



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

12 de junho de 2018

5ª Câmara Cível

Agravo de Instrumento - Nº 2000317-43.2018.8.12.0900 - Naviraí

Relator – Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Agravante : Estado de Mato Grosso do Sul

Proc. do Estado: Marcela Gaspar Pedrazzoli (OAB: 22636BM/S)

Agravada : Alex Toshiuki Nakahara

Advogado : Douglas Patrick Hammarstrom (OAB: 20674/MS)

E M E N T A – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO – ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA – CABIMENTO – CONTROLE JURISDICIONAL DO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO – POSSIBILIDADE – PRESENÇA DA PROVA INEQUÍVOCA, CONDUTORA DA VEROSSIMILHANÇA DA ALEGAÇÃO DO AGRAVADO – EXCLUSÃO DO CANDIDATO DO CURSO DE FORMAÇÃO DE SOLDADO DA POLÍCIA MILITAR – INAPTIDÃO NA FASE DE INVESTIGAÇÃO SOCIAL – AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DA CONDUTA INCOMPATÍVEL COM O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO – MOTIVO INSUBSISTENTE – PERIGO DE DANO INVERSO NÃO EVIDENCIADO – RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

I. Apesar de encontrar amparo em expressa previsão legal e editalícia, a investigação social é ato administrativo, apesar de discricionário por sua natureza, passível de sofrer revisão pelo poder judiciário para controle da legalidade ou afronta aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

II. O Superior Tribunal de Justiça já se posicionou no sentido de que *"a mera instauração de inquérito policial ou de ação penal contra o cidadão não pode implicar, em fase de investigação social de concurso público, sua eliminação da disputa, sendo necessário para a configuração de antecedentes o trânsito em julgado de eventual condenação."* (STJ, AgRg no RMS 46.055/RJ, DJe 29/03/2016). Essa tem sido, também, a manifestação do Supremo Tribunal Federal.

III. Na hipótese, presentes a prova inequívoca, condutora da verossimilhança da alegação do agravado, assim como o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, consubstanciada na exclusão de candidato do concurso público através de decisão cuja motivação é genérica, na qual o agente público aparentemente não atrela sua fundamentação a qualquer evento concreto capaz de materializar a alegada ofensa ao dever de informação do candidato ou mesmo alguma conduta que pudesse efetivamente ser considerada incompatível com o exercício da função, utilizando-se de expressões vagas, incapazes de conferir idoneidade aos motivos que ensejaram a exclusão do candidato do concurso público à pretexto da reprovabilidade da conduta social do candidato e que, ademais, ignora as informações do relatório elaborado pelo encarregado do processo administrativo disciplinar no sentido que as ocorrências e processos crimes movidos em desfavor do referido candidato tiveram a punibilidade extinta em razão do decurso do prazo sem representação do ofendido, o



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

que induz à conclusão de que o candidato não conhecia os fatos, daí não tê-los mencionado no formulário de investigação social.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 12 de junho de 2018.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

R E L A T Ó R I O

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Estado de Mato Grosso do Sul agrava da decisão proferida na ação de conhecimento de natureza condenatória (n. 0800729-66.2018.8.12.0029) ajuizada por Douglas Patrick Hammarstrom, com tramite na 1ª vara da comarca de Naviraí.

O agravado ajuizou ação pretendendo a anulação do processo administrativo n. 31/302275/2016, que culminou em sua inaptidão na quinta fase (investigação social) do concurso público de provas para ingresso no curso de formação de soldado da polícia militar de Mato Grosso do Sul, regido pelo edital n. 1/2013 – SAD/SEJUSP/PMMS.

O juízo *a quo* deferiu a tutela de urgência de natureza cautelar em favor do autor, ora agravado, para que o réu, ora agravante, *se abstenha de proceder a exclusão do Requerente em razão do processo administrativo n. 31/302275/2016, permitindo as promoções, progressões funcionais, entre outros direitos advindos da legislação, e caso tenha o excluído, que proceda, imediatamente, com os atos necessários para sua reintegração à corporação* (f. 734 do autos de origem).

Assevera o agravante que a decisão da administração apontada como coatora possui cunho discricionário e mostra-se proporcional e razoável, não comportando controle pelo judiciário, já que compete à administração pública definir quais tipos de irregularidade constituem motivos idôneos para a exclusão de um candidato, principalmente quando a função a ser desempenhada é de grande relevância, tal como no caso do soldado militar, na qual a personalidade do agente público é essencial ao desempenho da atividade, já que no desempenho do cargo constantemente será colocado em situação de perigo nas quais deverá ter forte controle emocional e também terá à sua disposição instrumentos que facilitam a prática da violência, como armas de fogo.

Pede seja atribuído ao recurso suspensivo e o provimento para que seja reformada a decisão agravada.

Às f. 21-22 o recurso foi recebido no efeito devolutivo; a contraminuta foi ofertada às f. 28-35; a Procuradoria-Geral de Justiça deixou de apresentar parecer, por não vislumbrar interesse disponível que justificasse a intervenção ministerial (f. 45-47).

V O T O

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Estado de Mato Grosso do Sul agrava da decisão proferida na ação de conhecimento de natureza constitutiva (n. 0800729-66.2018.8.12.0029) ajuizada por Douglas Patrick Hammarstrom, com tramite na 1ª vara da comarca de Naviraí.

O agravado ajuizou ação pretendendo a anulação do processo administrativo n. 31/302275/2016, que culminou em sua inaptidão na quinta fase (investigação social) do concurso público de provas para ingresso no curso de formação de soldado da polícia militar de Mato Grosso do Sul, regido pelo edital n. 1/2013 – SAD/SEJUSP/PMMS.



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

O juízo *a quo* deferiu a tutela de urgência de natureza cautelar em favor do autor, ora agravado, para que o réu, ora agravante, *se abstenha de proceder a exclusão do Requerente em razão do processo administrativo n. 31/302275/2016, permitindo as promoções, progressões funcionais, entre outros direitos advindos da legislação, e caso tenha o excluído, que proceda, imediatamente, com os atos necessários para sua reintegração à corporação* (f. 734 do autos de origem).

Assevera o agravante que a decisão da administração apontada como coatora possui cunho discricionário e mostra-se proporcional e razoável, não comportando controle pelo judiciário, já que compete à administração pública definir quais tipos de irregularidade constituem motivos idôneos para a exclusão de um candidato, principalmente quando a função a ser desempenhada é de grande relevância, tal como no caso do soldado militar, na qual a personalidade do agente público é essencial ao desempenho da atividade, já que no desempenho do cargo constantemente será colocado em situação de perigo nas quais deverá ter forte controle emocional e também terá à sua disposição instrumentos que facilitam a prática da violência, como armas de fogo.

Pede seja atribuído ao recurso efeito suspensivo e, ao final, o provimento para que seja reformada a decisão agravada.

Às f. 21-22 o recurso foi recebido no efeito devolutivo; a contraminuta foi ofertada às f. 28-35.

O art. 300, *caput*, do CPC estabelece que *A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.*

Veja-se a lição de Daniel Amorim Assumpção Neves¹ sobre a probabilidade do direito, imprescindível para a concessão de tutela provisória:

*A concessão de tutela provisória é fundada em juízo de probabilidade, ou seja, **não há certeza da existência do direito da parte, mas uma aparência de que esse direito exista.** É consequência natural da cognição sumária realizada pelo juiz na concessão dessa espécie de tutela. Se ainda não teve acesso a todos os elementos de convicção, **sua decisão não será fundada na certeza, mas na mera aparência – ou probabilidade – de o direito existir.***

Para a concessão da tutela provisória antecipada, o juízo deve estar convencido da probabilidade - e não da certeza - do direito da parte, cujos efeitos definitivos pretende obter com a concessão da antecipação.

Sobre prova inequívoca, referido doutrinador² leciona:

*Parece haver duas exigências diversas no requisito legal ora analisado: em primeiro lugar, **deverá existir uma alegação de fato que aparentemente seja verdadeira,** tomando-se por base para essa análise as máximas de experiência, ou seja, aquilo que costuma ocorrer. Em segundo lugar, **se exigirá uma prova que corrobore a alegação que já parece ser verdadeira,** sem que com isso seja exigida do autor uma produção probatória exaustiva que aproxime o máximo possível o juiz da verdade, (...).*

¹ *Manual de direito processual civil*, 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 411.

² *Manual de direito processual civil*, 3. ed. São Paulo: Método, 2011, p. 1167.



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

(...) além da alegação parecer verdadeira, deverá existir uma prova forte suficiente para confirmar, ao menos em cognição sumária a ser realizada pelo juiz, que aquela alegação fática parecer ser realmente verdadeira.

Do conjunto probatório colacionado ao feito infere-se, ao menos em sede de cognição sumária, a verossimilhança do direito material invocado pelo agravado de permanecer nas fileiras da polícia militar do Estado de Mato Grosso do Sul. Explico.

A investigação social - que encontra expressa previsão legal (art. 44 ao art. 47 da lei estadual n. 3.808/2009) e editalícia (item 12 e 16.3 do Edital n. 1/2013 - SAJ/SEJUSP/PMMS) - é ato administrativo, apesar de discricionário por sua natureza, passível de sofrer revisão pelo poder judiciário para controle da legalidade ou afronta aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

A respeito do controle jurisdicional do ato administrativo discricionário, Celso Antonio Bandeira de Melo³ destaca que:

Para se ter como liso o ato não basta que o agente alegue que operou no exercício de discricção, isto é, dentro do campo de alternativas que a lei lhe abriu. O juiz poderá, a instâncias da parte e em face da argumentação por ela desenvolvida, verificar, em exame de razoabilidade, se o comportamento administrativamente adotado, inobstante contido dentro das possibilidades em abstrato abertas pela lei, revelou-se, in concreto, respeitoso das circunstâncias do caso e deferente para com a finalidade da norma aplicada. Em consequência desta avaliação, o Judiciário poderá concluir, em despeito de estar em pauta providência tomada com apoio em regra outorgadora de discricção, que, naquele caso específico submetido a seu crivo, à toda evidência a providência tomada era incabível, dadas as circunstâncias presentes e a finalidade que animava a lei invocada. Ou seja, o mero fato de a lei, em tese, comportar o comportamento profligado em juízo não seria razão bastante para assegurar-lhe legitimidade e imunizá-lo da censura judicial.

Não se suponha que haveria nisto invasão do chamado "mérito" do ato, ou seja, do legítimo juízo que o administrador, nos casos de discricção, deve exercer sobre a conveniência ou oportunidade de certa medida. (g. n.).

Na hipótese, o agravado, por decisão do Comandante-Geral da PMMS proferida no processo administrativo disciplinar foi considerado inapto para o prosseguimento no concurso público da polícia militar, sob o fundamento de ter o candidato omitido fatos relevantes de sua vida pregressa e também por **não possuir ele perfil condizente com a condição de policial militar.**

Isso porque, ao preencher o formulário de investigação social, teria o candidato mencionado apenas o envolvimento em uma ocorrência de direção perigosa registrada em 2007, que resultou na suspensão de sua carteira nacional de habilitação, omitindo, todavia, a existência de outros boletins de ocorrência e processos criminais contra ele instaurados.

Segundo o Comandante-Geral, *"a omissão do processado sobre fatos relevantes de sua pretérita conduz, inevitavelmente, pela sua inaptidão aos*

³ Curso de Direito Administrativo. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 953-954.



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

princípios morais norteadores da vida em caserna. Causa muita perplexidade e preocupação fatos como esse, onde a consciência e a lembrança de acontecimentos, em tese ilícitos fogem da memória, indicando a diminuta preocupação de algumas pessoas com acontecimentos que deveriam marcar, de forma indelével, o seu âmago, principalmente quando ciente de sua condição de inocente. Realmente esse lapso de memória do processado causa muita estranheza, principalmente porque a informação omitida é de suma importância para a finalidade da investigação social do certame da polícia militar, cuja consequência pode ser sancionada com o desligamento do certame." (f. 456)

Essa conclusão, todavia, encontra-se divorciada do parecer confeccionado pelo encarregado do processo administrativo n. 31/302275/2016, 1º Ten. QAOPM Jouzemar Paulo dos Santos (f. 407-415), acolhido pelo Tenente Coronel QOPM Carlos da Silva (f. 423-425), no sentido de que "os únicos procedimentos que geraram efetivamente apuração e processo foram devidamente informados no FIS conforme itens 60 e 63, os demais fatos não foram informados uma vez que o seu registro era de desconhecimento do Processado, prova disso é que em fase processual todas tiveram declaradas extintas a punibilidade pelo decurso do prazo decadencial e, portanto, a omissão não se revestiu de caráter dolosa." (f. 415). (g. n.).

O parecer em testilha considerou minuciosamente cada um dos procedimentos de apuração criminal nos quais o candidato figurava como autor do crime e apurou, ao final, que aqueles não mencionados no formulário de investigação social eram desconhecidos pelo candidato, já que tiveram a punibilidade extinta em razão do decurso do prazo sem que houvesse representação da vítima; todavia, tais fatos foram ignorados pelo Comandante-Geral, que sequer atrelou sua fundamentação a qualquer evento concreto capaz de materializar a alegada omissão do candidato ou mesmo alguma conduta que pudesse efetivamente ser considerada incompatível com o exercício do cargo; ao contrário, utilizou-se o agente público de expressões vagas e argumentação genérica, incapazes de conferir idoneidade aos motivos que ensejaram a exclusão do candidato do concurso público.

Deste modo, em que pese o agente público invocar a ofensa aos artigos 44 e seguintes da lei estadual n. 3.808/2009, ao que parece não logrou êxito em apontar onde reside, de fato, a conduta irregular do candidato que o desabone para o exercício das funções institucionais, tampouco agora o faz na via jurisdicional, limitando-se a defender a impossibilidade de controle do motivo da decisão administrativa pelo Judiciário, dada sua discricionariedade.

Sobre o exame dos motivos do ato administrativo, Celso Antonio Bandeira de Melo⁴ esclarece que:

De fato, é o exame dos motivos – quer quanto à subsistência deles, quer quanto à idoneidade que possuem para determinar a vontade do agente na direção que haja tomado – meio hábil para contenção do administrador na esfera discricionária que lhe assista.

Já de outra feita profligamos a extrema ingenuidade de supor que a mera invocação das palavras legais relativas aos fundamentos que o ato deve ter ou finalidades que deve perseguir seja suficiente para subtrai-lo ao exame judicial quando as expressões normativas se revestem de certa generalidade ou imprecisão.

⁴ Curso de Direito Administrativo. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 968.



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

Acreditar que em casos desta ordem o agente está livre, graças à remissão a estas expressões algo fluidas, corresponderia a atribuir-lhes uma significação "mágica". Tais palavras não têm condão de transformar as coisas, de reconstruir as realidades, de fabricar um universo de fantasia, como sucede nas histórias de fadas e contos infantis. Para o agente público não há "abracadabras", justamente porque o Judiciário pode comparecer sob o apelo dos interessados, a fim de confinar comportamento pretensamente discricionário ao plano da legitimidade e do respeito aos direitos e garantias individuais. (g. n.).

Deste modo, ao menos em cognição sumária afigura-se forte a probabilidade de que ao final do processo o ato administrativo seja fulminado pela ilegitimidade, por desbordar dos limites da liberdade discricionária.

Não se pode olvidar, ademais, que o entendimento do agente público está na contramão do entendimento sedimentado pelo Tribunal superior, no sentido de que "a mera instauração de inquérito policial ou de ação penal contra o cidadão não pode implicar, em fase de investigação social de concurso público, sua eliminação da disputa, sendo necessário para a configuração de antecedentes o trânsito em julgado de eventual condenação." (STJ, AgRg no RMS 46.055/RJ, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/03/2016, DJe 29/03/2016).

Não vislumbro, ademais, o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação invocado pelo agravante, já que o agravado demonstrou, através de certidões negativas, que não possui antecedentes criminais (f. 627-628) e que, ademais, consta boa avaliação de seu histórico funcional (f. 271), tendo, inclusive, recebido diversos elogios pelos serviços prestados à polícia militar (f. 719-726).

Diante deste cenário, revela-se o acerto do juízo *a quo* quando deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela formulado na inicial.

Posto isto, com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

D E C I S Ã O

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso
Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Des. Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 12 de junho de 2018.