



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Nº 11155-PGR-RG

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.911

REQUERENTE : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DA REPÚBLICA - ANPR

INTERESSADA : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

INTERESSADO : CONGRESSO NACIONAL

RELATOR : MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI

Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 17-D da Lei 9.613/1998, incluído pela Lei 12.683/2012. Afastamento do servidor público como decorrência automática do indiciamento por crime de lavagem de dinheiro. Exclusão da apreciação jurisdicional de restrição a direito. Ausência de liame lógico entre o desempenho da função e o delito eventualmente praticado. Ofensa ao princípio da proporcionalidade. Inexistência de rito procedimental para o indiciamento. Violação às garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Parecer pela procedência da ação.

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, dirigida contra o art. 17-D da Lei 9.613/1998, incluído pela Lei 12.683/2012.

2. Eis o teor do dispositivo impugnado:

“Art. 17-D. Em caso de indiciamento de servidor público, este será afastado, sem prejuízo de remuneração e demais direitos previstos em lei, até que o juiz competente autorize, em decisão fundamentada, o seu retorno.”

3. A requerente sustenta que o dispositivo questionado ofende os artigos 5º, LIV, LXV, LVII e XXXV; e 129, I, da Constituição da República.

4. Afirma que o art. 17-D da Lei 9.613/1998 atribui ao indiciamento criminal efeitos que antecipam o juízo acusatório de titularidade exclusiva do Ministério Público (art. 129, I).

5. Além disso, a norma privaria o juiz da competência para determinar medidas cautelares no curso da investigação, uma vez que o afastamento do servidor público de suas funções decorre automaticamente do indiciamento, até decisão fundamentada em contrário.

6. Argumenta, ainda, que o dispositivo modifica o sistema acusatório constitucional por conferir “efeitos restritivos de direitos ao juízo de culpabilidade formulado pela autoridade policial, antes de o *dominus litis* ter formado o seu convencimento acerca do delito” (fl. 8).

7. Sustenta violação ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório. Aduz que, no bojo do inquérito policial, não há ocasião para exercício do contraditório e da ampla defesa, motivo pelo qual não pode haver imposição de medida restritiva de direito pela autoridade

policial. Acrescenta que, como o indiciamento não possui rito fixado em lei, não há oportunidade para oitiva prévia do investigado.

8. Alega que o afastamento do servidor como decorrência do indiciamento acarreta punição antecipada, além de viabilizar perseguições de caráter político ou pessoal, em ofensa ao princípio da presunção da inocência.

9. Finalmente, sustenta violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, porque a norma impugnada não condiciona o afastamento a qualquer relação entre o crime de lavagem de dinheiro que lastreia o indiciamento e o exercício da função pública.

10. Foi adotado o rito do art. 12 da Lei 9.868/1999.

11. O Senado Federal defendeu a constitucionalidade do dispositivo impugnado. Aduz tratar-se de medida cautelar que não afasta a apreciação jurisdicional, mas tão somente a posterga. Admite, subsidiariamente, que seja dada interpretação conforme ao dispositivo no sentido de que se exija a prévia decisão judicial para o afastamento do servidor, conforme prevê o art. 319, VI, do Código de Processo Penal¹.

12. A Presidência da República, em suas informações, manifestou-se pela constitucionalidade do dispositivo. Sustenta que o indiciamento não é ato arbitrário, devendo ser fundamentado na existência de indícios razoáveis de autoria. Cita como exemplos de normas que

¹ Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: (...)

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

autorizam providências cautelares similares a Lei 8.112/1990 (art. 147²), a Lei 8.429/1992 (art. 20, parágrafo único³) e a Lei Complementar nº 35/1979 (art. 29⁴).

13. Assevera que o afastamento do servidor atende ao interesse público na regular instrução do feito, que pode ser dificultada pela possibilidade de uso das prerrogativas do cargo em prejuízo à colheita de provas. Afirma que o afastamento temporário não é abrangido pela cláusula de reserva de jurisdição.

14. A Advocacia-Geral da União manifestou-se pela improcedência da ação.

15. É o relatório.

16. A ação deve ser julgada procedente.

17. O art. 17-D estabelece o afastamento do servidor público como decorrência automática do indiciamento pelos crimes previstos na Lei 9.613/1998. A norma possui nítida matiz acautelatória, atraindo reflexão preliminar sobre a sistemática processual penal cautelar.

18. A Lei 12.403/11 trouxe significativas mudanças ao sistema de cautelares pessoais no processo penal, apresentando alternativas à

2 Art.147. Como medida cautelar e a fim de que o servidor não venha a influir na apuração da irregularidade, a autoridade instauradora do processo disciplinar poderá determinar o seu afastamento do exercício do cargo, pelo prazo de até 60 (sessenta) dias, sem prejuízo da remuneração.

3 Art. 20. Parágrafo único. A autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual.

4 Art. 29 - Quando, pela natureza ou gravidade da infração penal, se torne aconselhável o recebimento de denúncia ou de queixa contra magistrado, o Tribunal, ou seu órgão especial, poderá, em decisão tomada pelo voto de dois terços de seus membros, determinar o afastamento do cargo do magistrado denunciado.

prisão aptas a assegurar a ordem processual. A aplicação dessas medidas depende de decisão judicial fundamentada em uma necessidade acautelatória (art. 282, §2º, CPP⁵). Como regra, haverá a intimação do acusado antes da decretação (art. 282, §3º⁶). A preocupação é a de que a restrição a direitos individuais seja precedida pela aferição judicial da necessidade e da adequação da providência, enquanto desdobramentos concretos do princípio da proporcionalidade.

19. A necessidade e a adequação das medidas traduzem-se em algumas finalidades arroladas pela lei, quais sejam, assegurar a aplicação da lei penal, a investigação ou a instrução, bem como evitar a prática de novas infrações penais (282, CPP). Em síntese apertada, a função da cautelar está voltada à proteção dos interesses da jurisdição criminal.

20. O dispositivo impugnado, contrariando toda a lógica do sistema cautelar pessoal descrito, subtrai do magistrado a apreciação da necessidade da providência, ou de sua adequação, em face da concreta situação pessoal do agente, assim como da gravidade e das circunstâncias do fato. A norma cria espécie de medida cautelar aplicável em abstrato, pois prescinde de análise judicial acerca de sua proporcionalidade *in*

5 Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se:
I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;
II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. (...)
§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

6 Art. 282 (...) - §3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.

concreto. Além disso, não há vínculo expresso a qualquer finalidade acautelatória.

21. A previsão de que o afastamento será posteriormente submetido ao Poder Judiciário não é suficiente para sanar a inconstitucionalidade de norma que exclui da apreciação jurisdicional restrição a direito (art. 5º, XXV, CR). Isso porque toda medida cautelar submete-se à cláusula *rebus sic stantibus*, ou seja, terá sua permanência condicionada às circunstâncias em que tenha sido imposta, podendo o juiz, independentemente de provocação das partes, revogá-la, substituí-la, bem como voltar a decretá-la se sobrevierem razões que a justifiquem (art. 282, §5, CPP⁷). Em outras palavras, a possibilidade de posterior revisão da decretação da medida, característica ínsita à providência cautelar, não afasta a exigência de que seja decretada por autoridade judicial.

22. Acrescente-se que cabe ao Ministério Público, com exclusividade, a formação da *opinio delicti*. Embora a autoridade policial possa indicar tipos penais possivelmente praticados pelo investigado ao indiciá-lo, apenas o *Parquet* pode formular juízo de culpabilidade a partir do qual será deflagrada persecução criminal.⁸

23. Nesse sentido é pertinente a seguinte observação de Rodrigo de Grandis: “a Lei 12.683/2012 estatuiu uma medida cautelar pessoal que poderá ser concretizada sem prévia intervenção do Poder Judiciário (art. 282, § 2.º, do CPP) e que não se reveste de instrumentalidade hipotética e acessoriedade. A razão é simples: o MP não

⁷ Art. 282 (...) - § 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

⁸ Inq-QO, 2.341/MT, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, DJ 17/08/2007.

participa da elaboração do indiciamento e, assim, não raro o afastamento do funcionário público ocorrerá sem que ele guarde qualquer vínculo com o conteúdo da eventual ação penal.”⁹

24. O exercício da função pública não pode ser impedido quando, ausente qualquer necessidade concreta de acautelar a jurisdição criminal, os fatos imputados ao servidor não tenham relação com a função então desenvolvida. Conforme assevera Eugênio Pacelli, “toda medida acautelatória penal deve ostentar caráter instrumental, isto é, deve estar conectada com a proteção urgente de determinado bem jurídico ou com a efetividade do processo penal em curso.”¹⁰

25. Registre-se que o indiciamento é ato não regulado pela legislação processual penal, de maneira que a ausência de motivação não acarreta sua nulidade¹¹. Além disso, não há rito obrigatório que oportunize a prévia oitiva do investigado, como acontece com a aplicação das medidas cautelares em geral. Conforme sustenta a requerente, a ausência de formalidades procedimentais acaba por possibilitar o uso do instituto para fins de perseguição política e pessoal. Nesse particular, vislumbra-se ofensa às garantias do devido processo legal (art. 5º, LIV, CR), do

9 GRANDIS, Rodrigo de. *Considerações sobre o dever do advogado de comunicar atividade suspeita de “lavagem” de dinheiro*. Boletim IBCCRIM, Ano 20, Nº 237, Agosto, 2012, p. 9.

10 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 15ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 791/792.

11 É a jurisprudência desta Corte: “EMENTA: *HABEAS CORPUS*. PRETENSÃO DE TRANCAR INQUÉRITO INSTAURADO PARA APURAR A PRÁTICA DE EXTORSÃO, FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PARTICULAR, USO DE DOCUMENTO FALSO E DENUNCIÇÃO CALUNIOSA. ALEGADA ILEGALIDADE CONSISTENTE NA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO INDICIAMENTO FORMAL DO PACIENTE. Hipótese em que não se está diante de manifesta atipicidade da conduta investigada ou de sua errônea classificação, circunstâncias que, se presentes, justificariam a interrupção precoce do procedimento inquisitorial. Conquanto razoável a pretensão do paciente ao sustentar a necessidade de fundamentação de seu indiciamento formal, o silêncio da legislação vigente sobre o tema não permite caracterizar como ilegal o despacho da autoridade policial que se limita a determinar essa providência. Habeas corpus indeferido.” (HC 81648, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ 23/08/2002)

contraditório, da ampla defesa (art. 5º, LV, CR) e da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CR).¹²

26. Ainda que se entenda que o indiciamento é ato que deva ser fundamentado, a inconstitucionalidade subsistirá. Isso porque a fundamentação exigida está relacionada à existência de indícios de autoria da prática delitiva, o que não autoriza, por si só, o afastamento do servidor.

27. Com efeito, pode-se cogitar de algumas motivações para adoção da cautelar de afastamento prevista no art. 17-D, como impedir a obstrução da investigação e da instrução, a destruição de elementos de prova ou, ainda, evitar a prática de novas infrações penais. Essas análises, notadamente, devem ser realizadas pela autoridade judicial. O ato de indiciamento não perpassa tais circunstâncias que recomendariam o afastamento, pois apenas resulta de concreta convergência de sinais que atribuam a provável autoria do crime a determinado suspeito¹³.

28. Ademais, o ordenamento processual penal já dispõe de instrumentos que acautelam os fins pretensamente assegurados pela norma impugnada. A suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira, enquanto regra geral, consta do art. 319, IV, do Código de Processo Penal¹⁴. A norma condiciona o afastamento do

12 SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Criminologia e Juizado Especial Criminal*. São Paulo: Atlas, 1997, pp. 31-38.

13 Nesse sentido é o conceito de indiciamento formulado por Fernando Capez: “É a declaração do, até então, mero suspeito como sendo o provável autor do fato infringente da norma penal. Deve (ou deveria) resultar da concreta convergência de sinais que atribuam a provável autoria do crime a determinado ou a determinados suspeitos. Com o indiciamento, todas as investigações passam a se concentrar sobre a pessoa do indiciado.” (CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 134)

14 Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: (...)
VI- suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

serviço público ao justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais, em atenção à apontada necessidade de liame lógico entre o desempenho da função e o delito eventualmente praticado.

29. Por fim, ressalte-se que, diferentemente do quanto alegado pela Presidência da República, o art. 17-D da Lei 9.613/1998 não guarda semelhança com as previsões de afastamento cautelar contidas na Lei nº 8.112/1990 (art. 147); na Lei nº 8.429/1992 (art. 20, parágrafo único) e na LC nº 35/1979 (art. 29).

30. Nos termos do artigo 147¹⁵ da Lei nº 8.112/90, o afastamento preventivo do acusado é ato de competência da autoridade instauradora do processo disciplinar, formalizado por meio de portaria, apenas para situações em que se vislumbra que o servidor, nessa qualidade, possa trazer prejuízo à apuração, seja destruindo provas, seja coagindo demais intervenientes na instrução probatória. O instituto deve ser visto como medida cautelar de emprego excepcional, por prazo determinado de 60 dias, prorrogáveis por igual período, quando outros meios legais não sejam suficientes¹⁶.

31. O art. 29 da Lei Complementar nº 35/1979 prevê o afastamento de magistrado já denunciado, e não meramente indiciado, mediante a decisão de 2/3 dos membros do Tribunal ou do seu órgão especial.

15 Art.147. Como medida cautelar e a fim de que o servidor não venha a influir na apuração da irregularidade, a autoridade instauradora do processo disciplinar poderá determinar o seu afastamento do exercício do cargo, pelo prazo de até 60 (sessenta) dias, sem prejuízo da remuneração.

16 Nesse sentido o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça: MS 8.998, Rel. Min. Gilson Dipp, Terceira Seção, DJ 09/12/2003.

32. Por sua vez, o art. 20, parágrafo único, da Lei nº 8.429/92 permite o afastamento do agente público envolvido em atos de improbidade administrativa diante de provas concretas de que a sua permanência põe em risco a instrução processual¹⁷. A medida excepcional deve ser imposta por decisão fundamentada da autoridade judicial ou da autoridade administrativa competente, isto é, aquela com poder hierárquico sobre o agente ímprobo.

33. Percebe-se que, em todos os casos, o afastamento do servidor possui caráter excepcional e deve ser lastreado por fundamentação específica que veicule a necessidade da medida no caso concreto. As normas diferem do art. 17-D justamente nos pontos em que o dispositivo se revela inconstitucional, pois, nesse caso, o afastamento é a regra, que prescinde de qualquer relação entre o desempenho da atribuição funcional e o acautelamento dos interesses da jurisdição criminal.

Ante o exposto, o parecer é pela procedência da ação.

Brasília, 24 de julho de 2013.

ROBERTO MONTEIRO GURGEL SANTOS
PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

MCF

¹⁷ Nesse sentido é o precedente do STJ: “PEDIDO DE SUSPENSÃO DE MEDIDA LIMINAR. AFASTAMENTO DO CARGO. LESÃO À ORDEM PÚBLICA. A norma do art. 20, parágrafo único, da Lei nº 8.429, de 1992, que prevê o afastamento cautelar do agente público durante a apuração dos atos de improbidade administrativa, só pode ser aplicada em situação excepcional. Hipótese em que a medida foi fundamentada em elementos concretos a evidenciar que a permanência no cargo representa risco efetivo à instrução processual. Pedido de suspensão deferido em parte para limitar o afastamento do cargo ao prazo de 180 dias. Agravo regimental não provido.” (AgRg na SLS 1.498, Rel. Min. Ari Pargendler, Dje de 26/03/2012).