MANDADO DE SEGURANÇA

S E N T E N Ç A

Feito n°4.628/12
Impetrante: Cb PM Bráulio dos Santos
Autoridade coatora: Comandante Geral da PMESP

Vistos.

Trata-se de ação constitucional de mandado de segurança impetrada pelo miliciano em epígrafe, apontando como autoridade coatora o Comandante Geral da Polícia Militar do Estado de São Paulo, pleiteando que se assegure que o relatório da autoridade instauradora do processo regular a que responde, não repercuta na decisão da autoridade competente para decidir.

O processo regular a que reponde o aqui impetrante é o Conselho de Disciplina n° CPC-085/64/11, que apura, em síntese, o fato de ter portado arma de fogo em desacordo com a legislação.

Teses do impetrante.

Alegou, em suma, que os membros do Conselho, após instruírem o feito disciplinar em análise, opinaram por punição não exclusória. Continuou alegando que por sua vez, a autoridade instauradora, em seu relatório final, baseou-se em fatos não descritos na portaria inaugural e, ainda por cima, que foram apurados em inquérito policial militar (IPM), sem o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Trâmite deste mandado de segurança.

Despachada a peça inaugural do impetrante, o pedido liminar foi indeferido e, de ofício, foi determinada a suspensão daquele feito (fls. 42/45).

Instada a se manifestar, a autoridade apontada como coatora prestou as informações de fls. 53/57.

A Fazenda Pública foi intimada nos termos do art. 7°, II da Lei n° 12.016/09 (fls. 48/49).

Aberta vista ao Ministério, este opinou pela denegação da ordem (fls. 59/61).

Após, os autos vieram conclusos para decidir (fl. 62).

É O RELATÓRIO. PASSO A DECIDIR.

Preliminar suscitada pela autoridade impetrada: ilegitimidade no polo passivo da demanda.

A autoridade impetrada alegou que não está legitimada para figurar no polo passivo da presente ação.

De fato, não praticou ato algum, ocorre que o Comandante Geral da Corporação possui poder hierárquico sobre todos os integrantes da Corporação e, ao tomar conhecimento do ato disciplinar questionado, por meio da requisição de informações e prestar os esclarecimentos aprovando e defendendo o ato questionado, acabou por "encampar" esse ato, no exercício do poder hierárquico. Neste ponto, vejamos a lição de Hely Lopes Meirelles e outros autores, na obra Mandado de Segurança e Ações Constitucionais, Editora Malheiros, 32ª edição, páginas 65 e 66/67:

> *"112. (...) No STJ, porém, há decisões aplicando a chamada 'teoria da encampação', entendendo que se torna parte legítima aquele que, sem estar legitimada em princípio, acaba por encampar o ato da autoridade que lhe é subordinada. (...) No entanto, além da manifestação acerca do mérito do 'mandamus' por parte da autoridade apontada coatora, exige-se, para fins da aplicação da 'teoria da encampação', vínculo hierárquico imediato entre aquela autoridade e a que deveria, efetivamente, ter figurado no feito".*
>
> *"Muito se tem discutido – e os tribunais ainda hesitam – se a errônea indicação da autoridade coatora conduz à carência da impetração ou admite correção para o prosseguimento do mandado contra o verdadeiro*

coator. Sempre sustentamos que o juiz pode – e deve determinar a notificação da autoridade certa, como medida de economia processual, e, sendo incompetente, remeter o processo ao juízo competente (CPC, art. 113, § 2º)".

Sendo assim, passa o Sr. Comandante Geral da PMESP a figurar no polo passivo desta demanda.

Mérito da causa.

O caso é de conceder a ordem parcialmente. Vejamos.

A questão central deste "mandamus" reside na possibilidade – ou impossibilidade – da obtenção de tutela jurisdicional, sem que a autoridade apontada como coatora – o Sr. Comandante Geral da PMESP – tenha praticado ato algum que tenha "lesado" direito líquido e certo do impetrante. Peço vênia para transcrever o pedido principal do autor:

c) seja, ao final julgada procedente esta ação mandamental para ***assegurar ao impetrante que o voto da autoridade convocante não repercuta em seu desfavor****, mormente* ***na parte em que se alicerça em peças do inquisitório****, determinando ao Impetrado que* ***quando da sua decisão se atenha aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade****, enfrentando o parecer da Comissão Processante com escopo no conjunto probatório amealhado, tudo por questão de Justiça* (grifei).

Da leitura desse pedido e das teses sustentadas pelo impetrante, extraem-se 3 (três) pontos principais: 1°) "assegurar" que o "parecer" da autoridade que determinou a instauração do processo administrativo não repercuta na decisão da autoridade competente; 2°) partes do parecer que ofendem o princípio do contraditório e da ampla defesa; e 3°) determinar à autoridade militar que se atenha aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Tratemos, separadamente, de cada ponto acima descrito.

Primeiro ponto da petição: "assegurar" que o parecer da autoridade instauradora não repercuta na decisão do Comandante Geral.

No que toca à repercussão de "parecer" em decisão da autoridade competente, não se faz necessário se aprofundar no já decantado entendimento de que o parecer é meramente opinativo e não vincula aquele que é incumbido do poder decisório.

Sendo assim, em tese não caberia qualquer questionamento judicial acerca dessa espécie de ato administrativo. No caso em tela: o parecer da autoridade instauradora.

Ocorre que este caso tem suas especificidades, como será exposto no próximo tópico desta sentença. O atacado parecer, em alguns pontos, considera a existência de fatos que não foram provados sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Uma vez acionada a jurisdição,

demonstrada a "potencial" ofensa a princípios constitucionais e esta, simplesmente se quedar inerte sob o argumento de que direito algum "ainda" não foi violado, não se coaduna com o ideal de Justiça.

Neste ponto, o próprio texto constitucional, em seu art. 5°, XXXV, estabelece a possibilidade de o Judiciário apreciar e lesão a direito, em sua forma "potencial". Vejamos o texto da norma:

> *XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou* ***ameaça*** *a direito* (grifei).

Também, a Lei do Mandado de Segurança (Lei n° 12.016/09), em seu art. 1° estabelece a possibilidade de tutela em caso de dano potencial:

> *Art. 1° Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por 'habeas corpus' ou 'habeas data', sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver* ***justo receio*** *de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça* (grifei).

Temos aqui matéria praticamente inédita e inovadora no direito brasileiro, trazida à baila pelo combativo Defensor. Trata-se da novel tutela jurisdicional preventiva, também denominada tutela inibitória.

Acerca deste tema, assim leciona o Professor Luiz Guilherme Marinoni, em sua obra Tutela Inibitória, editora, RT, 5ª edição:

> *A **tutela inibitória**, configurando-se como tutela preventiva, **visa a prevenir o ilícito**, culminando por apresentar-se, assim, como uma tutela anterior a sua prática, e **não como uma tutela voltada para o passado**, como a tradicional tutela ressarcitória (p.32)* - grifei.
>
> *(...)*
>
> *A tutela inibitória é uma tutela específica, pois objetiva conservar a integridade do direito, assumindo importância não apenas porque alguns direitos não podem ser reparados e outros não podem ser adequadamente tutelados através da técnica ressarcitória, mas também **é melhor prevenir do que ressarcir**, o que equivale a dizer que **no confronto entre a tutela preventiva e a tutela ressarcitória deve-se dar preferência à primeira** (p. 33)* - grifei.
>
> *(...)*
>
> *Como já foi dito, há no direito brasileiro duas formas bastante efetivas de tutela inibitória: o **mandado de segurança** e o interdito proibitório (p. 61)* – grifei.
>
> *(...)*
>
> *Não há dúvida que o direito de acesso à justiça, assegurando por nossa **Constituição Federal (art. 5°, XXXV)** e, assim, o direito à técnica processual capaz de viabilizar o exercício do direito à tutela inibitória. É*

possível afirmar até mesmo que ***a inserção da locução "ameaça a direito"*** *na verbalização do princípio da inafastabilidade (art. 5º, XXXV) teve por fim* ***garantir a possibilidade*** *de qualquer cidadão* ***solicitar a tutela inibitória*** *(p. 69/70)* - grifei.

(...)

O ***mandado de segurança,*** *em razão de sua peculiar natureza,* ***pode exercer função inibitória,*** *que se torna nitidamente visível quando se pensa nessa tutela em sua modalidade designada como "mandado de segurança preventivo" (p.251)* – grifei.

(...)

Como está claro, para a admissão do mandado de segurança basta o "justo receio" de que a "autoridade" possa violar "direito líquido e certo". A doutrina não tem dúvida em afirmar que o mandado de segurança preventivo tem por escopo a "prevenção da prática de ilegalidades ou arbitrariedades, quando a ameaça de sua concretização seja palpável e próxima no tempo". O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, entende que "caracterizada a existência de ameaça real, concreta e atual a direito subjetivo", deve-se admitir o mandado de segurança preventivo (p. 251/252) grifei.

Por isso, entendo que apesar de o parecer emitido pela autoridade instauradora não vincular a decisão da autoridade competente para decidir, é latente o risco de ocorrer punição exclusória do impetrante, calcada em fato não descrito na portaria inaugural e que se teve provado apenas em sede de prova inquisitiva.

Tal risco fica expressamente demonstrado quando o **impetrado, em suas informações de fls. 53/57,** reconhece que não vislumbra violação ao princípio do contraditório. Vejamos trecho daquelas informações:

> *A questão dos itens 48 a 51 da decisão atacada, baseia-se tão somente na descrição das circunstâncias em que se deram os fatos e que por si só* ***não dependem de prova ou defesa.***
>
> *As circunstâncias em que se deram os fatos, quais sejam, o fato de que a esposa de um criminoso preso em flagrante estava entrando e saindo do veículo do impetrante, não era objeto de acusação, por não constituir em si a transgressão disciplinar.*
>
> *Se o fosse, também seria descrita na exordial acusatória, tendo o impetrante o poder de se defender dela. A acusação, corretamente foi limitada pelas condutas transgressionais cometidas pelo impetrante.*
>
> *Assim, não procede a tese apresentada pelo impetrante em, seu 'writ', quando aponta que houve violação ao princípio do contraditório* (grifei).

Sendo assim, entendo possível determinar que o parecer da autoridade instauradora, no ponto em que viola os princípios do contraditório e da ampla defesa – exposto no tópico seguinte desta sentença - e com a expressa concordância do impetrado, seja preventivamente afastado.

Segundo ponto da petição: aspectos do parecer que ofendem os princípios do contraditório e da ampla defesa.

De fato, da leitura da portaria inaugural do processo regular em análise (cópia a fls. 17/18 destes autos), não se verifica a narrativa do fato "entrar e sair do veículo do acusado uma mulher cujo companheiro havia sido preso em flagrante delito por tentativa de furto a caixas eletrônicos".

É certo que não se espera de um miliciano tenha como companhia, pessoas ligadas à criminalidade. Ocorre que tal fato não foi descrito na peça vestibular de fls. 17/18.

Além disso, a autoridade instauradora entendeu provado esse fato, fundado apenas na prova inquisitiva. Vejamos o item "48" daquele parecer de fls. 33/37:

> *48. Conforme se apurou* ***ainda na fase inquisitorial****, entrava e saía do veículo do increpado por diversas vezes uma mulher, que prestava direta assistência a seu companheiro, que por sua vez havia sido preso em flagrante delito por tentativa de furto a caixas eletrônicos.*

Por esses dois motivos – falta de descrição do fato na portaria inaugural e prova calcada em inquérito – entendo violado, no caso vertente, os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Tal conclusão não impede que a portaria inaugural seja aditada e se reinicie a instrução, se assim entender conveniente e oportuno.

Terceiro ponto da petição: determinar à autoridade militar que se atenha aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Neste ponto, entendo que por ora, o Judiciário não pode interferir, haja vista o princípio constitucional da separação de poderes inserto no art. 2º da nossa Lei Maior.

Afastado o fato descrito no tópico anterior, poderá a autoridade militar decidir de forma fundamentada, quer absolvendo o aqui impetrante, quer punindo-o.

Se a opção do Sr. Comandante Geral for pela aplicação de reprimenda, não cabe aqui adentrar ao mérito propriamente dito e ainda por cima de forma antecipada.

Previamente valorar o fato descrito na portaria inaugural "portar arma em desacordo com a legislação", à luz dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade é prematuro. Entendo que aqui o Judiciário estaria se arvorando na condição de agente do Executivo, o que também viola a Constituição (art. 2º).

Aqui não está demonstrada, de forma latente, explícita, inquestionável, a ameaça a direito líquido e certo.

Por isso, rejeito este pedido.

Manutenção da suspensão do trâmite do processo regular.

Por meio da decisão liminar de fls. 42/45, foi determinada a suspensão do trâmite do processo administrativo aqui atacado. Ainda entendo presentes circunstâncias que justifiquem tal suspensão.

De acordo com a lei, esta ação comporta o reexame necessário, não sendo portanto, definitiva.

Sendo assim, a fim de que o impetrante não suporte sanção exclusória que depois seja revertida na instância superior ou ainda, que a Administração pratique atos que depois sejam considerados ilegais pelo e. TJM, como requer o autor, é prudente que se mantenha a suspensão até decisão judicial definitiva.

EM FACE DO EXPOSTO, DECIDO:

- conceder parcialmente a ordem e julgar extinto o processo, com resolução de mérito, com base no art. 14 da Lei nº 12.016/2009, c.c. o art. 269, I do CPC;

- determinar à Administração Militar que em sua decisão final, não considere os itens "48" a "50" do relatório da autoridade instauradora (presença de uma mulher envolvida com a criminalidade no sítio dos fatos) por violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa;

- tal determinação, como exposto no segundo tópico desta sentença e descrita como "segundo ponto da petição", não impede o aditamento da portaria e o reinício da instrução probatória;

- manter suspenso o trâmite do CD nº CPC-085/64/11;

- custas na forma da lei, não havendo que se falar em honorários, haja vista o que estabelece o art. 25 da Lei nº 12.016/09;

- oficie-se a autoridade coatora com cópia desta decisão;

- intime-se o impetrante e a Fazenda Pública;

- ciência ao Ministério Público;

- com ou sem recurso, subam os autos ao e.TJM para fins de reexame necessário.

São Paulo, 13 de novembro de 2012.

MARCOS FERNANDO THEODORO PINHEIRO
Juiz de Direito Substituto