

ATOS ACAUTELATÓRIOS DA AUTORIDADE POLICIAL. AFASTAMENTO DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO INDICIADO PELA LEI Nº 9.613/98

PAULO HENRIQUE DE GODOY SUMARIVA¹

1. INTRODUÇÃO

A Lei 9.613/98 foi introduzida no cenário jurídico nacional com o escopo de coibir a atividade primária de crimes visando controlar os fluxos financeiros provenientes de tais atividades ilícitas. Não resta dúvida que o crime organizado tem a necessidade de legalizar o dinheiro em espécie que recebe das transações criminosas, surgindo assim práticas de lavagem desse capital para uma inserção legal na economia, com disfarce de licitude. Para evitar isto, surge ao Estado a oportunidade de identificar a origem ilegal desses valores, adotando medidas que impeçam o seu aproveitamento pelo criminoso.

Inicialmente, a legislação em comento trazia um rol taxativo de crimes antecedentes que levariam à lavagem de dinheiro. Entretanto, notou-se a necessidade de aprimoramento do estatuto repressor, surgindo em 2012 a Lei 12.683, com o principal objetivo de torná-lo mais eficiente à persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro.

A nova lei, 12.683/2012, trouxe importantes inovações ao cenário processual penal, principalmente no campo da fase in-

1 Delegado de Polícia – Polícia Civil de São Paulo; Doutor em Direito pela Universidade Metropolitana de Santos; Mestre em Direito pela Universidade de Franca; Professor, por concurso, da Academia de Polícia Civil de São Paulo; Professor de Direito Penal e Criminologia em graduação e pós graduação.

investigativa. Dentre as mudanças, podemos destacar a supressão do rol taxativo de crimes antecedentes, criando a possibilidade de criminalizar qualquer lavagem de dinheiro proveniente de infração penal, ou seja, crime ou contravenção penal antecedente, seguindo a mesma linha da legislação espanhola². Ainda, fortaleceu-se o controle administrativo sobre setores ligados à reciclagem de capitais e ampliou-se as medidas cautelares incidentes sobre a lavagem de dinheiro.

Uma das medidas cautelares que trouxe grande polêmica na órbita jurídica foi a edição do artigo 17-D, que estabelece o afastamento de qualquer servidor público por decisão fundamentada do delegado de polícia que preside o inquérito policial de lavagem de dinheiro.

Estabelece o artigo 17-D da lei 9.613/98 alterado pela lei 12.683/2012 que 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.

Nota-se que a legislação criou um efeito automático do indiciamento de servidor público em inquérito policial, ou seja, o seu afastamento cautelar.

2. INDICIAMENTO

O indiciamento encontra previsão legal no artigo 2º, § 6º, da Lei 12.830/2013, que prevê ser ato privativo do delegado de

2 Cf. Art. 301, Código Penal Espanhol que prevê: “Aquele que adquira, converta ou transmita bens, sabendo que estes tem sua origem num delito grave, ou realize qualquer outro ato para ocultar ou encobrir sua origem ilícita, ou para ajudar a pessoa que tenha participado da infração ou infrações a elidir as consequências legais de seus atos, será punido com a pena de prisão de seis meses a seis anos e multa de tanto ao triplo dos bens.”

polícia, devendo se dar por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, indicando a autoria, materialidade e circunstâncias.

Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar ensinam que:

*o indiciamento é informação ao suposto autor a respeito de um fato objeto das investigações. É a cientificação ao suspeito de que ele passa a ser o principal foco do inquérito. Saímos do juízo de possibilidade para o de probabilidade e as investigações são centradas em pessoa determinada. Logo, só cabe falar em indiciamento se houver um lastro mínimo de prova vinculando o suspeito à prática delitiva. Deve a autoridade policial deixar clara a situação do indivíduo, informando-lhe a condição de indiciado sempre que existam elementos para tanto.*³

Aury Lopes Júnior destaca que “o indiciamento é um ato posterior ao estado de suspeito e está baseado em um juízo de probabilidade, e não de mera possibilidade”.⁴

Ensina Norberto Avena que a Lei 12.830/2013 em seu artigo 2º, § 6º consolidou “o indiciamento como o ato privativo do delegado de polícia, por meio do qual atribui a alguém a condição de provável autor ou partícipe de uma infração penal (fato típico), indicando as circunstâncias de sua ocorrência”.⁵

Não resta dúvida que o indiciamento é a primeira manifestação acusatória do Estado em desfavor do indiciado. O delegado de polícia realiza o seu juízo fático-valorativo, concluindo que determinado investigado praticou a infração penal a ele imputada, demonstrando os fundamentos que embasaram a sua convicção.

3 TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal, p. 118.

4 LOPES JR, Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional, p. 307.

5 AVENA, Norberto. Processo penal esquematizado, p. 202.

Cabe aqui frisar os ensinamentos de Eliomar da Silva Pereira, que afirma que somente uma investigação criminal que seja capaz de apresentar uma tese aceitável de imputação do crime, justificada em fatos comprovados e normas existentes, poderá justificar um processo judicial, permitindo pelo menos a denúncia com aptidão para ser aceita (justa causa) e possivelmente chegar a uma condenação⁶.

A legislação processual penal pátria vigente traz a conclusão que o indiciamento é um ato privativo do delegado de polícia, o qual deverá ser, necessariamente, precedido de um despacho fundamentado, onde deverão constar as razões jurídicas da convicção da autoridade policial, indicando a autoria, materialidade e circunstâncias.

Como consequências do indiciamento, podemos citar a primeira delas que é a inclusão de seus dados nos registros policiais, onde nascerá a sua identificação criminal, nos termos da Lei 12.037/2009, alterada pela Lei 12.654/2012. Juridicamente, a pessoa indiciada está sujeita a sofrer medidas cautelares pessoais que dependam de prova da materialidade do crime e indícios suficientes de autoria, haja vista que os fundamentos do indiciamento são compatíveis com suas adoções.

Dentre tais medidas cautelares pessoais, encontramos aquela disciplinada no artigo 17-D da Lei de lavagem de dinheiro, afastando o servidor público indiciado das suas funções, até análise do Poder Judiciário.

3. A LEGALIDADE DO ARTIGO 17-D DA LEI 9.613/98

O fato do delegado de polícia, após sua análise técnico-jurídica do fato, determinar o indiciamento de um servidor pú-

⁶ PEREIRA, Eliomar da Silva. Teoria da investigação criminal, p. 141.

blico em inquérito policial que investiga crime de lavagem de dinheiro, e com isso, afastá-lo automaticamente de sua função pública, estaria em desacordo com a nossa Constituição Federal?

Muito se discute a respeito de tal assunto, existindo posições conflitantes sobre o tema.

3.1 ARGUMENTOS QUE SUSTENTAM A ILEGALIDADE DO ARTIGO 17-D DA LEI 9.613/98

Encontramos juristas que entendem ser inconstitucional a medida cautelar imposta ao servidor público após ser indiciado em inquérito policial por lavagem de dinheiro.

Renato Brasileiro de Lima defende a ideia da inconstitucionalidade do artigo 17-D., explicita que:

para além de violar a regra de tratamento que deriva do princípio da presunção de inocência, porquanto estabelece o afastamento do servidor de suas funções como efeito automático do indiciamento, equiparando aquele que está sendo processado àquele condenado por sentença transitada em julgado, o artigo 17-D também vai de encontro ao princípio da jurisdicionalidade, vez que permite que uma autoridade não judiciária – lembre-se que o indiciamento é atribuição privativa da autoridade policial – determine medida de natureza cautelar sem qualquer aferição acerca de sua necessidade, adequação e proporcionalidade.⁷

Na mesma linha de raciocínio, Francisco Sannini Neto defende que:

não podemos olvidar, todavia, que o artigo 17-D da Lei de Lavagem de Capitais vem recebendo severas críticas da doutrina, com as quais, diga-se de passagem, concordamos. Em estreita análise, podemos afirmar que o artigo em destaque

7 LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada, p. 477.

*fere o princípio da presunção de inocência e retira do Ministério Público, titular da ação penal, o direito de se manifestar sobre a necessidade da medida, pois, conforme destacado, ela decorre automaticamente.*⁸

Eduardo Cabette também defende a inconstitucionalidade do citado artigo, afirmando

*que o dispositivo em questão viola a figura do próprio delegado de polícia, que terá sua convicção jurídica comprometida, uma vez que, em muitas situações, ele pode convencer-se da materialidade do crime e dos indícios suficientes de autoria, mas não da necessidade do afastamento cautelar do servidor público.*⁹

3.2 ARGUMENTOS QUE SUSTENTAM A LEGALIDADE DO ARTIGO 17-D DA LEI 9.613/98

Respeitadas as opiniões ora apresentadas, defendemos o raciocínio da legalidade da medida em questão. Não vislumbramos qualquer atentado a princípios constitucionais arraigados em nossa Constituição Federal.

Guilherme de Souza Nucci defende a legalidade do afastamento compulsório do servidor público na hipótese de indiciamento. Esclarece que:

quando houver indiciamento – apontar determinado suspeito, formalmente, como autor ou partícipe do crime – de servidor público, ele deve ser imediatamente afastado de suas funções, certamente ligadas a alguma atividade que deu ensejo à prática do crime de lavagem de capitais. Busca-se preservar, ao máximo, a idoneidade da administração, inviabilizando qualquer influência do funcionário durante a investigação ou processo. Por outro lado, permite-se a continuidade da

8 SANNINI NETO, Francisco. Inquérito policial e prisões provisórias, p. 99.

9 CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Inconstitucionalidade do artigo 17-D da lei de lavagem de capitais. Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/23815>. Acesso em 19/09/2016.

percepção da sua remuneração, não significando prejuízo imediato, antes do trânsito em julgado de eventual sentença condenatória. Além disso, pode o servidor retornar à ativa, desde que o juiz competente autorize, em decisão fundamentada. Em suma, não vemos riscos à presunção de inocência, mas somente uma medida cautelar legalmente imposta.¹⁰

Na mesma linha de pensamento, Vladimir Passos de Freitas assevera que “a inovação legal visa por fim à usual prática de permanecer o servidor acusado exercendo suas funções anos a fio, até que termine a ação penal ou o processo administrativo, passando à sociedade a mensagem de que o crime compensa.”¹¹

Ora, o dispositivo em questão, em nenhum momento, apresenta como fundamento um juízo de culpa antecipado sobre o indiciado. Se isso acontecesse, estaríamos diante de uma violação ao artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal no que tange ao devido processo legal.

Aliás, não encontramos em nossa Constituição Federal qualquer dispositivo que exija a manifestação do Poder Judiciário para o afastamento de servidor público. Com efeito, o Poder Judiciário terá acesso a decisão que afastou o servidor de suas funções, podendo modificá-la a qualquer momento.

Importante frisar que existem decisões que são vinculadas, obrigatoriamente, a análise do Poder Judiciário. É o que chamamos de reserva constitucional de jurisdição, que consiste na exigência constitucional da prévia e exclusiva manifestação do Poder Judiciário para a prática de determinados atos.

10 NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas, p. 550.

11 FREITAS, Vladimir Passos de. Lei de lavagem de dinheiro é um passo à frente. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-jul-15/segunda-leitura-lei-lavagem-dinheiro-passo-frente>. Acesso em 19/09/2016.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Mandado de Segurança 23452/RJ, com relatoria do Ministro Celso de Mello, entendeu que

o postulado de reserva constitucional de jurisdição importa em submeter, à esfera única de decisão dos magistrados, a prática de determinados atos cuja realização, por efeito de explícita determinação constante do próprio texto da Carta Política, somente pode emanar do juiz, e não de terceiros, inclusive daqueles a quem haja eventualmente atribuído o exercício de poderes de investigação próprios das autoridades judiciais.

No referido julgado conclui-se que o postulado da reserva tem como objetivo delimitar, os poderes instrutórios e de investigação das Comissões Parlamentares de Inquérito e consequentemente todos os atos de investigação dos órgãos policiais, significando que a autoridade investigativa não poderá praticar os atos propriamente jurisdicionais, que são atribuídos com exclusividade aos membros do Poder judiciário em respeito ao princípio constitucional da reserva de jurisdição, quais sejam: a) diligência de busca domiciliar; b) quebra do sigilo das comunicações telefônicas; c) ordem de prisão, salvo no caso de flagrante delito.¹²

Com isso, não há que se argumentar a inconstitucionalidade no afastamento cautelar de servidor público por ato de indiciamento da autoridade policial por inexistir participação do Poder Judiciário. Não há qualquer violação ao artigo 5º, inciso XXX, da Constituição Federal.

Na realidade, o dispositivo lançado no artigo 17-D da legislação em comento cuida de uma medida cautelar pessoal visando apenas a imprescindível preservação de provas.

12 STF. Pleno. MS 23.452/RJ. Relator: Min. Celso de Mello.

4. AFASTAMENTO PREVENTIVO DE SERVIDOR PÚBLICO PELA LEI 8.112/90

Analisando matéria que cuida da atividade administrativa do servidor público, encontramos a Lei 8.112/90 que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Em tal legislação, destacamos o artigo 147, que cuida do afastamento preventivo de servidor público. Estabelece o dispositivo que:

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.

Ora, para evitar a influência do servidor público na apuração da irregularidade administrativa, poderá a própria autoridade administrativa afastá-lo, sem qualquer necessidade de permissão ou autorização do Poder Judiciário.

Tal medida também é encontrada na Lei Orgânica da Polícia Civil de São Paulo, que no seu artigo 86 prevê a possibilidade do afastamento preventivo do policial civil por decisão fundamentada do Delegado Geral de Polícia:

Artigo 86 - Determinada a instauração de sindicância ou processo administrativo, ou no seu curso, havendo conveniência para a instrução ou para o serviço policial, poderá o Delegado Geral de Polícia, por despacho fundamentado, ordenar as seguintes providências:

I - afastamento preventivo do policial civil, quando o recomendar a moralidade administrativa ou a repercussão do fato, sem prejuízo de vencimentos ou vantagens, até 180

(cento e oitenta) dias, prorrogáveis uma única vez por igual período;

II - designação do policial acusado para o exercício de atividades exclusivamente burocráticas até decisão final do procedimento;

III - recolhimento de carteira funcional, distintivo, armas e algemas;

IV - proibição do porte de armas;

V - comparecimento obrigatório, em periodicidade a ser estabelecida, para tomar ciência dos atos do procedimento.

§ 1º - O Delegado de Polícia Diretor da Corregedoria, ou qualquer autoridade que determinar a instauração ou presidir sindicância ou processo administrativo, poderá representar ao Delegado Geral de Polícia para propor a aplicação das medidas previstas neste artigo, bem como sua cessação ou alteração.

§ 2º - O Delegado Geral de Polícia poderá, a qualquer momento, por despacho fundamentado, fazer cessar ou alterar as medidas previstas neste artigo.

§ 3º - O período de afastamento preventivo computa-se como de efetivo exercício, não sendo descontado da pena de suspensão eventualmente aplicada.

Leciona Gracieli Firmino da Silva Sumariva que:

referidas medidas cautelares serão determinadas pelo Delegado Geral de Polícia quando houver conveniência para a instrução do procedimento administrativo disciplinar ou para o serviço policial ou recomendar a moralidade administrativa ou a repercussão do fato, e poderão ser aplicadas cumulativamente ou não.¹³

13 SUMARIVA, Gracieli Firmino da Silva. Lei orgânica da Polícia Civil de São Paulo: comentários à lei complementar estadual 207/79, p. 175

5. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

A Associação Nacional dos Procuradores da República ajuizou em fevereiro de 2013 no Supremo Tribunal Federal uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4911) contra o referido artigo 17-D da Lei 9.613/98, alegando ofensa as regras constitucionais que determinam que ninguém será privado dos seus bens sem o devido processo legal, que garantem o contraditório, a ampla defesa, a presunção de inocência e a inafastabilidade da jurisdição. Ainda, referida Associação Ministerial entende que o afastamento de servidores públicos indiciados em inquérito policial, sem que o mesmo tenha tido, ao menos, o direito de se manifestar acerca dos motivos pelos quais se encontra sob investigação, configura uma punição antecipada. O Ministro Relator Ricardo Lewandowski não concedeu liminar. No ano de 2015 houve a alteração do ministro relator, ficando a cargo atualmente do Ministro Edson Fachin, não existindo notícias do andamento da citada ação até o presente.¹⁴

6. CONCLUSÃO

O crime de lavagem de dinheiro, previsto na Lei 9.613/98 surgiu no Brasil após o país firmar o compromisso internacional assumido a partir da assinatura da Convenção de Viena de 1988, e caracteriza-se por um conjunto de operações comerciais ou financeiras que buscam a incorporação na economia de cada país, de modo transitório ou permanente, de recursos, bens e valores de origem ilícita, se desenvolvendo através de um processo dinâmico que envolve vários setores da sociedade.

¹⁴ <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4911&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>

A lei em comento atribui às pessoas físicas e jurídicas de diversos setores econômico-financeiros maior responsabilidade na identificação de clientes e manutenção de registros de todas as operações e na comunicação de operações suspeitas, sujeitando-as às penalidades pelo descumprimento das obrigações. E no caso de envolvimento de servidor público, cria uma medida cautelar de suma importância para que a polícia judiciária possa fazer o seu papel constitucional de apurar autoria, materialidade e circunstâncias do fato.

A gravidade do crime em questão está condizente com a maneira como foi tratada pelo legislador a participação de servidor público neste delito. É claro que o seu afastamento de suas funções tem a natureza cautelar, visando assegurar a cessação das práticas criminosas e impedir o acesso a meios de camuflagem ou destruição de provas com o uso da função pública. Cuida-se de uma providência instrumental que visa garantir o bom andamento da persecução penal, assegurando os resultados finais desejados a um processo penal.

Ora, no momento em que o delegado de polícia fundamenta a sua decisão de indiciar o servidor público envolvido no crime de lavagem de dinheiro, deverá ali justificar a medida cautelar automática que será produzida com o seu ato.

Fato semelhante já tem previsão legal quando se trata do afastamento cautelar do servidor público que está respondendo a procedimento administrativo. A medida cautelar também será decidida por uma autoridade administrativa.

Conforme já plenamente justificado, tal decisão não fere, a princípio, qualquer norma constitucional, não trazendo qualquer tipo de prejuízo ao servidor, que continuará recebendo seus vencimentos normalmente, sendo apenas, afastado de sua função pública para que não interfira na persecução.

O inquérito policial é o início da persecução penal, sendo o instrumento legal e capaz de trazer à tona a verdade dos fatos, esclarecendo o fato oculto. É obvio não se deve nunca utilizar o termo mera peça informativa para identificá-lo. Aliás, este dispositivo legal traz maior responsabilidade ao delegado de polícia no seu poder de indiciamento, que deverá, efetivamente, declinar os motivos que levaram à sua convicção, demonstrando a importância salutar do trabalho de polícia judiciária na fase pré-processual penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AVENA, Norberto. *Processo penal esquematizado*. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2016.
- CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Inconstitucionalidade do artigo 17-D da lei de lavagem de capitais*. Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/23815>. Acesso em 19/09/2016.
- FREITAS, Vladimir Passos de. *Lei de lavagem de dinheiro é um passo à frente*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-jul-15/segunda-leitura-lei-lavagem-dinheiro-passo-frente>. Acesso em 19/09/2016
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 4. Ed. Salvador: JusPodivm. 2016
- LOPES JR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 5. ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, v. I.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 9.ed. São Paulo: Forense, 2015, v.2.
- PEREIRA, Eliomar da Silva. *Teoria da investigação criminal*. Lisboa:Almedina, 2011.
- SANNINI NETO, Francisco. *Inquérito policial e prisões provisórias*. São Paulo: Ideias & Letras. 2014

SUMARIVA, Gracieli Firmino da Silva. *Lei Orgânica da Polícia Civil de São Paulo: comentários à lei complementar estadual 207/79*. Salvador: Juspodvium, 2014.

TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 6.ed. Salvador: JusPodivm, 2011.