baltar*, Diretor Técnico do Centro de Detenção Provisória de Mogi das Cruzes, representou ao Ministério Público, aduzindo que a condutada adotada pelo demandado (lavratura de “*Termo Circunstanciado*”, seguida de imediata liberação) lhe causou espécie, já que se estava diante de a conduta caracterizadora do crime de tráfico de drogas, a impedir a imediata liberação da flagrada. Vale transcrever um breve excerto da representação (fls. 20):

“A W [REDACTED], RG [REDACTED], *companheira do detento [REDACTED] matriculada [REDACTED] ao passar pelo procedimento de revista para adentrar a Unidade, foi encontrado, dentro do seu ânus, invólucro plástico revestido com fita adesiva de cor marrom, contendo 40,81 gramas de substância entorpecente, ora sabe-se ser maconha. Diante dos fatos, foi solicitada a presença policial e encaminhada ao 1º Distrito Policial de Mogi das Cruzes, onde por entendimento da Autoridade Policial, foi lavrado Termo Circunstanciado, e liberada a visitante.*

Este fato nos trouxe grande estranheza, pois entendemos que seja um flagrante, devido ao modo de transportar: local escondido e quantidade. A visitante deveria ser encaminhada a um Presídio: em praticou o

⁴ “§2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga”.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

lícito foi ela e não o preso, quem estava transportando para dentro do CDP era a visitante. Dessa forma, foi dado às outras visitantes um incentivo para entrada de drogas. Ficamos mais de um mês investigando para inibir a entrada desta visitante com drogas neste estabelecimento. Somos “cobrados” pelo Ministério Público, pela Secretaria da Administração Penitenciária, pela mídia, sobre a entrada de drogas.

*O Senhor Delegado desfez todo o serviço elaborado pelo Corpo funcional deste CDP, criando um desanimo entre os funcionários. **Conforme a declaração do Sr. Delegado perante funcionários, ele se comoveu com a presença de uma criança de colo junto à visitante**” (Negritei).*

Neste contexto, a imputação ao demandado da prática de ato de improbidade administrativa toma por base a atuação em desconformidade com a lei, em função de sentimento pessoal (portanto, subalterno em relação ao interesse público). É dizer: pela suposta comoção pessoal, em função da flagrada estar com criança de colo, o demandado teria propositalmente capitulado o fato apresentado em crime de pena mais branda, no afã de autorizar não só a lavratura de “*Termo Circunstanciado*”, como também a pronta liberação da conduzida.

Ao **ângulo formal**, conquanto o ordenamento jurídico assegure ao Delegado de Polícia a atuação em conformidade à sua convicção jurídica, certo é que essa margem de independência (como, aliás, ocorre em toda atuação regida pelo direito público) encontra limites – legais e constitucionais.

É indiscutível que a Constituição do Estado de São Paulo reclama que os Delgados de Polícia sejam bacharéis em Direito, reputando a sua atuação “*essencial à função jurisdicional do Estado e à defesa da ordem jurídica*”, além de garantir-lhes “*independência funcional para livre convicção nos atos de polícia judiciária*” (artigo 140, *caput*, §§ 2º e 3º). É linha de entendimento que também permeia o âmbito federal, na medida em que exigências e garantais desse jaez foram expressamente albergadas na Lei Federal nº 12830/13 (“*Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delgado de polícia*”).

Contudo, calha frisar, o proceder do agente público encontra seus pontos cardeais na conformidade à regência legal – por força inexorável do *princípio da legalidade* (artigo 37, *caput*, da Constituição Federal). E, no caso dos autos, ao menos no aspecto **formal**, frise-se, aquilata-se a disparidade entre a conduta adotada pelo demandado e o regramento concebido pelo ordenamento jurídico.

Tomando-se por base a independência funcional dos ocupantes da carreira de Delegado de Polícia, o exame dos fatos, de forma alguma,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

tem por foco ejetor o debate acerca da liberdade à convicção jurídica dos integrantes da carreira. Pelo contrário. É liberdade assegurada não só pela expressa previsão legal, mas também pela exigência de que os Delegados de Polícia sejam bacharéis em Direito (isto é, dotados de suficiente e adequado conhecimento jurídico). Não se está diante de um autômato, mas, antes, de legítimo operador do Direito, a autorizar a formulação de juízos de valor, sem prejuízo à aplicação das normas jurídicas de regência.

Nesta contextura, perde relevo o debate travado entre a possibilidade de capitulação da conduta incriminada (tentativa de transportar 40 gramas de maconha, pelo orifício anal, a Centro de Detenção Provisória) pela figura do crime de “*tráfico de drogas*” ou de “*auxílio ao consumo de drogas*”, previstas, respectivamente, no artigo 33, *caput* e §2º, da Lei Federal nº 11343/06. As particularidades do caso concreto, mormente ao ângulo do Direito Penal, viabilizam que determinada conduta possa render ensejo, em abstrato, a diversas tipificações, cumprindo ao Delegado de Polícia proceder àquela que, em concreto, reputar adequada.

Daí a conclusão de que, à luz dos fatos apresentados, não existe qualquer ilegalidade ou má conduta na sua capitulação pelo crime de “*auxílio ao consumo de drogas*”, na forma do artigo 33, §2º, da Lei Federal nº 11343/06. A quantidade de substância entorpecente e as demais circunstâncias que circunscrevem o fato típico possibilitam ao operador do Direito navegar dentre os diversos tipos penais, cumprindo-lhe promover a sua adequada subsunção legal. Esse, aliás, foi o fundamento que ensejou a absolvição do demandado na esfera penal (**Apelação nº 0017381-54.2013.8.26.0361**, 1ª Turma Recursal do Cível e Criminal do Colégio Recursal de Mogi das Cruzes, Rel. Sergio Ludovico Martins, j. 29.01.16, v.u.).

É neste quadrante que se rechaça a tese de configuração de ato de improbidade administrativa na forma do artigo 11, inciso II, da Lei Federal nº 8429/92 (“*II – retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício*”). Com efeito, a “*norma sanciona a conduta do agente público que, no âmbito de sua atribuição, retardar ou deixa de praticar, indevidamente, ato de ofício, assim entendido aquele que deve ser praticado independentemente de provocação. Retardar significa protelar, atrasar, procrastinar ou adiar a prática de ato funcional de sua competência. O agente não pratica o ato no prazo da lei, ou, ausente o prazo, em tempo hábil. Deixar de praticar é simplesmente não executar o ato, isto é, omitir-se definitivamente, apesar de sua obrigação legal.*” (ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo in “*Interesses Difusos e Coletivos*”, 7ª edição, Editora Método, São Paulo, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2017, p. 777).

No caso dos autos, a insurgência do *Parquet* (fls. 01/13) diz respeito à lavratura, pelo demandado, de “*Termo Circunstanciado*” (fls. 23/27, 47/48, 55/57 e 364/375), não havendo sequer a imputação de retardamento à prática de ato de ofício. De outra ponta, seja por se tratar de fato incontroverso seja pela inequívoca prova documental, não é possível se cogitar da omissão do demandado, já que lavrou o registro que julgara cabível na espécie. Daí se repelir a tese de prática de ato de improbidade administrativa, na forma do **artigo 11, inciso**



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

II, da Lei Federal nº 8429/92, tendo-se em vista a inexistência de adequação formal.

Sem embargo ao exposto, a capitulação da conduta praticada por *Daniela Cecília Antolini de Lima* jamais poderia render ensejo à lavratura de “*Termo Circunstanciado*” (fls. 23/27, 47/48, 55/57, 364/375), a denotar a possibilidade de sua **adequação formal à norma residual do artigo 11, caput, da Lei Federal nº 8429/92.**

É que, ainda que adotado o tipo de “*auxílio ao consumo de drogas*”, não se está diante de infração penal de menor potencial ofensivo, concebida como “*as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa*” – artigo 61, da Lei Federal nº 9099/95. Isso porque a capitulação penal adotada pelo demandado (“*auxílio ao uso de droga*”), prevista no artigo 33, §2º, da Lei Federal nº 11343/06 prevê a cominação máxima de 03 (três) anos de pena privativa de liberdade, a denotar sua incompatibilidade com o traçado institucional e processual endereçado aos crimes de menor lesividade.

Note-se que a tipificação promovida à época pelo demandado diz respeito a crime de médio potencial ofensivo, a escapar da incidência dos ritos e medidas despenalizadoras concebidas pela Lei Federal nº 9099/95. Daí a **inadequação de sua atuação funcional ao ângulo formal**, a possibilitar a concreção de ato ímprobo, nos moldes do artigo 11, *caput*, da Lei Federal nº 8429/92. Com efeito, a independência funcional e a garantia de convicção jurídica asseguradas aos Delegados de Polícia jamais significa (ou significará) a possibilidade de concretizar prática contrária ao ordenamento jurídico, principalmente quando se está diante de critérios objetivos (no caso, a quantidade de pena cominada em abstrato).

Nesse cenário, ainda que haja subsunção formal entre a conduta do demandado e a capitulação prevista pelo dispositivo do artigo 11, *caput*⁵, da Lei Federal nº 8429/92, **não se divisa a adequação (subsunção) material.**

É que a Lei Federal nº 8429/92 tem caráter marcadamente repressivo, apondo em seu foco ejetor o desiderato punitivo dos agentes públicos⁶, que auferem “*enriquecimento ilícito*”, “*causam prejuízo ao Erário*” ou “*atentam contra os Princípios da Administração Pública*”⁷, no trato ímprobo da coisa pública. Há, pois, o objetivo de exercício do *jus puniendi* estatal em face dos agentes ímprobos que, por suas condutas, malversam o princípio da moralidade, contemplado expressamente no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal e no artigo 111, da Constituição do Estado de São Paulo.

⁵ “*Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, e notadamente.*”

⁶ Determinados de forma abrangente pelo artigo 2º, da Lei Federal nº 8429/92.

⁷ Trata-se da tipificação legal dos atos de improbidade encartadas nos artigos 9, 10 e 11, da Lei Federal nº 8429/92.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Trata-se de princípio que impinge, com mais vigor do que o princípio da legalidade, o adequado trato da coisa pública, porquanto mais do que a estreita vinculação à lei, exige-se do agente público a adequada aplicação dos preceitos normativos. Nessa senda, a moralidade, seara na qual viceja a probidade, encarna verdadeiro fator de legitimidade do trato da coisa pública, obrigando todos os agentes públicos a agir com a retidão que deles é esperada. Assim sendo, **“o princípio constitucional de moralidade administrativa (art. 37, caput, e §4º e art. 82, V) está intrinsecamente vinculado à aplicação da lei no interesse público. Nesse sentido, é o brocado non omne quod licet honestum est (nem tudo o que é legal é honesto). (OMISSIS). A ausência de legitimidade se caracteriza pela utilização de meios lícitos, representados pela própria lei para atingir um fim ilícito por ação ou omissão do agente público. Desse modo o princípio constitucional da moralidade tem natureza jurídica intrínseca na medida em que se consubstancia no requisito da legitimidade na aplicação da lei por parte do agente público. E essa legitimidade, como referido, é juridicamente definida pela aplicação da lei no precípuo interesse público. E a contrapartida, ou seja, a ilegitimidade, define-se com a aplicação da lei, visando favorecer um jurisdicionado, do que necessariamente decorre um dano jurídico. Aí reside o princípio institucional da moralidade administrativa, que não necessita do socorro do conceito sociológico da ética enquanto padrão universal de conduta e que, por isso, encontra-se acima da normatividade, aplicando-se tanto às relações e aos comportamentos abrangidos pelo ordenamento jurídico, como aos que estão fora dele.”** (CARVALHOSA, Modesto in *“Considerações Sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas”*, 1ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014, p. 274/275). (Negritei).

Logo, os atos de improbidade tipificados nos artigos 9, 10 e 11, da Lei Federal nº 8429/92, marcadamente repressivos, têm o seu foco ejetor no exercício do *jus puniendi* do Estado em face dos agentes ímprobos, que solapam as obrigações promanadas do decantado princípio da moralidade. Pelo matiz punitivo, a configuração desses tipos de ilícito reclama a demonstração do elemento subjetivo do envolvido, sintetizado em dolo ou culpa, conforme a capitulação legal. Trata-se, a rigor, da aplicação da vedação à responsabilidade objetiva sancionatória.

No ponto, a doutrina pontifica que não **“há dúvida que as sanções aplicáveis aos atos de improbidade, previstas na Lei 8.429/92, não têm natureza penal. Todavia, há inúmeros pontos de identidade entre as duas espécies, seja quando à sua função (que é punitiva e com finalidade pedagógica e intimidatória, visando a inibir novas infrações), seja quanto ao conteúdo. Com efeito, não há qualquer diferença entre a perda da função pública ou a suspensão dos direitos políticos ou a imposição de multa pecuniária, quando decorrente de ilícito penal e de ilícito administrativo. Nos dois casos, as consequências práticas em relação ao condenado serão absolutamente idênticas. A rigor, a única diferença se situa em plano puramente jurídico, relacionado com efeitos da condenação em face de futuras infrações: a condenação criminal, ao contrário da não criminal, produz as consequências próprias do antecedente e da perda da primariedade, que podem redundar em futuro agravamento de penas ou,**



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

indiretamente, em aplicação de pena privativa de liberdade (CP, arts. 59; 61, I; 63; 77, I; 83, I; 110; 155, §2º; e 171, §1º). Quanto ao mais, entretanto, não há diferença entre uma e outra. Somente a pena privativa de liberdade é genuinamente criminal, por ser cabível unicamente em casos de infração penal. A prisão civil, nas hipóteses admitidas pela Constituição ('inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel' – art. 5º, LXVII), não é pena, mas simples meio executivo para compelir o devedor a obrigação: atendida a prestação, cessa a medida constritiva, mesmo que decretada por prazo maior. Assim, excetuada a pena privativa de liberdade, qualquer outra das sanções previstas no art. 5º, XLVI, da CF pode ser cominada tanto a infrações penais, quanto a infrações administrativas, como ocorreu na Lei 8.429/92. Ora, é justamente essa identidade substancial das penas que dá suporte à doutrina da unidade da pretensão punitiva (ius puniendi) do Estado, cuja principal consequência é a aplicação de princípios comuns ao direito penal e ao direito administrativo sancionador, reforçando-se, nesse passo, as garantias individuais'. Realmente, não parece lógico, do ponto de vista dos direitos fundamentais e dos postulados da dignidade da pessoa humana, que se invista o acusado das mais amplas garantias até mesmo quando deva responder por infração penal que produz simples pena de multa pecuniária e se lhe neguem garantias semelhantes quando a infração, conquanto administrativa, pode resultar em pena muito mais severa, como a perda de função pública ou a suspensão de direitos políticos. Por isso, embora não se possa traçar uma absoluta unidade de regime jurídico, não há dúvida que alguns princípios são comuns a qualquer sistema sancionatório, seja nos ilícitos penais, seja nos administrativos, entre eles o da legalidade, o da tipicidade, o da responsabilidade subjetiva, o do non bis in idem, o da presunção de inocência e o da individualização da pena, aqui enfatizados pela importância que têm para a adequada compreensão da Lei de Improbidade Administrativa. (OMISSIS). Reflexo da aplicação dos princípios da legalidade e da tipicidade é a descrição, na Lei 8.429, de 1992, de atos de improbidade administrativa e a indicação das respectivas penas. Tais atos estão divididos em três grandes 'tipos', cujos núcleos centrais estão assim enunciados: '(...) auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta Lei' (art. 9º); ensejar, por 'qualquer ação ou omissão dolosa ou culposa (...)', a 'perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei' (art. 10); e violar, por 'qualquer ação ou omissão (...)', 'os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições' (art. 11). Apenas para as condutas do art. 10 está prevista a forma culposa, o que significa dizer que, nas demais, o tipo somente se perfectibiliza mediante dolo. A tal conclusão se chega por aplicação do princípio da culpabilidade, associado ao da responsabilidade subjetiva, por força dos quais não se toleram responsabilização objetiva nem, salvo quando houver lei expressa, a penalização por condutas meramente culposas. O silêncio da lei, portanto, tem o sentido eloquente de desqualificar as condutas culposas nos tipos previstos nos arts. 9º e 11'. (ZAVASCKI, Teori Albino in "Processo Coletivo", 6ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014, p. 98/100). (Negritei).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Imprimindo essa linha de intelecção ao caso retratado dos autos, alveja-se a conclusão de **inexistência de ato de improbidade administrativa**, na medida em que não se demonstrou o dolo na atuação do demandado – elemento anímico indispensável à configuração dos atos ímprobos em face do artigo 11, da Lei federal nº 8429/92. Com efeito, a conduta é dolosa “*quando praticada com o propósito de obter enriquecimento ilícito, causar prejuízo ao erário ou atentar contra os princípios da Administração Pública. A conduta, nesse caso, é animada pela vontade livre e consciente do sujeito ativo de praticar o ato classificado como ímprobo; o mesmo ocorrendo quando o agente, prevendo a possibilidade de ofender a probidade, assumo tal risco com a prática do ato.*” (ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo in “*Interesses Difusos e Coletivos*”, 7ª edição, Editora Método, São Paulo, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2017, p. 719).

A farta prova documental coligida (fls. 14/285, 356/363 e 559/589) é idônea à demonstração de que demandado classificou os fatos apresentados (tentativa de ingresso em Centro de Detenção Provisória com 40 gramas de maconha ocultados no ânus) na moldura do crime de “*auxílio ao consumo de droga*”, lavrando o respectivo “*Termo Circunstanciado*” (fls. 23/27, 47/48, 55/57, 364/375). E, a adoção desse meio de registro no lugar da lavratura de “*Auto de Prisão em Flagrante*” traduz hipótese de **culpa**, a impedir a configuração de ato de improbidade administrativa por violação de princípio da Administração Pública (artigo 11, Lei Federal nº 84259/92).

Observe-se que o acervo probatório documental coligido demonstra que o demandado atuou em conformidade com a sua convicção jurídica, a excluir a existência de dolo (ainda que genérico). É que se releva incompatível com o dolo, que reclama a vontade deliberada de violar princípios reitores da Administração Pública, a prática funcional imaginada pelo agente público como adequada. Essa hipótese, se o caso, pode traduzir falta funcional, mas, por nenhum ângulo, desponta como idônea ao aperfeiçoamento da responsabilidade subjetiva por atos administrativamente ímprobos.

De mais a mais, essa linha de entendimento é corroborada pela prova amealhada do depoimento pessoal do demandado e da prova testemunhal (fls. 468/475), na qual despuseram os servidores públicos lotados tanto no 1º Distrito Policial de Mogi das Cruzes quanto no Centro de Detenção Provisória – CDP local.

Do depoimento pessoal do demandado, em que pese a parcialidade que lhe é inerente, é possível se divisar a inexistência de dolo na atuação funcional nos autos adversada. É que, narrou ele, de forma segura e convicta que tanto a capitulação da conduta imputada à *Daniela Cecília Antolini Lima* no artigo 33,§2º, da Lei Federal nº 11343/06 quanto a lavratura do “*Termo Circunstanciado*” (fls. 23/27, 47/48, 55/57 e 364/375) decorreram de sua convicção jurídica, já que, no seu sentir, se estava diante de crime de menor potencial ofensivo, a autorizar a medida processual penal eleita. E, a acrescer ao exposto, rechaçou peremptoriamente qualquer tese de que sua atuação funcional foi influenciada pelo



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

fato de estar ela com criança de tenra idade.

No que diz respeito a oitiva de *Silvestre Moutinho Baltar*, Diretor do Centro de Detenção Provisória de Mogi das Cruzes, embora autor da representação dirigida ao *Parquet* (fls. 20), do seu depoimento não há nada que denote a atuação dolosa do demandado. Embora ratifique a narrativa da representação (pedra angular da peça inicial) o depoente não acompanhou a revista íntima de *Daniela Cecília Antolini Lima* e tampouco esteve presente em sua condução ao 1º Distrito Policial de Mogi das Cruzes, limitando-se a mencionar os fatos conforme os colheu junto aos demais servidores públicos. Nesse contexto, ainda que tenha atestado que é prática comum a tentativa de transportar drogas para dentro do Centro de Detenção Provisória – CDP em partes íntimas e que tal conduta normalmente é tomada por tráfico de drogas (artigo 33, *caput*, da Lei Federal nº 11343/06), nada acresceu, repise-se, à demonstração do elemento anímico (dolo) que teria impulsionado a conduta do demandado.

É do mesmo teor a oitiva dos agentes de segurança penitenciária *Itamar Rogério da Silva* e *Roseli Maria Lima*. O primeiro, responsável por dirigir a viatura que conduziu *Daniela Cecília Antolini Lima* ao 1º Distrito Policial de Mogi das Cruzes, e a segunda, que participou do procedimento de revista íntima, resumiram seus relatos ao que lhes foi informado por outros servidores, não sabendo precisar por quais motivos a autoridade policial lavrou o “*Termo Circunstanciado*”. A exemplo da narrativa exposta pelo depoente *Silvestre Moutinho Baltar*, não acompanharam o atendimento dispensado ao caso concreto, sabendo, apenas, que normalmente essa situação condiz com a tipificação no crime de “*tráfico de drogas*” (artigo 33, *caput*, da Lei Federal nº 11343/06).

Neste contexto, apenas o depoimento prestado pela testemunha *Edileia Almeida Pereira*, agente de segurança penitenciária responsável pela condução de *Daniela Cecília Antolini Lima* à autoridade policial, faz menção à eleição do “*Termo Circunstanciado*” com o intuito de evitar a prisão de “*mulher com filho no colo*”. No ponto, a depoente asseverou que o demandado sequer teria procedido ao atendimento da conduzida, limitando-se a informar que lavraria “*Termo Circunstanciado*” para evitar que fosse ela recolhida à prisão. Esses dados, todavia, colidem com o depoimento prestado pela servidora pública estadual *Ivone das Graças*, escritã presente ao plantão no qual ocorreram os fatos, na medida em que atestou que o demandado analisou a situação fática apresentada, elegendo o “*Termo Circunstanciado*” como medida processual penal cabível na espécie, dentro de sua convicção jurídica. Rechaçou-se, pois, a suposta comiseração promanada da potencial segregação prisional de “*mãe com criança de colo*”.

Diante desse arranjo fático, note-se que o depoimento prestado pela agente de segurança penitenciária *Edileia Almeida Pereira* se apresenta isolado do conjunto probatório, não gozando de força suficiente para demonstrar com segurança a atuação dolosa do apelante. Está-se diante de elemento de prova superficial, que, de per si, não apresenta a pujança necessária à conclusão



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

acerca do elemento subjetivo que imantou a imputada prática de ato de improbidade administrativa.

E, à míngua de elemento subjetivo, consoante o alhures já tratado, não se configura o ato ímprobo, a impossibilitar a inflicção das sanções previstas pelo artigo 12, da Lei Federal nº 8429/92. Assim sendo, diante a inexistência de elemento subjetivo (dolo), não há configuração de ato de improbidade violador dos princípios da Administração Pública, porquanto o “*mero descumprimento de princípio constitucional pelo agente público sem conotação de desonestidade, de má-fé, de falta de probidade, não constitui ato de improbidade administrativa. Mas não é só. Requer, para sua configuração, também, que a afronta ao princípio constitucional, com a índole ou tendência da desonestidade, decorra de comportamento doloso do agente público, isto é, que ele aja de forma ilícita, ciente da antijuridicidade de seu comportamento funcional (consciente de que está transgredindo princípio constitucional). Sem a presença desse elemento subjetivo, também não se caracteriza essa espécie de improbidade administrativa.*” (PAZZAGLINI FILHO, Marino in “*Lei de Improbidade Administrativa Comentada*”, Editora Atlas, São Paulo, 202, p. 103).

Colhe-se, em caso análogo ao dos autos, o v. precedente do Superior Tribunal de Justiça – STJ:

“ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ELEMENTO SUBJETIVO. PRECEDENTES DO STJ. PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL.

1. A configuração de qualquer ato de improbidade administrativa exige a presença do elemento subjetivo na conduta do agente público, pois não é admitida a responsabilidade objetiva em face do atual sistema jurídico brasileiro, principalmente considerando a gravidade das sanções contidas na Lei de Improbidade Administrativa.

2. Assim, é indispensável a presença de conduta dolosa ou culposa do agente público ao praticar ato de improbidade administrativa, especialmente pelo tipo previstos no art. 11 da Lei 8.429/92, especificamente por lesão aos princípios da Administração Pública, que admite manifesta amplitude em sua aplicação. Por outro lado, é importante ressaltar que a forma culposa somente é admitida no ato de improbidade administrativa relacionado à lesão ao erário (art. 10 da LIA), não sendo aplicável aos demais tipos (art. 9º e 11 da LIA).

3. No caso concreto, o Tribunal de origem qualificou



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

equivocadamente a conduta do agente público, pois a desídia e a negligência, expressamente reconhecidas no julgado impugnado, não configuram dolo, tampouco dolo eventual, mas indiscutivelmente modalidade de culpa. Tal consideração afasta a configuração de ato de improbidade administrativa por violação de princípios da administração pública, pois não foi demonstrada a indispensável prática dolosa da conduta de atentado aos princípios da Administração Pública, mas efetiva conduta culposa, o que não permite o reconhecimento de ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429.92.

4. *Provimento do recurso especial.*” (REsp 875163/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Denise Arruda, j. 15.05.09 – Noticiado no Informativo nº 395). (Negritei).

Reforma-se, pois, a r. sentença (fls. 497/505), decretando-se a improcedência da demanda.

Por fim, considera-se toda a matéria prequestionada para fins de recurso especial e extraordinário.

Ante todo o exposto, voto pelo **PROVIMENTO** do recurso interposto, nos termos acima detalhados.

MARCOS PIMENTEL TAMASSIA
Relator