

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A Associação Nacional dos Procuradores da República ajuizou ação direta buscando ver declarada a incompatibilidade, com a Constituição Federal, do artigo 17-D da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, acrescentado pela de nº 12.683/2012. Eis o teor:

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.

O exame da controvérsia possui relevância jurídica, cumprindo definir a legalidade constitucional do afastamento de servidor público em virtude de indiciamento por crime previsto na Lei nº 9.613/1998.

O que nos vem da Carta da República? Preceitos a revelarem o princípio da não culpabilidade e a garantia, a litigante em sede judicial ou administrativa, do devido processo legal, considerados o contraditório, a ampla defesa, sendo reprodução de cláusula pétrea, cujo núcleo essencial nem mesmo o poder constituinte derivado está autorizado a restringir:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

[...]

LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

A determinação de afastamento de servidor público é medida excepcional, de natureza cautelar, a sinalizar limitação a direito individual. Deve ser precedida de pronunciamento judicial quanto à necessidade e adequação da providência, observada a proporcionalidade.

Faz-se em jogo o primado do Judiciário, a necessidade de respeito irrestrito às decisões por si formalizadas. No Estado Democrático de Direito, cabe-lhe, presente compromisso com normas perenes, como o são as emanadas da Constituição Federal, ter a última palavra sobre a ordem jurídica.

O dispositivo impugnado, ao conferir efeito constitutivo a ato de autoridade policial, descharacteriza o sistema constitucional de persecução penal, tendo em conta atribuição privativa do Ministério Público para promover ação penal pública – artigo 129, inciso I.

Mais: transfere a delegado de polícia atuação tipicamente jurisdicional, ensejando punição antecipada, uma vez ausente exame das circunstâncias a justificarem a adoção da cautelar.

Submissão posterior, da medida de afastamento, ao Judiciário, não é suficiente para sanar o vício. Conforme leciona 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” (*Curso de processo penal* . 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 791/792).

A norma questionada acaba criando, por via transversa, espécie de providência acauteladora aplicável em abstrato, ausente relação entre o exercício da atividade funcional e a demonstração de prudência considerados os interesses da jurisdição criminal.

O inquérito conduzido pela polícia judiciária visa subsidiar a atuação persecutória do Ministério Público. O indiciamento, na dicção do artigo 2º, § 6º, da Lei nº 12.830/2013, é ato discricionário reservado ao delegado de polícia, inexistindo rito obrigatório que viabilize prévia inquirição do investigado. Nessa esteira, mostra-se pertinente a lição do professor Fernando da Costa Tourinho Filho:

O contraditório implica uma série de poderes que não se encontram, nem podem ser encontrados, no inquérito policial: formular perguntas às testemunhas, arguir a suspeição da Autoridade Policial, ter o direito de requerer diligências que lhe interessem, não podendo sua realização ser mera faculdade da Autoridade Policial, recorrer dos atos da Autoridade Policial. Ademais, na técnica do processo penal, o contraditório consiste, em última análise, em se poder contrariar a acusação. Se no inquérito não há acusação, mas

investigação, não se pode admitir contraditório naquela fase preambula da ação penal.

(TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual do processo penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, p. 65.)

A ressaltar essa óptica, nos termos do artigo 282 do Código de Processo Penal, a determinação, revogação ou substituição de medida cautelar, voltada à proteção dos interesses da jurisdição criminal, decorre de decisão judicial fundamentada, observada intimação da parte contrária, visando manifestação:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

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 a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

§ 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, para se manifestar no prazo de 5 (cinco) dias, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo, e os casos de urgência ou de perigo deverão ser justificados e fundamentados em decisão que contenha elementos do caso concreto que justifiquem essa medida excepcional.

[...]

§ 5º O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, 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.

Urge restabelecer a segurança jurídica, proclamar comezinha regra, segundo a qual, em Direito, o meio justifica o fim, mas não o inverso. Dias

melhores pressupõem observância irrestrita da ordem jurídico-normativa, especialmente a constitucional. É esse o preço que se paga ao viver-se em Estado Democrático de Direito.

Divirjo do Relator, para julgar parcialmente procedente o pedido, conferindo interpretação conforme à Constituição ao artigo 17-D da Lei nº 9.613/1998, no sentido de ter-se o afastamento de servidor público, ante indiciamento por delegado de polícia, mediante crivo jurisdicional.

Plenário Virtual - minuta de voto - 16/11/2016