



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Consulta de 1º Grau

Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul

Número do Processo: **11300950499**

Comarca: **Porto Alegre**

Órgão Julgador: **2ª Vara da Fazenda Pública do Foro Central: 1 / 1 (Foro Central)**

Data: **5 de novembro de 2013**

Julgador:

José Antônio Coitinho

Despacho:

O MINISTÉRIO PÚBLICO ajuizou ação de improbidade administrativa em face de ANA LUIZA CARUSO, aduzindo, em suma, que a demandada, na qualidade de delegada de polícia, praticou ato de improbidade administrativa ao deixar de praticar ato de ofício, consistente na lavratura de auto de prisão em flagrante.

É o breve relato. Passo a decidir.

Tem-se por improbidade administrativa toda conduta corrupta, nociva ou inepta do agente público que seja ofensiva aos princípios constitucionais que regem a Administração Pública, independentemente da ocorrência de lesão ao erário ou de enriquecimento ilícito. Da mesma maneira, é sabido que a Lei de Improbidade Administrativa não autoriza a imputação da prática de ato de improbidade a quem não tenha agido por mobilização dolosa, sob pena de caracterizar-se verdadeira responsabilidade objetiva.

Nesse sentido, em recente decisão, pronunciou-se o Superior Tribunal de Justiça: *“DIREITO ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA POR VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. O atraso do administrador na prestação de contas, sem que exista dolo, não configura, por si só, ato de improbidade administrativa que atente contra os princípios da Administração Pública (art. 11 da Lei n. 8.429/92). Isso porque, para a configuração dessa espécie de ato de improbidade administrativa, é necessária*

a prática dolosa de conduta que atente contra os princípios da Administração Pública. Dessa forma, há improbidade administrativa na omissão dolosa do administrador, pois o dever de prestar contas está relacionado ao princípio da publicidade, tendo por objetivo dar transparência ao uso de recursos e de bens públicos por parte do agente estatal. Todavia, o simples atraso na entrega das contas, sem que exista dolo na espécie, não configura ato de improbidade. Precedente citado: REsp 1.307.925-TO, Rel. Segunda Turma, DJe 23/8/2012. AgRg no REsp 1.382.436-RN, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 20/8/2013. Os atos de improbidade previstos no art. 11 da LIA, segundo a melhor doutrina, estão condicionados à presença de alguns elementos, quais sejam: conduta funcional dolosa do agente público; ofensa aos princípios da administração pública; e,nexo causal entre o exercício funcional e a violação dos princípios da Administração.

Passamos a analisar a conduta da demandada e os fatos apresentados aos autos. In casu, o Promotor de Justiça requereu ao Juiz de Direito autorização para proceder na escuta telefônica de supostos envolvidos no tráfico de drogas na região da Lomba do Pinheiro, o que foi deferido. Realizadas as escutas, chegou a conclusão de que o delito de tráfico estava ocorrendo, pelo que requereu, novamente, ao Magistrado, expedição de mandado de busca e apreensão o que foi deferido, entre outras medidas que restaram indeferidas.

Com o mandado em mãos, o Ministério Público delegou a função para a brigada militar, que, por sua vez, dirigindo-se ao local indicado no mandado, além de realizar a busca e apreensão o objeto do mandado o efetuou a prisão em flagrante de todos os que encontravam-se no interior da residência, acompanhando-os até a delegacia de pronto atendimento. No momento da apresentação à delegada plantonista os brigadianos não souberam individualizar as condutas praticadas por cada apresentado, bem como se algum deles portava drogas no momento da apreensão.

A Constituição Federal, em seu art. 144, §4º, estabelece que compete às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares. No mesmo sentido andou a novel Lei nº 12.830/13: Art. 144 - A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: (...) § 4º - Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares; Art. 2º - As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado. (Lei 12.830/13) De fácil percepção, logo, que a investigação e o cumprimento de mandados pela policia militar, quando se tratar de crimes comuns, além de flagrantemente inconstitucional, dificulta o trabalho da policia civil, na medida em que, inevitavelmente, cria-se uma concorrência de informações decorrentes da

investigação sem diálogo entre as instituições.

Exatamente o que ocorreu no caso.

Além de que, há uma usurpação de função pública. Não se trata de uma disputa de forças, como afirma o Ministério Público, mas, tão-somente, de delinear as atribuições das competências constitucionais. A discussão aqui travada não é acerca do poder do Ministério Público investigar e cumprir mandados; sobre essa polêmica a Suprema Corte tem vasta jurisprudência pela admissibilidade, além da recente rejeição da PEC nº 37. Todavia, se por um lado, por intermédio da teoria dos poderes implícitos, pode o Ministério Público investigar, requerer mandados de busca e apreensão, escutas telefônicas, enfim, fazer as vezes de polícia judiciária; por outro, deve cumprir os respectivos mandados, não lhe sendo permitido postular ao Poder Judiciário e em ato contínuo delegar a ordem à Polícia Militar, sem haver um único membro do Ministério Público acompanhando a medida. Há dissenso na doutrina e na jurisprudência a respeito da competência da autoridade policial realizar um juízo acerca da ilicitude e da culpabilidade da conduta criminosa, porém é incontestável a possibilidade de análise do juízo de tipicidade da conduta.

Caso contrário, dispensada seria a figura do delegado de polícia; desnecessário concurso público na escolha de profissional qualificado com atribuição, unicamente, para homologar todas as prisões que lhe fossem apresentadas, independentemente do condutor e das razões. Ao delegado de polícia é dado o poder discricionário de formar convicção acerca da existência ou não das situações que cabem flagrância, tudo, por óbvio, dentro dos limites constitucionais.

Esse fato, por si só, bastante para justificar a razoabilidade da atuação da delegada ao não homologar o auto de prisão em flagrante dos apresentados, posto que a prisão, neste momento, estava totalmente revestida de ilegalidade. E, como se sabe, com maior ênfase após a alteração no Código de Processo Penal em 2011, o encarceramento é medida excepcional no nosso ordenamento jurídico, somente sendo admitido nos casos expressamente previstos em lei e que, ainda assim, não couberem medida diversa. Mas não para por aí.

Com força no poder discricionário que lhe é conferido, a demandada não vislumbrou a justa causa que autorizaria a prisão em flagrante. Nos termos do artigo 304, §1º, do CPP, vislumbra-se que a autoridade policial não está obrigada a lavrar o auto de prisão em flagrante caso não detecte elementos que caracterizem fundada suspeita: Art. 304 - Apresentado o preso à autoridade competente, ouvirá esta o condutor e colherá, desde logo, sua assinatura, entregando a este cópia do termo e recibo de entrega do preso. Em seguida, procederá à oitiva das testemunhas que o acompanharem e ao interrogatório do acusado sobre

a imputação que lhe é feita, colhendo, após cada oitiva suas respectivas assinaturas, lavrando, a autoridade, afinal, o auto. § 1º - Resultando das respostas fundada a suspeita contra o conduzido, a autoridade mandará recolhê-lo à prisão, exceto no caso de livrar-se solto ou de prestar fiança, e prosseguirá nos atos do inquérito ou processo, se para isso for competente; se não o for, enviará os autos à autoridade que o seja. A prisão em flagrante é, terminantemente, dentre todas as formas de prisão, a que exige maior cuidado por parte dos operadores do direito, pois é a única que não depende de prévia autorização judicial, sendo, como regra, formalizada pela autoridade policial. Face a sua precariedade, o risco ao qual se submete a autoridade policial de incorrer em uma arbitrariedade, e conseqüentemente prática de crime de abuso de autoridade, é colossal.

Em razão disso, evidencia-se a discricionariedade concedida ao delegado de polícia na ocasião da homologação da prisão em flagrante. Clarividente que à autoridade policial, no instante da análise de uma situação de flagrância, para definir, com segurança, e sem incorrer em abuso de autoridade, é atribuída grande responsabilidade; exigindo muita atenção e, no mínimo, um bom conhecimento acerca da situação que lhe é exposta. Importante frisar que a Delegada não teve acesso às escutas telefônicas. Este fato foi trazido aos autos, na inicial, folha 3, pelo próprio Ministério Público. Em posse destas, analisando-as, poderia, quiçá, ter elementos probatórios ou indícios suficientes da autoria, que conduziram a entender pela prisão em flagrante. No sistema ordinário de atuação da polícia judiciária, esta procede na investigação, formando o conjunto probatório e irá valer-se deste para fundamentar a prisão em flagrante. Vale dizer, quando a autoridade policial conduz a investigação, durante esta, ao amearhar provas, já se vai convencendo da materialidade e autoria. Quando efetua a prisão, o faz com base no conjunto probatório que conhece e formou. Todavia, quando o Parquet investiga, o preso é apresentado a um delegado que nada conhece das provas. Nada mais razoável do que disponibilizar a este as provas produzidas para que tenha condições de formar seu convencimento e, dentro de sua discricionariedade, proceder na prisão em flagrante. Se o delegado não investigou, não conhece a prova. Se não conhece a prova, não pode proceder em prisão alguma. Os policiais militares, que apresentaram os conduzidos na delegacia de pronto atendimento, tinham o dever de dar acesso, à ré, ao conjunto probatório, sem o que não se pode dela cobrar que efetue prisão em flagrante alguma.

Então, pergunta-se: Como exigir outra atitude da ré, se, nem ao menos, tinha conhecimento da investigação que estava sendo realizada pelo Ministério Público e que, como consequência, acarretou na apreensão das pessoas que lhe foram apresentadas? Ou, ainda, se no momento em que a Brigada Militar conduziu os suspeitos à delegacia de pronto atendimento inexistia qualquer membro do Ministério Público para apontar o que acontecia? Estava autorizado o Ministério Público a investigar. Estava autorizado a contar com o apoio da Brigada Militar. Realizou escutas telefônicas legais e autorizadas judicialmente. Todavia, não estava autorizada a delegada a proceder em prisão alguma se o conjunto probatório não

lhe fosse apresentado. Aliás, ainda que apresentadas todas as provas colhidas na investigação, ainda assim, estaria dentro da discricionariedade da delegada analisar o conjunto probatório e proceder, ou não, na prisão. Jamais se poderá obrigar um delegado de polícia a efetuar prisão quando o conjunto probatório colhido pelo "Parquet" for ilegal ou insuficiente e, muito menos, quando tais provas sequer estiverem à disposição da autoridade policial para detida análise. Afirmar o contrário significa retirar a figura do delegado da equação, significa dizer que é aprovado em concurso público para, simplesmente, efetuar prisões, indiscriminadamente. Não é possível querer que o delegado de polícia homologue o que quer que seja que a polícia militar - ou qualquer outra pessoa ou instituição - apresente em sua delegacia. O mesmo policial militar que prende corretamente, em flagrante, também está sujeito a errar ou ter interpretação diferente da autoridade policial. Nesta situação, cada um agirá dentro de seu poder discricionário e liberdade funcional, praticando os atos que espelhem sua convicção.

O delegado de polícia não está obrigado a homologar prisão alguma se não for este seu convencimento. Pouco importa se é um juiz, um representante do Ministério Público, ou um Brigadiano, quem apresenta pessoas perante o delegado, buscando a homologação da prisão. Não está obrigado a homologar e quando não homologa, fundamentadamente, com propriedade, cumpre sua obrigação. É mais que um direito, é obrigação do delegado não praticar ato que entenda em descompasso com a legalidade. Para isto percebe seus vencimentos. Tem esta liberdade. Precisa ter. É detentor de tal discricionariedade. Não se está a autorizar o delegado a descumprir ordem judicial. Tem de cumprir a ordem ou pratica crime. Materialmente, prende e solta conforme lhe é ordenado pelas autoridades, dentro de previsão legal. O juiz pode determinar a prisão ou a soltura de uma pessoa. O delegado tem obrigação de obedecer ordem direta de tal natureza. Todavia, o delegado não tem obrigação de mudar seu entendimento e homologar prisão. Isto é o que se está defendendo e é radicalmente diferente de não atender ordem judicial ou de outra autoridade constitucionalmente autorizada a tanto.

Ao não homologar prisão, que entenda ilegal, que entenda não estar em conformidade com os requisitos processuais ou de direito material, o delegado não descumpe ordem alguma. Não há juiz - ou autoridade outra - que tenha o poder de ordenar a homologação da prisão pelo delegado. Se, fundamentadamente e dotado de boa-fé, entende não ser caso de homologar, tem obrigação de omitir-se de homologar prisão. Defeso lhe é, repita-se, não obedecer ao comando judicial para prender ou soltar. De outra banda, tem o dever de não homologar prisão que julgue ilegal. Vamos lembrar que é comum, cotidiano, no meio forense, a decretação de prisão cautelar, temporária, preventiva ou pré-cautelar, em flagrante delito, em situações onde o delegado entende que a pessoa deveria livrar-se solta. Em tal corriqueira hipótese, a opinião da autoridade policial não será observada e a ordem judicial cumprida. Cada um cumpre sua função, dentro da Lei. Querer limitar a discricionariedade das

autoridades policiais, é inviabilizar o direito do exercício da profissão.

Todos temos o direito de errar, certamente, porque errar é inerente ao ser humano; assim, pode, quem sabe, a delegada ter se equivocado ao analisar a situação concreta quando não visualizou elementos que caracterizassem a prisão. Em tal hipótese, ao Ministério Público é concedida a prerrogativa de requerer em juízo a prisão preventiva. Acerca do equívoco ou não, a dúvida pode pairar; no entanto, não se perquire nem rastro de dúvida de que o ajuizamento de uma ação de improbidade administrativa é medida desproporcional. Havendo descontentamento para com a atuação da delegada, pode o interessado valer-se de mecanismos legais, correicionais, próprios e adequados; já a ação de improbidade administrativa, com sanções extremamente graves, não se mostra a via acertada.

O delegado de polícia, o membro do Ministério Público, o juiz, o oficial da Brigada, e quaisquer outros agentes públicos ou de poder, não podem ser alvo de ação de improbidade administrativa quando simplesmente exercem sua função, com boa-fé e dentro dos limites legais. Nenhum destes pode, por decidir fundamentadamente e sem interesse algum - senão o de cumprir sua atribuição - ser penalizado com demanda de tal natureza. Na espécie, sequer é cogitado que a Delegada tenha decidido pela não homologação dos flagrantes para prejudicar ou beneficiar quem quer que seja. Nem sequer é cogitado dolo para afrontar princípio da administração pública da policial. Esta sim seria uma hipótese a legitimar a acusação de prática de ato improprio.

Este o ensinamento atual, acima transcrito, do STJ. E, lembremos, não é o caso. Numa pobre analogia, quiçá não se possa cogitar do promotor de justiça ser tido por praticante de ato improprio ao não oferecer denúncia, mesmo que fundamentadamente. Dessarte, não tendo, a ré, obrado com dolo, tampouco ofendido os princípios da Administração Pública, por lógico, sua conduta não se enquadra como impropria, nos termos do que, atualmente, ensina o Superior Tribunal de Justiça.

FACE AO EXPOSTO, rejeito a ação, forte no artigo 17, § 8º, da Lei n. 8.429/92. Intimem-se. Após o trânsito em julgado archive-se.

Dils. Legais.