

Direito de Defesa: O afastamento do servidor na Lei de Lavagem de Dinheiro

Spacca

Volto a tratar da nova redação da Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei 9613/98), agora para destacar a preocupação com o teor do artigo 17-D, aprovado pelo Congresso e sancionado pelo Poder Executivo. Dispõe o artigo: “*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.*”

Em outras palavras: se a autoridade policial *indiciar* um servidor público por *lavagem de dinheiro*, a consequência imediata, automática, será seu afastamento do cargo.

O *indiciamento* é o ato da autoridade policial que, após reunir um feixe de informações sobre os fatos, transforma, indica uma *provável autoria* do delito. O *indiciado* ainda não é réu, porque contra ele não existem elementos suficientes para a formulação ou o recebimento da denúncia. No entanto, é mais que um mero *suspeito*, porque há indícios que o colocam no foco das investigações. De qualquer forma, e é bom que se frise, trata-se de um *juízo provisório* da autoridade policial.

Pois bem. A nova legislação agora atribui ao ato de indiciamento o efeito de afastar automaticamente o servidor do cargo que ocupa. Ainda que resguarde a sua remuneração, a medida é grave, pois suprime o cotidiano do afetado, e impede que ele exerça qualquer função, pois enquanto servidor — com raras exceções — não poderá se dedicar a atividades privadas. É a imposição do ostracismo.

Não se nega a necessidade do afastamento cautelar do servidor público em determinadas situações. Casos há em que ele continua a usar e a movimentar a máquina pública para fins ilícitos, muitas vezes abusando de seu poder para turbar investigações ou dificultar a produção probatória. Nessas hipóteses, justificável o afastamento, em prol da ordem processual e da lisura administrativa.

Mas tal necessidade não atesta a correção do artigo 17-D. Por dois motivos: (i) o delegado não tem poder de determinar medidas cautelares penais fora das hipóteses constitucionais; (ii) a aplicação automática da cautelar fere a *presunção de inocência*.

Em primeiro lugar: cabe ao juiz decretar a cautelar de afastamento do cargo. Trata-se de medida constritiva, grave, com reflexos importantes na vida do cidadão. Por isso — como todo o respeito que tenho pela autoridade policial e por sua função — parece que incide sobre a medida a reserva jurisdicional, limitando a legitimidade para sua determinação a um magistrado. E, para esse fim, esse magistrado já dispunha de autorização legal. A Lei 12.403/11 alterou o artigo 319 do Código de Processo Penal e estabeleceu, dentre as medidas cautelares pessoais diversas da prisão, o afastamento do servidor público do cargo:

[“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;*

Nesse caso, quem determina a medida é um juiz, imbuído de autoridade constitucional de decisão, com poder de supressão de direitos diante de hipóteses legais. E, para tal, é necessário o “*justo receio*” da utilização do cargo público para a prática de infrações penais. A regra, portanto, é a manutenção do *status*, e a exceção a supressão do direito — como deve ser em um Estado de Direito. Exige-se *motivação, fundamentação*, para a retirada do cidadão de suas funções.

Ao contrário, o artigo 17-D prevê a suspensão automática do exercício do cargo. Não se exige a constatação de que o servidor *usa o cargo* para crimes ou para turbar a investigação. Basta o *indiciamento*, basta que o delegado observe *indícios de autoria*, para a imposição *administrativa* de uma grave medida de restrição de direitos.

Aqui entra a violação a *presunção de inocência*. A supressão de direitos fundamentais sem qualquer juízo de culpa, de forma automática, diante de circunstâncias objetivas, parece confrontar a presunção de inocência (CF, art.LVII). Ou bem o indiciado pratica atos que afetam a ordem pública ou processual e o juiz decreta a cautelar de afastamento com base nisso, ou a medida será uma *antecipação de pena*, fundada no mero indiciamento. E se nem mesmo a *condenação* do réu justifica a *execução antecipada* da pena, o que dizer desse ato provisório de *indiciamento* da autoridade policial?

Vale lembrar que a discussão não é nova. A presunção de inocência foi o princípio usado para combater a Lei Complementar 5/70 — criada em pleno regime militar — que previa a inelegibilidade daquele que tivesse contra si instaurada uma ação penal por determinados crimes. Diante do dispositivo, manifestou-se o ministro Xavier de Toledo, à época, no Tribunal Superior Eleitoral:

“*Por que admitir que o simples fato de pendência de um processo, com denuncia oferecida e recebia, pese indelevelmente sobre a moralidade de alguém, a ponto de lhe acarretar o ônus brutal da inelegibilidade? Não posso admitir. E não posso admitir porque estou lidando com princípios eternos, universais, imanentes, que não precisam estar inscritos em Constituição nenhuma.*” (Recurso Ordinário 4.189/RJ^[1])

Ainda que tal entendimento tenha sido revisto posteriormente, a manifestação é relevante por revelar o quão incômoda era, já no início dos anos 70, a supressão automática de direitos diante do cumprimento de *etapas processuais anteriores ao trânsito em julgado* (indiciamento, denuncia ou condenação). E frise-se que se tratava de *recebimento da denuncia*, em que o suspeito já ostenta a qualidade de *réu*. Que diria Xavier de Toledo e seus colegas de toga diante de uma regra que impõe o afastamento do cargo — medida de gravidade similar — pelo simples *indiciamento*?

Poderíamos aqui citar precedentes vários da Suprema Corte que afastam a imposição automática de cautelares ou a vedação incontinenti de seu afastamento, com base na presunção de inocência. Ou mesmo tecer considerações a respeito dos importantes fundamentos do voto do Ministro Eros Grau no Habeas Corpus 84.078, que sepultou a chamada *execução provisória* da pena.

Mas, para não me alongar, deixo apenas a consignação, mais do que esclarecedora, do e. ministro Celso de Mello, na ADPF 144/DF:

“*O que se mostra importante assinalar, neste ponto, Senhor Presidente, é que não obstante golpes desferidos por mentes autoritárias ou por regimes autocráticos, que preconizam o primado da ideia de que todos são culpados até que se prove o contrário, a presunção de inocência, legitimada pela ideia*



democrática, tem prevalecido, ao longo de seu virtuoso itinerário histórico, no cotexto das sociedades civilizadas, como valor fundamental e exigência básica de respeito à dignidade da pessoa humana.”

Por isso, penso ser questão de tempo o tombamento do artigo 17-D da Lei de Lavagem de Dinheiro, diante de sua incompatibilidade com os princípios constitucionais mencionados.

[1] Mencionado no voto do Min. Celso de Mello na ADPF 144 (fls.412). O voto do Min. Xavier de Toledo foi vencido na ocasião, mas depois prevaleceu no TSE, a partir do julgamento do Respe 4.221/RS.

Date Created

14/08/2012