

## VOTO - VISTA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO PROCESSUAL PENAL. LEI 9.613/1998. ART. 17-D. AFASTAMENTO AUTOMÁTICO DE SERVIDOR PÚBLICO INDICIADO EM INQUÉRITO QUE APURA CRIMES DE LAVAGEM OU OCULTAÇÃO DE BENS, DIREITOS E VALORES. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. AUSÊNCIA DE NECESSIDADE DA MEDIDA CAUTELAR. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. MEDIDAS COERCITIVAS OU CONSTRITIVAS DE DIREITOS A EXIGIR DECISÃO FUNDAMENTADA NO CASO CONCRETO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRATAMENTO DESIGUAL A INVESTIGADOS EM SITUAÇÕES SIMILARES POR FORÇA DE IMPUTAÇÃO FACULTATIVA À AUTORIDADE POLICIAL. AÇÃO DIRETA PROCEDENTE PARA DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE DO DISPOSITIVO.

1. Inconstitucionalidade do afastamento automático do servidor público investigado por crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores em decorrência de atividade discricionária da autoridade policial, nos termos do art. 17-D da Lei 9.613/1998, consistente em indiciamento e independentemente de início da ação penal e análise dos requisitos necessários para a efetivação dessa grave medida restritiva de direitos.

2. A determinação do afastamento automático do servidor investigado, por consequência única e direta do indiciamento pela autoridade policial, não se coaduna com o texto constitucional, uma vez que o afastamento do servidor, em caso de necessidade para a investigação ou instrução processual, somente se justifica quando demonstrado nos autos o risco da continuidade do desempenho de suas funções e a medida ser eficaz e proporcional à tutela da investigação e da própria administração pública, circunstâncias a serem apreciadas pelo Poder Judiciário.

3. Reputa-se violado o princípio da proporcionalidade quando não se observar a necessidade concreta da norma para tutelar o bem jurídico a que se destina, já que o afastamento do servidor pode ocorrer a partir de representação da autoridade policial ou do Ministério Público, na forma de medida cautelar diversa da prisão, conforme os arts. 282, § 2º, e 319, VI, ambos do CPP.

4. A presunção de inocência exige que a imposição de medidas coercitivas ou constritivas aos direitos dos acusados, no decorrer de

inquérito ou processo penal, seja amparada em requisitos concretos que sustentam a fundamentação da decisão judicial impositiva, não se admitindo efeitos cautelares automáticos ou desprovidos de fundamentação idônea.

5. Sendo o indiciamento ato dispensável para o ajuizamento de ação penal, a norma que determina o afastamento automático de servidores públicos, por força da *opinio delicti* da autoridade policial, quebra a isonomia entre acusados indiciados e não indiciados, ainda que denunciados nas mesmas circunstâncias. Ressalte-se, ainda, a possibilidade de promoção de arquivamento do inquérito policial mesmo nas hipóteses de indiciamento do investigado.

6. Ação Direta julgada procedente.

**O Senhor Ministro Alexandre de Moraes:** Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pela Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR), objetivando a declaração de inconstitucionalidade do art. 17-D da Lei 9.613/1998, com a redação dada pela Lei 12.683/2012, o qual prevê o afastamento automático de servidor público em decorrência do indiciamento policial em inquérito instaurado para apurar crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores.

Transcrevo o teor da norma:

“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”.

Sustenta, em síntese, que o afastamento *incontinenti* do servidor do cargo que ocupa, com o simples indiciamento, caracterizaria ofensa grave aos princípios constitucionais da presunção de inocência, da segurança jurídica, da razoabilidade e da proporcionalidade, do devido processo legal, do contraditório e ampla defesa e da inafastabilidade da jurisdição.

Ainda, que a norma viola competências funcionais do Ministério Público, considerando o caráter informativo do inquérito policial e a titularidade exclusiva do Ministério Público do exercício da persecução penal, sendo inconstitucional a atribuição de “ *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”.*

Por fim, que a norma usurpa a competência do Poder Judiciário de impor medida cautelares, como o afastamento de servidor público de suas funções, circunstância que não poderia ser implementada automaticamente pelo indiciamento realizado pela autoridade policial. E, ainda, que a norma não exige que o crime de lavagem de dinheiro investigado que leve ao afastamento do servidor tenha sido cometido em função ou por conta do cargo ou função pública, sendo o afastamento imediato desproporcional e contrário aos interesses públicos.

Submetida a ação a julgamento virtual, o Ministro Relator, EDSON FACHIN, votou pela improcedência do pedido, na conformidade da ementa abaixo:

“ Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL E PENAL. ART. 17-D, DA LEI 9.613/1998. AFASTAMENTO CAUTELAR DE SERVIDOR PÚBLICO INDICIADO POR CRIME DE LAVAGEM OU OCULTAÇÃO DE BENS, DIREITOS E VALORES. CONSTITUCIONALIDADE DA COMPETÊNCIA ATRIBUÍDA À AUTORIDADE POLICIAL. AÇÃO DIRETA JULGADA IMPROCEDENTE.

1. A atribuição pelo legislador de 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. Precedentes.

2. O art. 17-D, da Lei 9.613/1998 não afasta o princípio constitucional insculpido no art. 5º, XXXV, mas apenas prevê hipótese de jurisdicionalidade diferida, garantindo simultaneamente os direitos fundamentais do indiciado, bem como o respeito às competências constitucionais do Poder Judiciário e do Ministério Público.

3. O indiciamento é ato privativo de Delegado de Polícia e necessariamente fundamentado, não se confundindo com ato arbitrário ou mesmo discricionário da autoridade policial.

4. Ação direta julgada improcedente”.

Para uma melhor análise da matéria, pedi vista dos autos.

**É o breve relatório.**

Peço vênia para divergir do bem lançado voto do eminente Relator.

Como visto, a controvérsia dos autos cinge-se, basicamente, em verificar se a previsão normativa disposta no art. 17-D da Lei 9.613/1998, com a redação dada pela Lei 12.683/2012, que determina o afastamento de servidor público em caso de indiciamento em inquérito policial instaurado para apurar crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores, viola preceitos constitucionais.

Destaque-se que, o afastamento do servidor estaria automaticamente vinculado à atividade discricionária da autoridade policial, independentemente de início da ação penal e análise dos requisitos necessários para a efetivação dessa grave medida constritiva.

De início, cumpre ter presente que predomina, na atualidade, a adoção, por diversos países, do sistema acusatório de persecução penal, o qual, dadas as suas características essenciais, se mostra eminentemente vinculado às ordens jurídicas nacionais estribadas sobre princípios de índole democrática. Entre outras características inerentes a tal sistema processual penal, mostra-se proeminente a distinção entre os papéis desempenhados durante o procedimento persecutório penal, estabelecida a partição de funções entre diferentes personagens, especialmente, Polícia e Ministério Público.

A doutrina nacional é pródiga em estabelecer as características essenciais do sistema acusatório, sendo evidente o destaque atribuído à referida partição de atribuições. Confirmam-se, nesse sentido, as lições de Gustavo Henrique Badaró, o qual afirma que

*“ o processo acusatório é essencialmente um processo de partes, no qual acusação e defesa se contrapõem em igualdade de posições, e que apresenta um juiz sobreposto a ambas. Há uma nítida separação de funções, atribuídas a pessoas distintas, fazendo com que o processo se caracterize como um verdadeiro **actum trium personarum**, sendo informado pelo contraditório. (...) A essência do modelo acusatório é a nítida separação entre as funções de acusar, julgar e defender” ( *Processo penal* [livro eletrônico]. 6ª ed., São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, item 1.14).*

No mesmo sentido, Aury Lopes Jr leciona que, “ na atualidade, a forma acusatória caracteriza-se pela: a) clara distinção entre as atividades de acusar e julgar ; (...).” ( *Direito processual penal* . 11ª ed., p. 94/95).

Ainda nesse mesmo sentido, o Desembargador PAULO RANGEL assevera que

*“ o sistema acusatório, antítese do inquisitivo, tem nítida separação de funções, ou seja, o juiz é órgão imparcial de aplicação da lei, que somente se manifesta quando devidamente provocado; o autor é quem faz a acusação (imputação penal + pedido), assumindo, segundo nossa posição, todo o ônus da acusação, e o réu exerce todos os meios e recursos inerentes à sua defesa. Assim, no sistema acusatório, cria-se o **actum trium personarum** , ou seja, o ato de três personagens: juiz, autor e réu.”* ( *Direito processual penal* . 25ª ed., p. 50).

O modelo do sistema acusatório consagrado pela Constituição Federal de 1988, entretanto, manteve a exclusividade da presidência dos inquéritos policiais à Polícia Judiciária. Então, nós temos um sistema híbrido, porque há o sistema acusatório, há a privatividade da ação penal, mas ainda se mantém a presidência dos inquéritos pela Polícia Judiciária. Foi uma opção do legislador constituinte de 88, até porque era uma tradição na Justiça Penal e na persecução penal brasileira, a Polícia Judiciária

O inquérito, porém, se destina exatamente a produzir elementos que comprovem autoria e materialidade para permitir o exercício da ação penal ao Ministério Público; não impondo o oferecimento de denúncia. A atividade policial se encerra com a conclusão da investigação e remessa dos autos ao titular da ação penal, para análise do início ou não da persecução penal.

Partindo-se do pressuposto de que, para a configuração do sistema acusatório, é imprescindível a partição de funções entre diferentes atores processuais, faz-se oportuno referir que, apesar da persistência de certo ranço inquisitório, o sistema processual-penal brasileiro é predominantemente acusatório, admitidas as defecções institucionais que um país de modernidade periférica enseja.

Verifica-se, portanto, que o texto constitucional promulgado em 1988 formula uma disposição institucional apta a assegurar o respeito aos direitos fundamentais do acusado, tendo como ponto basilar a separação de funções no âmbito do processo penal, mormente quando dispõe, no seu art. 129, I, que “ *são funções institucionais do Ministério Público promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei* ”.

Desse modo, o princípio do monopólio constitucional da titularidade da ação penal pública no sistema jurídico brasileiro somente permite a deflagração do processo criminal por denúncia do Ministério Público (Pet. 4281/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJe de 17/8/2009), tendo esta CORTE decidido pela incompatibilidade do novo modelo acusatório consagrado pelo art. 129, I, da CF, com todos os procedimentos que afastavam a titularidade privativa da ação penal pública do *Parquet*, previstos antes da promulgação da Constituição de 1988 (RTJ, 149/825, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE; HC 67.931/RS, Rel. Min. MOREIRA ALVES, DJ de 31/8/1990).

Nesse contexto de sistema acusatório, o inquérito policial, embora dispensável, conforme reconhecido pela CORTE (HC 96.638, Rel. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, 1º/2/2011; Inq 1.957, Rel. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, DJ de 11/11/2005), assume importante papel na persecução penal, uma vez que viabiliza a formação da *opinio delicti* do membro do Ministério Público, assegurando a existência de um suporte probatório mínimo para deflagração da ação penal. Trata-se de inquérito policial, portanto, de procedimento administrativo conduzido pelo Delegado de Polícia, a quem compete, ao final, decidir pelo indiciamento ou não do investigado, fundado num juízo racional construído a partir das provas indiciárias colhidas.

Cumpre ressaltar que o indiciamento, apesar de nominado direta ou indiretamente no Código de Processo Penal, não tem definição legal, sendo regulado recentemente pela Lei 12.830/2013, que prevê em seu art. 2º, § 6º: “ *O indiciamento, ato 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*”.

É ato fundado num juízo prévio e não vinculante ao titular da ação penal, baseado nos elementos constantes dos autos, indicando a opinião técnica da autoridade policial quanto à probabilidade de autoria do crime objeto de investigação ( Gustavo Badaró . *Processo penal* [livro eletrônico].

6ª ed., São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, Cap. 3.11; Renato Brasileiro de Lima . *Manual de processo penal* . 5ª ed., Salvador: JusPodivm, 2017, p. 150).

O art. 17-D da Lei 9.613/1998, objeto da presente ação, determina o afastamento do servidor público como consequência necessária e automática do indiciamento realizado pela autoridade policial, independentemente de qualquer motivação específica relacionada ao sujeito indiciado, às circunstâncias do crime investigado ou, ainda, vinculadas a medidas de caráter essencialmente cautelar destinadas à tutela de coletividade. Trata-se, assim, de medida restritiva de direitos materiais do investigado determinada sem que haja pedido por qualquer legitimado ou apreciação concreta de sua necessidade e eficácia, fundada tão somente numa consequência legal do ato de indiciamento da autoridade policial.

A meu ver, tal providência legal não se coaduna com o texto constitucional.

Para contextualizar, observa-se que a remição ao poder cautelar do Tribunal de Contas e da autoridade administrativa processante, como exemplos a indicar a possibilidade do afastamento de servidores por decisão administrativa, sujeita a efetivo controle judicial posterior, não se enquadra com exatidão à hipótese legal de incidência da regra do art. 17-D da Lei 9.613/1998.

O dispositivo questionado, como visto, determina o afastamento *ope legis* do servidor público como consequência automática de um ato administrativo realizado pela autoridade policial (indiciamento); por outro lado, o afastamento de servidores por decisão em processo administrativo levado a cabo pelo Tribunal de Contas ou outro órgão da Administração Pública decorre de decisão fundamentada que demonstre a necessidade da medida, permitindo-se o controle do atendimento dos princípios da legalidade, da proporcionalidade e da necessidade da medida. Diferenciam-se, assim, pelo atendimento, no segundo caso, do princípio constitucional da fundamentação das decisões judiciais e administrativas, especialmente aquelas que imponham ao sujeito processado administrativamente limitações de toda sorte à sua situação jurídica prévia.

E, aqui, observa-se que um dos fundamentos essenciais do questionamento da constitucionalidade da norma é justamente o afastamento automático do servidor, como consequência direta do indiciamento em inquérito que apure crime de lavagem de dinheiro, sem

que haja necessidade de fundamentação específica a respeito desse efeito. De uma decisão necessariamente fundamentada de indiciamento (art. 2º, § 6º, Lei 12.830/2013), tem-se uma consequência material automática de afastamento do servidor, sem qualquer necessidade de aferição de sua necessidade, efetividade ou proporcionalidade.

Não se pode, assim, trazer como elemento de convicção a favor do afastamento automático do servidor pelo indiciamento a possibilidade da mesma decisão tomada em procedimento administrativo, uma vez que necessariamente está sujeita a fundamentação e, por isso, ao controle jurisdicional de sua legalidade.

De fato, a comparação do indiciamento policial ao ato administrativo da autoridade processante que, no âmbito de processo administrativo contra servidor público, determina a medida cautelar de afastamento do processado de suas funções, é imprópria. Isso porque o indiciamento traduz-se, por força de lei, como mera conclusão da autoridade policial a respeito dos indícios de autoria do crime em apuração, não significando, de forma alguma, medida de investigação ou com finalidade de garantia da aplicação da lei penal, da instrução processual ou de garantia da ordem pública, pois essas, quanto tem por efeito atingir direitos legítimos do sujeito investigado, dependem de requerimento por agente determinado pela lei, seja a autoridade policial, seja o titular da ação penal, e da necessária apreciação judicial.

O ato de indiciamento, assim, não gera e não pode gerar efeitos materiais em relação ao indiciado, já que se trata de mero ato de imputação de autoria de natureza preliminar, provisória e não vinculante ao titular da ação penal.

Sendo conclusão havida pela autoridade policial a partir das investigações, tem natureza meramente descritiva e, conforme pacífica doutrina, produz apenas efeitos sociais de indicação do indiciado como possível autor da infração penal.

Não se confunde o indiciamento, portanto, com os chamados meios de produção de provas, com as medidas coercitivas de natureza processual, com as medidas assecuratórias e nem com as medidas de natureza cautelar específicas previstas na legislação processual penal. É apenas e tão somente a conclusão fundamentada da autoridade policial quanto à possível autoria do delito investigado.

Tudo isso para dizer que o indiciamento, conforme o regramento geral do processo penal brasileiro, não produz efeitos materiais ou processuais outros que não o juízo racional sobre a autoria delitiva produzida pela autoridade policial. E, por ser ato administrativo próprio de tal agente, não se sujeita ao controle jurisdicional prévio, mas apenas e tão somente à verificação da existência de uma decisão fundamentada em elementos materiais contidos no inquérito policial, afastando-se de subjetivismos nefastos.

Ainda, observa-se que as demais normas existentes no ordenamento jurídico nacional, que preveem o afastamento de servidor investigado por crimes graves, exigem representação da autoridade policial ou do Ministério Público, bem como decisão judicial fundamentada para a imposição da medida, verificando-se sua necessidade e proporcionalidade no confronto entre os interesses públicos e os individuais do investigado.

Cite-se, por exemplo, o art. 2º, § 5º, da Lei de Organização Criminosa (Lei 12.850/2013), que prevê a reserva de jurisdição para o afastamento cautelar de servidor público:

“ Art. 2º (...)

§ 5º Se houver indícios suficientes de que o funcionário público integra organização criminosa, **poderá o juiz determinar seu afastamento cautelar do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à investigação ou instrução processual** ”. (grifei)

No mesmo sentido, o art. 56, § 1º, da Lei 11.343/2006:

“ Art. 56. Recebida a denúncia, o juiz designará dia e hora para a audiência de instrução e julgamento, ordenará a citação pessoal do acusado, a intimação do Ministério Público, do assistente, se for o caso, e requisitará os laudos periciais.

§ 1º Tratando-se de condutas tipificadas como infração do disposto nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei, **o juiz, ao receber a denúncia, poderá decretar o afastamento cautelar do denunciado de suas atividades** , se for funcionário público, comunicando-se ao órgão respectivo.” (grifei)

Percebe-se que tais normas, instituídas para o combate de crimes tão graves quanto a lavagem ou ocultação de capitais, determinam que o afastamento do servidor, além de depender de decisão judicial, deve fundar-se em juízo de valor específico, qual seja, o prejuízo à investigação criminal, à instrução processual e, por que não, à reiteração criminosa, decorrentes da manutenção do servidor público em suas funções.

Daí que o afastamento, considerando a necessidade de fundamentação específica da decisão, não pode ser consequência automática prevista em lei para o ato administrativo do indiciamento, ou mesmo o recebimento da denúncia oferecida, obedecendo-se, com isto, ao princípio constitucional da proporcionalidade das medidas restritivas de direitos.

Ou seja, o afastamento do servidor, em caso de necessidade para a investigação ou instrução processual, deve ocorrer quando demonstrado o fundamento de fato do risco, além de a medida mostrar-se eficaz e proporcional ao que busca tutelar, circunstâncias a serem apreciadas concretamente pela autoridade judicial.

Observa-se, ainda, a desproporcionalidade do afastamento do servidor público por consequência do simples indiciamento por lavagem de dinheiro, independentemente do crime antecedente, do fato de o crime ter envolvido sua atuação como servidor ou do risco na continuidade de sua prestação à Administração Pública, quando o fato de o servidor público ser indiciado e processado pelo crime de organização criminosa, não significar, necessariamente, seu afastamento das funções e, quando sim, a depender de decisão judicial fundamentada.

Na mesma linha, reconhecendo-se que o afastamento de servidor público de suas funções deve fundar-se num juízo que afirme o consequentialismo entre tal continuidade e a higidez da instrução processual, prevê o art. 20, parágrafo único, da Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa) a possibilidade do afastamento do servidor como decorrência de decisão em processo judicial ou administrativo quando houver “necessidade para se garantir a eficácia da instrução processual”, cujo teor é o seguinte:

“ 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 .”** (grifei)

Ao se exigir que o afastamento seja decidido por autoridade judicial ou administrativa, se necessário aquele para a instrução processual, está-se exigindo fundamentação legítima ante a gravidade da medida de afastamento, não se admitindo este como efeito automático ou decorrente de alguma presunção legal.

Por fim, a demonstrar que a lógica sistêmica do afastamento de servidores públicos em geral afirma a necessidade sempre de decisão judicial ou administrativa fundamentada, tem-se o art. 2º, II, do Decreto-Lei 201/1967, determinando que o afastamento do Prefeito de suas funções, por conta do recebimento de denúncia por crime de responsabilidade, poderá ser determinado pelo Juiz da causa, mediante decisão fundamentada, entendendo-se que a medida somente poderá se legitimar quando o afastamento for necessário para a correta instrução do processo ou para se tutelar interesse da coletividade, considerando a gravidade da suspensão do mandato eleitoral. Assim dispõe a citada norma:

“ Art. 2º (...)

II – Ao receber a denúncia, o Juiz manifestar-se-á, obrigatória e motivadamente, sobre a prisão preventiva do acusado, nos casos dos itens I e II do artigo anterior, e sobre o seu afastamento do exercício do cargo durante a instrução criminal, em todos os casos.”

A propósito, cumpre salientar, ainda, que, no ano de 2017, esta SUPREMA CORTE, por ocasião do julgamento da ADI 5.540, de relatoria do eminente Min. EDSON FACHIN, que tratou da exigência de autorização prévia da Assembleia Legislativa para o processamento e julgamento do Governador por crime comum perante o Superior Tribunal de Justiça, fixou orientação no sentido de que compete ao STJ, quando do juízo de recebimento da denúncia ou queixa, ou mesmo no curso do processo, decidir, fundamentadamente, a respeito da aplicação de medidas cautelares previstas na legislação penal, podendo determinar, inclusive, o afastamento do acusado de seu cargo. Isto é, o afastamento do cargo de Governador, em caso de recebimento da ação penal pelo STF, não se dá automaticamente, exigindo fundamentação para tanto.

O art. 17-D da lei impugnada viola o princípio da proporcionalidade, o que se caracteriza, conforme destacado por JESUS GONZALEZ SALINAS, quando ausente a coerência do Poder Público no exercício de suas atividades legislativas, com patente *extravasamento dos limites razoáveis*

*da discricionariedade*, e conseqüente desrespeito ao princípio da proibição da arbitrariedade dos poderes públicos, que impede a criação de obrigações desprovidas de justificativa fática (Notas sobre algunos de los puntos de referencia entre ley, reglamento y acto administrativo. *Revista de Administración Pública*, número 120, 1989).

Destaca-se, no particular, a ausência da necessidade da norma para fins de tutela do interesse público, já que o afastamento do servidor poderia ocorrer, a partir de representação da autoridade policial ou do Ministério Público, na forma de medida cautelar diversa da prisão, conforme os arts. 282, § 2º, e 319, VI, ambos do Código de Processo Penal, conforme abaixo transcrito:

“ **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.

§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

§ 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.

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do parágrafo único do art. 312 deste Código.

§ 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.

§ 6º A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada.”

“ 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;

(...).”

Um outro ponto a se considerar, no questionamento da constitucionalidade da norma, é a ofensa direta ao princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF).

Embora admissível a imposição de medidas coercitivas que atinjam diretamente o *status libertatis* e de outros direitos pessoais dos investigados ou processados pelo Estado pelo cometimento de crimes, é certo que a presunção de inocência impede a supressão, mesmo temporária, de direitos sem que haja previsão legal e justa causa, verificável por uma decisão judicial fundamentada. Assim, restrições materiais aos direitos do investigado somente se admitem, ausente decisão judicial definitiva sobre o juízo de culpabilidade, quando houver reconhecimento judicial de justa causa a autorizar a antecipação de algum dos efeitos da decisão judicial (art. 92, I, CP), reconhecendo-se a proporcionalidade entre a medida imposta e os direitos individuais restringidos.

Sendo a perda de cargo ou função pública um efeito específico da sentença penal condenatória, nos casos autorizados por lei em sentido estrito, a exigir fundamentação específica na sentença penal condenatória, mostra-se contrária à presunção de inocência a imposição, ainda que temporária, de um dos efeitos materiais de tal restrição a direitos, no caso, a continuidade do exercício do cargo ou função pública titularizados pelo sujeito.

Assim, somente ante uma decisão judicial que a reconheça, num juízo específico de proporcionalidade entre a presunção de inocência e a necessidade de salvaguarda cautelar dos interesses da coletividade, é que se poderá falar em imposição do afastamento cautelar do servidor público indiciado.

Por fim, cumpre salientar ainda que a norma questionada representa violação ao princípio da igualdade entre os acusados.

Como se sabe, a Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico.

O princípio da igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis e atos normativos, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social.

A desigualdade inconstitucional na lei, também se produz quando a aplicação da norma acarreta uma distinção de tratamento não razoável ou arbitrária especificamente a determinadas pessoas, como na presente hipótese. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos.

Para que as diferenciações produzidas pela aplicação da lei possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente, por isso, uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos.

Não é, porém, o que ocorre na presente hipótese.

Não sendo o indiciamento um ato necessário para o ajuizamento de ação penal, podendo haver ação penal direta pelo Ministério Público, haveria quebra da isonomia entre os acusados. Alguns, por serem indiciados, serão afastados automaticamente do cargo ou da função públicas; outros, sem o formal indiciamento, poderiam responder ao processo criminal mantendo-se no exercício das funções. Ainda, poder-se-ia observar o não indiciamento de um dos investigados por entender, a autoridade policial, pela inexistência de elementos de convicção para tal, embora o Ministério Público, titular da ação penal, pudesse entender de maneira diversa e, embora não indiciado, incluir tal servidor na denúncia oferecida.

Se a imposição do afastamento é decorrência automática de norma legal, não se poderia admitir, ante o princípio da igualdade constitucional, tratamento jurídico distinto a sujeitos que se encontram na mesma situação fática.

Diante do exposto, DIVIRJO do relator para JULGAR PROCEDENTE o pedido, declarando a INCONSTITUCIONALIDADE do art. 17-D da Lei 9.613/1998, com a redação dada pela Lei 12.683/2012.

É o voto.