

COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA

PROJETO DE LEI Nº 2.859, DE 2011

Acrescenta o art. 294-A ao Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal.

Autor: Deputado RUBENS BUENO

Relator: Deputado LINCOLN PORTELA

VOTO EM SEPARADO DEPUTADO MARCOS ROGÉRIO

I – RELATÓRIO

Trata-se de projeto de lei que visa acrescentar artigo ao Código de Processo Penal para dispor sobre o afastamento imediato do exercício de funções de funcionário público preso em flagrante ou de maneira preventiva ou temporária.

O nobre parlamentar do PPS/PR justifica sua proposição na necessidade da legislação codificada prever o preceito, com o que o administrador público, tendo decretada a prisão em flagrante ou cautelar (enquanto perdurar), seja afastado do exercício das suas funções. No seu entender, não seria aceitável, como vem rotineiramente ocorrendo na prática, que agente público, mormente prefeitos municipais, após decretada uma dessas espécies de prisão, continue a governar mesmo estando na cadeia, com potencial possibilidade de obstar o bom andamento das investigações e influir na produção de provas ou sua respectiva modificação.

A iniciativa teve o crivo da Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público (CTASP) que, conduzida pelo voto de seu relator, Dep. Policarpo, aprovou o parecer favorável à sua aprovação, em 24/04/2014.

Nesta Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC), já recebeu voto pela aprovação do seu Relator, o ilustre Dep. Lincoln Portela (PR/MG). Na mesma senda marchou o nobre Dep. Raul Jungmann (PPS/PE), que proferiu voto em separado. Consta, ademais, outro voto em separado do não menos ilustre Dep. Luiz Couto (PT/PB) que, increpando o projeto de inconstitucionalidade, o rejeita.

É o relatório.

II – VOTO

Se nenhum óbice encontramos acerca da técnica legislativa (Lei Complementar nº 95/98) nem da constitucionalidade formal, seja quanto à legítima iniciativa (art. 61 da CF), seja em relação à competência da União para legislar sobre Direito Processual Penal (art. 22, I), a matéria merece análise quanto à constitucionalidade material e quanto à juridicidade.

(i) Exame da constitucionalidade material

Torna-se necessário destacar, com a finalidade de aferir a compatibilidade vertical da norma sob votação, duas ordens de valores extraídas da proposição.

Tencionando evitar que situações particulares de agentes públicos cuja prisão (em flagrante ou temporária) tenha sido decretada continuem a exercer suas funções, de um lado a proteção ao bem jurídico coletivo. À opinião publicada soa como absurdo alguém ter sido preso e continuar administrando determinado ente da cadeia. Situação que ostenta potencial permissividade para obstrução das investigações.

À esta ordem valorativa contrapõe-se outro bem jurídico: **a presunção de inocência**, como parâmetro de proteção a bem jurídico individual, insculpido no art. 5º, inciso LVII da Constituição da República, em textual:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LVII – Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; [...]

Luzes doutrinárias deitaram-se sobre a possibilidade de relativização desta garantia constitucional que chegou ao crivo do Poder Judiciário, o qual entendeu pela viabilidade, como se passa a exemplificar¹:

Com o advento da Constituição de 1988, todos são inocentes até existir prova em contrário, porque até o transitar em julgado a sentença condenatória o réu terá o direito público subjetivo de não ostentar o *status* de condenado. Trata-se de uma projeção do Estado Democrático, que se conecta com outros corolários, tais como o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, o *in dubio pro reue* o *nullapoenasine culpa*.

O princípio da presunção de inocência não invalida:

- a) as prisões temporárias (STJ, RHC 11576-SC), REL. Min. José Dantas, 5ª Turma, v. u., DJ, de 9-3-1992, p. 2588);
- b) as prisões em flagrante e preventivas (RJTJSP, 212:352);
- c) as prisões por pronúncia (STF, RTJ, 148:741);
- d) as prisões por sentença condenatória sem trânsito em julgado (STF, HC 72.171-1-SP, rel. Min. Sydney Sanches, 1ª Turma, decisão: 22-8-1995, DJU, DE 27-10-1995, P. 36332; STF, HC 71.401-3/MS, rel. Min. Maurício Corrêa, 2ª Turma, v.u., DJ 1, de 8-9-1995, p. 28355).

Anota-se² em relação ao princípio da presunção da inocência e à jurisprudência atualizada sobre o assunto:

Presunção constitucional de inocência. Esfera administrativa. Cursos e concursos.

Aplicabilidade: 'A recusa administrativa de inscrição em Curso de Formação de Sargentos da Polícia Militar, motivada, unicamente, pelo fato de haver sido instaurado, contra o candidato, procedimento penal, inexistindo, contudo, condenação criminal transitada em julgado, transgride, de modo direto, a presunção constitucional de inocência, consagrada no art. 5º, inciso LVII, da Lei Fundamental da República. Precedentes. O postulado constitucional da presunção de inocência impede que o Poder Público trate, como se culpado fosse, aquele que ainda não sofreu condenação penal irreversível. Precedentes.' 9STF, RE 565.519/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJE de 18-5-2011).

Afastamento do exercício da função jurisdicional. Aplicação do art. 29 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional – LOMAN (Lei Complementar n. 35/79). Medida aconselhável de resguardo ao prestígio do cargo e à própria respeitabilidade do juiz:

'Não viola a garantia constitucional da chamada presunção de inocência o afastamento do cargo de magistrado contra o qual é recebida denúncia ou queixa (Inq 2.424, rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 26-11-2008, Plenário, DJE de 26-3-2010).

¹ BULOS, UadiLammêgo. *Constituição Federal anotada*. 11ª Edição ver. E atual. De acordo com a EC n. 83, de 5-8-2014 e os últimos julgados do STF – São Paulo: SARAIVA, 2015, p. 313.

² Idem.

Como se sabe, o princípio da presunção de inocência é jungido ao devido processo legal e ao Estado Democrático de Direito. É histórico fruto da influência iluminista que eclodiu na Revolução Francesa e veio sendo incorporado aos diplomas constitucionais dos países civilizados. Referido preceptivo inibe execução provisória de pena e a prisão preventiva, que somente são mitigadas em casos excepcionais.

Se, como já vimos, o Direito Posto compadece-se prudentemente, em casos concretos, com a relativização do princípio, a sua generalização certamente deturpa o conteúdo em pernicioso viés.

Se não constitui nenhum espanto conceber que um magistrado – configuradas contra ele as condições estabelecidas na lei³ e submetido à apreciação de instância julgadora – possa ser afastado da sua função, sem que isso seja considerado mal ferimento à presunção de inocência, o mesmo não ocorre no caso da proposição presente.

Não se pode igualar por inteiro o conjunto de servidores que passariam a ter a suspensão automática, imediata, de suas funções.

A medida, ademais iria a favor do desprestígio do Poder Judiciário, que ao apreciar o caso não teria outro papel senão o de presumir a periculosidade do investigado preso em flagrante ou provisoriamente, e afastá-lo da função.

O projeto não seleciona uma categoria como potencial excedora de atividade incompatível, como poderia sê-lo no caso de outras carreiras de estado – auditores fiscais, por exemplo, ou outros agentes em que se torna cabível a técnica adotada para a classe dos magistrados e dos prefeitos. Não, aqui, a redação enquadra todo e qualquer funcionário público, ou quem a ele se assemelhe para efeitos penais!

Não há razoabilidade suficiente a permitir o crivo da compatibilidade vertical.

Não podemos quedar-nos desatentos à opinião de desprestígio que atinge as instituições, especialmente o Poder Legislativo e a representatividade em particular. É que, nestes períodos onde o descrédito é como que amplificado pela mídia em geral, ocorre concomitante outro fenômeno de consequências funestas para os avanços constitucionais: a tentativa de criminalização midiática. Movimento que se relaciona com o aumento da repressão penal e seus reflexos no direito processual penal, e segue a linha da insistência ideológica do neoliberalismo (estado mínimo, tolerância zero, etc.).

³ LOMAN, Art. 29 - Quando, pela natureza ou gravidade da infração penal, se torne aconselhável o recebimento de denúncia ou de queixa contra magistrado, o Tribunal, ou seu órgão especial, poderá, em decisão tomada pelo voto de dois terços de seus membros, determinar o afastamento do cargo do magistrado denunciado.

Em suma, entendemos que o projeto em votação pelo qual se permite a generalização automática e imediata da presunção de culpabilidade, para tornar todo funcionário público preso em flagrante ou de forma preventiva incompatível com sua função, é inconciliável com a presunção de inocência.

Não se diga que o investigado não seria prejudicado com seu afastamento. Há outros aspectos que não apenas o relacionado com a remuneração atingidores da dignidade da pessoa humana, objeto do bem jurídico protegido com o decantado princípio da presunção da inocência.

Não se pense sequer na suspeita de que pretendemos justificar o crime, ou o agente de conduta tida por criminosa, assim considerado culpado depois do trânsito em julgado. Não, tão apenas pretendemos pugnar pelo respeito ao Texto Fundamental, e rechaçar o que para o neoliberalismo exsurge tão sedutor, mas que reputamos equivocada senda denominada *populismo processual penal midiático*.

(ii) Exame da juridicidade

A juridicidade⁴ comporta duas acepções: a primeira é entendida com a adequação da proposição aos princípios maiores que informam o ordenamento jurídico; a segunda diz respeito à utilidade e à necessidade da norma nova.

Já nos posicionamos contrariamente à constitucionalidade, porquanto inconciliável com a exigência da presunção da inocência, o que evidencia ausência desse aspecto da juridicidade *latu sensu*.

Todavia, há mais: a presente proposição é injurídica porque desnecessária. A finalidade que a inspira, segundo se extrai da justificativa autoral, mais se aproxima da necessidade de afastamento de funcionário público (na acepção penal do termo) em determinadas circunstâncias e não de maneira geral, automática, vinculante. É o magistrado, Poder Judiciário, quem deverá aquilatar tais circunstâncias ao caso concreto, e, em decisão livremente motivada, determinar ou não o afastamento do cargo.

Reitere-se *en passant* o voto em separado do Dep. Luiz Couto (PT/PB) que, com exatidão, aponta a previsão de afastamento cautelar do agente público no próprio Código de Processo Penal, com a redação que lhe deu a Lei nº 12.403, de 2011⁵, com objetivo acautelar de garantir ordem pública ou econômica e inibir a utilização da função por parte do acusado para prática de infrações penais.

⁴AZEVEDO, Luiz H. Cascelli de. O Controle Legislativo de Constitucionalidade. Editora Sérgio Antônio Fabris. Porto Alegre. 2001. P. 46.

⁵ Art. 319, inciso VI: 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;

Igualmente há previsão destinada aos agentes públicos (prefeitos) Decreto-Lei 201/1967, que no inciso II do seu artigo 2º determina obrigatoriedade da manifestação acerca do afastamento do réu durante a instrução criminal.

Outro tanto também lá foi indicado, na linha da desnecessidade do acautelamento aqui descrito, ante a previsão do parágrafo do art. 20 da Lei nº 8.429/1992, que dispõe sobre improbidade administrativa e determina, em textual:

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.

Na mesma linha, a Lei nº 8.112/1990 permite à autoridade administrativa o afastamento do investigado, conforme expressa o art. 147⁶.

Ante o expandido, a despeito de nada objetar quanto à formalidade constitucional e quanto à sua técnica legislativa, votamos pela inconstitucionalidade material, à vista da inconciliabilidade com o princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII), e pela injuridicidade, porquanto o objeto pretensamente buscado já está previsto de maneira racional na legislação, o que significa reconhecer a sua desnecessidade.

Quanto ao mérito, focados no preceptivo constitucional do *devido processo legal*, em seu matiz substancial, que revela irrazoabilidade e desproporcionalidade jurídicas da inovação pretendida, votamos pela REJEIÇÃO do PL 2.859, de 2011.

Sala da Comissão, em 19 de maio de 2015.

MARCOS ROGÉRIO

Deputado Federal PDT/RO

⁶ 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.