

V O T O

O Senhor Ministro Edson Fachin (Relator): Preliminarmente, assento a plena cognoscibilidade da presente ação direta.

Constato que a requerente já teve reconhecida sua legitimidade ativa *ad causam* para a propositura de ações constitucionais de controle abstrato pelo Plenário desta Corte (ADI 3128, Redator do Acórdão. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJ 18.08.2004).

Sendo a ANPR a entidade congregadora dos Procuradores da República de todo o Brasil, presente também de forma inequívoca a pertinência temática exigida para incoar controle de constitucionalidade na hipótese de legislação que trate de crimes de 'lavagem' ou ocultação de bens, direitos e valores, assim como para a definição das competências.

No mérito, não procede a alegação de que, ao prever o afastamento do servidor público indiciado por crime de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, o art. 17-D da lei 9.613/1998 teria alterado a estrutura da persecução penal prevista ao usurpar competências do Ministério Público e do Poder Judiciário.

De início, destaco que na perspectiva do devido processo penal constitucional, investigar, acusar, defender e julgar são mesmo afazeres de funções distintas. É o sistema acusatório próprio do Estado de Direito democrático que a Constituição da República Federativa do Brasil acolhe, especialmente à luz do que dispõe o artigo 129, inciso I, bem como o artigo 144. Dentro do sistema constitucional de justiça, a regra é direta: nele, a autoridade policial investiga, o Ministério Público é a parte que acusa e o juiz julga, na ambiência em que interagem, como funções essenciais, a advocacia e as defensorias.

Não tem, no entanto, o MP a exclusividade na investigação preliminar. Em regra, é mesmo a polícia judiciária quem conduz a investigação, nos termos do art. 144 da Constituição e do art. 4º do Código de Processo Penal. Comentando esse dispositivo, a doutrina afirma:

"Assim, no Brasil, temos uma duplidade de instrução, sendo a primeira fase nitidamente inquisitória, com a investigação, cuja forma mais comum é o inquérito policial, e a segunda fase da ação penal, quando teremos o processo propriamente dito.

O sistema processual pátrio, mormente após a Constituição Federal de 1988, é nitidamente acusatório, com a acusação, em regra, a cargo do Ministério Público, prevalecendo o princípio do contraditório.

Entretanto, o processo é precedido pelas fases de investigação, com característica inquisitorial, com caráter sigiloso, onde não prevalece o contraditório, possibilitando, assim, a elucidação do fato típico.

(...)

o fato por si só de haver um procedimento preliminar inquisitivo não desnatura o sistema acusatório da fase processual, pois este sim é que deve ser puro. (...)

Entretanto, a investigação criminal não tem as formalidades processuais, podendo, sim, ter caráter de procedimento, no caso de inquérito policial ou outro procedimento investigatório previsto em lei.

(LIMA, Marcellus Polastri, Curso de processo penal, 7^aed. Lumen Juris, 2013, p. 68)

A titularidade da ação penal não elide, assim, a promoção de diligências investigativas, pelo contrário, como referido acima, a ordem constitucional as atribui a órgão diverso, como regra.

Nesse sentido, a atribuição pelo legislador de específico poder cautelar à autoridade policial coaduna-se com as funções que lhe foram atribuídas pelo texto constitucional, na linha da jurisprudência desta Corte que reconhece a necessidade de instrumentos para o exercício de um dever constitucional a órgãos que não exercem natureza estritamente jurisdicional.

Nesse sentido, o Plenário desta Corte já afirmou a possibilidade de que o TCU determine a aplicação de medidas cautelares, como verdadeira competência constitucional para cumprimento de suas atribuições, da forma como previstas no artigo 71 da Constituição, como se depreende dos precedentes a seguir citados:

**"PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. IMPUGNAÇÃO.
COMPETÊNCIA DO TCU. CAUTELARES. CONTRADITÓRIO.
AUSÊNCIA DE INSTRUÇÃO. 1- Os participantes de licitação têm**

Plenário - Tribunal de Contas da União

direito à fiel observância do procedimento estabelecido na lei e podem impugná-lo administrativa ou judicialmente. Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada. 2- Inexistência de direito líquido e certo. **O Tribunal de Contas da União tem competência para fiscalizar procedimentos de licitação, determinar suspensão cautelar (artigos 4º e 113, § 1º e 2º da Lei nº 8.666/93), examinar editais de licitação publicados e, nos termos do art. 276 do seu Regimento Interno, possui legitimidade para a expedição de medidas cautelares para prevenir lesão ao erário e garantir a efetividade de suas decisões). 3- A decisão encontra-se fundamentada nos documentos acostados aos autos da Representação e na legislação aplicável. 4- Violação ao contraditório e falta de instrução não caracterizadas. Denegada a ordem."**

(MS 24510, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 19/11/2003, DJ 19-03-2004 PP-00018 EMENT VOL-02144-02 PP-00491 RTJ VOL-00191-03 PP-00956)

Mandado de Segurança. 2. **Tribunal de Contas da União.** Tomada de contas especial. 3. Dano ao patrimônio da Petrobras. **Medida cautelar de indisponibilidade de bens dos responsáveis.** 4. Poder geral de cautela reconhecido ao TCU como decorrência de suas atribuições constitucionais. 5. Observância dos requisitos legais para decretação da indisponibilidade de bens. 6. **Medida que se impõe pela excepcional gravidade dos fatos apurados.** Segurança denegada." (MS 33092, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 24/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO Dje-160 DIVULG 14-08-2015 PUBLIC 17-08-2015, g.n)

Em decisão monocrática prolatada nos autos de Mandado de Segurança nº 26.547, o e. Ministro Celso de Mello assim se manifestou:

" TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. PODER GERAL DE CAUTELA. LEGITIMIDADE. DOCTRINA DOS PODERES IMPLÍCITOS. PRECEDENTE (STF). CONSEQUENTE POSSIBILIDADE DE O TRIBUNAL DE CONTAS EXPEDIR PROVIMENTOS CAUTELARES, MESMO SEM AUDIÊNCIA DA PARTE CONTRÁRIA, DESDE QUE MEDIANTE DECISÃO FUNDAMENTADA . DELIBERAÇÃO DO TCU, QUE, AO DEFERIR A MEDIDA CAUTELAR, JUSTIFICOU, EXTENSAMENTE, A OUTORGA DESSE PROVIMENTO DE URGÊNCIA. PREOCUPAÇÃO DA CORTE DE CONTAS EM ATENDER, COM TAL CONDUTA, A EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL PERTINENTE À NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES ESTATAIS. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO EM CUJO ÂMBITO TERIAM SIDO OBSERVADAS AS GARANTIAS INERENTES À CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DO "DUE PROCESS OF LAW". DELIBERAÇÃO

FINAL DO TCU QUE SE LIMITOU A DETERMINAR, AO DIRETOR-PRESIDENTE DA CODEBA (SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA), A INVALIDAÇÃO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO E DO CONTRATO CELEBRADO COM A EMPRESA A QUEM SE ADJUDICOU O OBJETO DA LICITAÇÃO. INTELIGÊNCIA DA NORMA INSCRITA NO ART. 71, INCISO IX, DA CONSTITUIÇÃO. APARENTE OBSERVÂNCIA, PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, NO CASO EM EXAME, DO PRECEDENTE QUE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FIRMOU A RESPEITO DO SENTIDO E DO ALCANCE DESSE PRECEITO CONSTITUCIONAL (MS 23.550/DF, REL. P/ ACÓRDÃO O MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE). INVIABILIDADE DA CONCESSÃO, NO CASO, DA MEDIDA LIMINAR PRETENDIDA, EIS QUE NÃO ATENDIDOS, CUMULATIVAMENTE, OS PRESSUPOSTOS LEGITIMADORES DE SEU DEFERIMENTO. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA.”

(MS 26547 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 23/05/2007, publicado em DJ 29/05/2007 PP-00033).

Assim, essa competência excepcional conferida ao TCU de determinar cautelarmente a indisponibilidade de bens vem prevista em lei e nada mais significa do que um poder de cautela conferido à Corte de Contas para o exercício de seu mister.

A doutrina destaca também a possibilidade prevista pela Lei Maria da Penha de concessão de medidas de urgência pelo delegado, garantindo à autoridade policial meios de proteção efetiva e imediata à vítima de violência doméstica, anterior à análise jurisdicional. No magistério de Ruchester Marreiros Barbosa:

“Não olvidamos que o ponto de partida de um marco teórico garantista a ensejar a decisão do delegado na concessão de medidas de urgência no âmbito da violência doméstica é de que ‘os direitos fundamentais, enquanto direitos individuais em face do legislador são posições que, por definição, fundamentam deveres do legislador e restringem suas competências’, consequentemente, limites ao poder de punir, mas que se coadunam com a efetivação da proteção aos direitos fundamentais à mulher pelo Delegado de Polícia, ainda que para essa decisão seja necessário restringir direitos do agressor. Trata-se do equilíbrio almejado por Alexy na visão realista da democracia.

Neste jaez, não há dúvidas sobre a constitucionalidade da decisão do delegado como anteparo jurídico, constitucional e democrático, pois haverá sempre a possibilidade de controle pelo Judiciário perante a certeza da existência concreta de um direito fundamental, por uma decisão fundamentada e adequada ao caso concreto, tanto quanto à

proteção concreta da vida ou incolumidade física da vítima em iminente perigo e a garantia individual do investigado de se socorrer de controle jurisdicional, acesso aos autos, assistência jurídica por advogado etc.

(...)

Quanto à possibilidade da cautelaridade como medida a ser decidida na esfera do Poder Executivo, além da possibilidade doutrinária, não faltam exemplos no ordenamento jurídico nacional, como na Lei 8.112/90, artigo 147; Lei 8.906/94 (EOAB): artigo 70, parágrafo 3º; Lei 9.472/97, artigo 175, parágrafo único; Lei 9.784/99, artigo 45; Lei 12.529/11, artigo 84; Lei 12.846/13, artigo 10, parágrafo 2º; e Lei 9.613/98, artigo 17-D, que respaldam um sistema de cautelaridade ou autoexecutoriedade no âmbito administrativo.”

(BARBOSA, Ruchester Marreiros. Medidas Protetivas de Urgência e Poder Geral de Cautela do Delegado. In: HOFFMANN, Henrique ... [et al.] (orgs.). Polícia Judiciária no Estado de Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 88-89)

Em mais uma deferência ao reconhecimento da necessidade desses instrumentos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE 593.727-RG, reconheceu o poder de investigação do Ministério Público, em acórdão do qual destaco o seguinte trecho :

“ (...)

4. Questão constitucional com repercussão geral. Poderes de investigação do Ministério Público. Os artigos 5º, incisos LIV e LV, 129, incisos III e VIII, e 144, inciso IV, § 4º, da Constituição Federal, não tornam a investigação criminal exclusividade da polícia, nem afastam os poderes de investigação do Ministério Público. Fixada, em repercussão geral, tese assim sumulada: “O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/94, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição”. Maioria.

(...) (RE 593727, Relator(a): CEZAR PELUSO, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/2015)

Pois bem, na linha do entendimento jurisprudencial e doutrinário acima, entendo que a previsão legal (que obedece, portanto, o princípio da legalidade no âmbito da definição das competências administrativas, segundo o art. 37, *caput*, da CRFB) de possibilidade de afastamento de servidor público indiciado pelos crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, nos termos previstos pelo art. 17-D, da Lei 9.613/98, a fim de assegurar a investigação desses crimes, configura-se exercício legítimo do poder de cautela, o qual não está sob o domínio da cláusula de reserva de jurisdição.

De outro lado, afasto a argumentação de que a medida autorizada pelo dispositivo implicaria um juízo de culpa antecipado sobre o indiciado, em contrariedade ao artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República.

No Estado democrático de Direito, o controle jurisdicional dos atos é inafastável, ainda que nem sempre imediato. À luz do acima exposto, a cláusula de reserva de jurisdição nem sempre é absoluta. O dispositivo ora questionado não está a afastar o princípio constitucional insculpido no art. 5º, XXXV, o que, de fato, teria o condão de transmudar a natureza acautelatória do afastamento para uma antecipação da pena, mas apenas prevê hipótese de jurisdicionalidade diferida.

Conforme previsão literal do texto da lei, o servidor indiciado será afastado até que o juiz competente autorize, em decisão fundamentada, o seu retorno. Assim, conforme observou a Advocacia-Geral da União em seu parecer (eDOC 20, p.11):

“Ocorre que não existe no Texto Constitucional qualquer dispositivo que exija a manifestação prévia do Poder Judiciário como condição indispensável para o afastamento de servidor público. Por outro lado, a norma atacada em nada obsta o acesso aos órgãos jurisdicionais: pelo contrário, o próprio dispositivo em questão estabelece expressamente que compete ao magistrado autorizar o retomo do servidor cautelarmente suspenso, mediante decisão fundamentada.”

A alegada violação ao sistema acusatório não se sustenta, o exercício do controle jurisdicional sob o ato de afastamento do servidor, ainda que no momento subsequente, garante simultaneamente os direitos fundamentais do indiciado, bem como o respeito às competências constitucionais do Poder Judiciário e do Ministério Público, o qual de forma nenhuma antecipa ou vincula o juízo de cognição que lhe é constitucionalmente atribuído.

Tampouco procede a alegação da autora de que o inquérito policial, por se caracterizar como procedimento administrativo unilateral, não poderia ensejar a imposição de medida restritiva de direito, ainda que de cunho provisório.

Com efeito, a Lei 12.830, é expressa ao prever em seu art. 2º, § 6º, que o indiciamento é ato privativo de Delegado de Polícia e necessariamente fundamentado, não se confundindo com ato arbitrário ou mesmo discricionário da autoridade policial. Àquele que reúne contra si indícios de autoria e materialidade após a realização de diligências pela polícia investigativa deve ser indiciado. Comentando o inquérito policial, a doutrina afirma:

"A Lei 12.830/2013 dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo Delegado de Polícia e trouxe importante inovação no tocante ao indiciamento, ato próprio da primeira fase da persecução penal. Estabelece no art. 2º, § 6º, que 'o indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias'.

Da leitura do dispositivo, verifica-se que dois são os pontos de destaque: (i) a necessidade de motivação do indiciamento e (ii) que essa decisão seja proferida exclusivamente pela autoridade policial.

O que a investigação criminal revela pela sua própria dinâmica é que nem todo envolvido em inquérito policial deve ser indiciado. O indiciamento, a juízo da autoridade policial que conduz o inquérito policial, deve ocorrer tão logo se reúnam os indícios, ou outros elementos de convicção, que incriminem o suspeito como provável praticante de ato ilícito e típico. Não pode, portanto, ser ato arbitrário ou discricionário, mas sim legal. Indispensável e necessário, portanto, desde quando reunida prova que aponte o suspeito como provável autor do delito, o indiciamento deve ser visto como um marco, a partir do qual uma série de deveres e direitos – notadamente o direito de defesa– pode e deve ser exercida.

*Pelo impacto que tem, é fundamental que o indiciamento decorra de ato devidamente motivado, a fim de permitir o controle do raciocínio empregado pela autoridade policial condutora da investigação, para se verificar se a decisão constitui, de fato, como agora determina o art. 2º, § 6º, da Lei 12.830/2013, "análise técnico-jurídica do fato", com indicação de "autoria, materialidade e suas circunstâncias" (TORON, Alberto Zacharias Toron; BADARÓ, Gustavo Henrique in *Código de Processo Penal comentado*. 2ª ed., RT, 2019.).*

Destaco que a Lei 8.112/90 há tempos contém dispositivo prevendo o afastamento administrativo de servidor público do exercício do cargo pela própria autoridade instauradora de processo disciplinar, a fim de evitar que ele exerça influência na apuração da irregularidade. Eis o teor:

"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.

Parágrafo único. O afastamento poderá ser prorrogado por igual prazo, findo o qual cessarão os seus efeitos, ainda que não concluído o processo."

Cumpre assentar que o afastamento das funções públicas, previsto nos referidos diplomas para a preservação da investigação, não acarreta qualquer consequência permanente no vínculo do servidor com a Administração Pública, que tem sua remuneração e demais direitos legais incólumes.

Portanto, rejeito os argumentos lançados pela requerente, pois comprehendo restar justificada e amparada pelo texto constitucional, a competência da autoridade policial para decretar medida cautelar de afastamento de servidor público, em caso de indiciamento por crime de 'lavagem' ou ocultação de bens, direitos e valores, nos termos do art. 17-D, da Lei nº 9.613/1998.

Por essas razões, não havendo constitucionalidade na norma impugnada, julgo improcedente a presente ação direta.

É como voto.