

Perda da função e afastamento cautelar



O afastamento temporário previsto no artigo

20, parágrafo único, da Lei 8.429/1992, não é grande novidade, espelhando o teor do artigo 147 da Lei 8.112/1990. Sua finalidade é assecuratória e busca preservar a instrução processual quando houver comprovado risco de comprometimento da instrução por iniciativa do agente; não pode, por isso, fazer as vezes de satisfativa, antecipando os efeitos de uma condenação ainda não aperfeiçoada e para a qual, conforme reza o *caput*, se exige coisa julgada.

Daí que a medida, naturalmente, é excepcional e deve ser adotada com parcimônia, o que nos inspira ressalvas quanto à proposta contida no Projeto de Lei 10.887/2018, que busca ampliar a possibilidade, para além do artigo 147 da Lei n. 8.112/1990, também para “evitar a iminente prática de novos ilícitos”.

É que a distribuição da carga da prova, a aferição de pressupostos para recebimento da inicial, a abertura dos tipos e os parâmetros hoje existentes para exame do elemento subjetivo são, na improbidade, bem menos exigentes para com autor e juízo. Mais: a proposta contida no projeto acaba, ademais, por fomentar uma confusão entre mérito e cautelar — afinal, só há falar em “novos” ilícitos se há um juízo de delibação sobre o potencial ilícito ensejador da ação —, capaz, sim, de militar em favor de afastamentos, sob o signo de peditivos, precoces, infundados e desarrazoados. Seja como for, vingando porventura a alteração, o zelo no exame sobre o risco de reiteração deve ser absolutamente rígido e criterioso: se se cuida de providência precária, fundada em cognição sumária e de consequências irreversíveis, a balança há de pesar, pálida que seja a dúvida, em favor da manutenção na função.

Seguimos: conquanto — diferentemente da Lei 8.112/1990 — inexistir prazo legal definido para afastamento, a fixação pelo juízo há de ser proporcional e razoável à vista do caso concreto e de suas peculiaridades, tendo o Superior Tribunal de Justiça erigido como espécie de parâmetro o teto (ainda que flexível)[\[1\]](#) de cento e oitenta dias, cuja positivação é proposta, sem relativizações, pelo Projeto de Lei 10.887/2018, mais especificamente no parágrafo 2º que sugere seja acrescido ao artigo 20.

O tema do afastamento e seu prazo, inobstante o que tratado até aqui, ganha especial complexidade quando o analisamos sob a perspectiva dos agentes políticos detentores de mandato eletivo. Ungidos pela soberania popular e legitimados democraticamente ao exercício de elevado posto, poderiam eles, por decisão provisória, serem afastados, correndo até mesmo o risco de ter 1/8 de seu mandato extirpado ou de serem premidos de suas funções no estratégico período que anteceda novo pleito

Ainda que na doutrina vozes advoguem em favor de uma interpretação literal do parágrafo único do artigo 20 — que, ao mencionar “função”, não estaria a alcançar mandato^[2] —, maioria^[3] se firmou, e bem assim a jurisprudência^[4], no sentido de admitir a possibilidade do afastamento de agentes políticos eleitos.

O entendimento prevalecente, em suma, se pauta nos argumentos de que a perda ou a suspensão de direitos políticos encontra autorização constitucional excepcional, tendo lugar, no contexto da improbidade administrativa, a partir dos artigos 14, parágrafo 9º, 15, V, e 37, parágrafo 4º. Seriam esses dispositivos os fiadores normativo-constitucionais que assegurariam a constitucionalidade da sanção de perda, exigindo, lado outro, a observância do devido processo legal e o trânsito em julgado de decisão condenatória a fim de que finalmente se possa cominar a gravosa pena de fulminação do liame a unir agente e função.

No caso do afastamento cautelar, pontualmente, a medida, acessória, seria, frise-se, instrumental, excepcional e precária, não podendo, por sua irreversibilidade, resultar em lapsos consideráveis de tempo ou em prorrogações reiteradas e indefinidas, ainda que possa ser aplicada em hipóteses extremas, conforme doutrina e jurisprudência mencionadas. Em suma, não podemos negar, o posicionamento atual majoritário é pela possibilidade.

Questão interessante que se põe, à derradeira e na esteira do parágrafo anterior, diz respeito, em se tratando de parlamentares, à necessidade ou à desnecessidade de submissão do afastamento cautelar à deliberação da respectiva Casa, a teor, analogicamente, do artigo 53, § 2º, da Constituição. Temos para nós, com base no que decidido pelo Supremo Tribunal Federal na ADI n. 5.526, que a resposta deve ser afirmativa, ainda que devamos registrar julgado divergente emanado do STJ^[5] mesmo posteriormente àquela decisão da Suprema Corte.

[1] “Não se desconhece o parâmetro temporal de 180 (cento e oitenta) dias concebido como razoável por este eg. Superior Tribunal de Justiça para se manter o afastamento cautelar de prefeito com supedâneo na Lei de Improbidade Administrativa. Todavia, excepcionalmente, as peculiaridades fáticas, como a existência de inúmeras ações por ato de improbidade e fortes indícios de utilização da máquina administrativa para intimidar servidores e prejudicar o andamento das investigações, podem sinalizar a necessidade de alongar o período de afastamento, sendo certo que o juízo natural da causa é, em regra, o mais competente para tanto.” (Corte Especial, AgRg na SLS 1.854/ES, DJ de 21.3.2014)

[2] SIMÃO, Calil. *Improbidade administrativa: teoria e prática*. 2ª ed. Leme: JH Mizuno, 2014, p. 772-

773.

[3] MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 445-448.

[4] STJ, AgRg na SLS 1.957, DJ de 9.3.2015.

[5] RHC 88.804-RN, julgado em 07/11/2017.

Date Created

17/07/2020