

## Fischinger: Medida cautelar do CPP e mandato eletivo

Neste sucinto estudo, busca-se responder a uma indagação que consideramos relevante e atual, dadas as recentes notícias de afastamento de agentes públicos escolhidos em pleitos eleitorais: pode o Judiciário ordenar o *afastamento cautelar* de parlamentar detentor de mandato eletivo nos termos do que dispõe o artigo 319, inciso IV do Código de Processo Penal? Relevante, sim, porque isso tem sido feito com (i)legalidade desse proceder.



Dispõe o artigo 319, inciso IV, do Código de Processo Penal

que está ao alcance do juiz aplicar, como medida cautelar diversa da prisão preventiva, a "*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*" (grifo do autor).

Por força dessa previsão, não é incomum que o Ministério Público reclame o afastamento de agentes públicos dos respectivos *mandatos* eletivos, vale dizer, alcançados pelo voto popular, de conformidade com os mais caros e valiosos princípios que designam um Estado democrático de Direito. Entre eles, destacamos, para os efeitos deste estudo, os parlamentares estaduais, distritais e federais (deputados e senadores).

Não se trata de afastar esses agentes de determinada *função* que exerçam como fruto de legítimo mandato popular, mas retirá-los de uma condição de agentes públicos que, ao contrário das regras aplicáveis aos concursos e às prerrogativas de livre nomeação delimitadas no texto constitucional, foi atribuída pelo povo.

A Constituição Federal de 1988, no §4º de seu artigo 60, consagrou o princípio da *separação dos poderes* como *cláusula pétrea*, o que impõe considerar que toda e qualquer relativização dessa garantia do jogo democrático haveria, necessariamente, de ser contemplada no seu próprio texto.

Prevê o artigo 53 da Constituição, entre diversas prerrogativas de deputados federais e senadores, a *inviolabilidade civil e penal* por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos (*caput*), a *prerrogativa de foro* — recentemente mitigada pelo Supremo Tribunal Federal — (§1º), a *imunidade contra prisão em flagrante por crime afiançável* (§2º) e a possibilidade de ser beneficiado com a *sustação do andamento de processo penal mesmo depois de recebida a denúncia em seu desfavor, por crime ocorrido após a diplomação* (§3º), com suspensão do prazo prescricional (§5º).

Destaca o §8º do artigo 53, ainda, que as imunidades subsistirão durante o estado de sítio, só podendo ser suspensas mediante o voto de dois terços dos membros da casa respectiva, nos casos de atos praticados fora do recinto do Congresso Nacional, que sejam incompatíveis com a execução da medida.

O artigo 27 da Lei Fundamental assinala, em seu §1º, que se aplicam ao mandato dos deputados estaduais todas as regras, previstas em seu bojo, concernentes ao sistema eleitoral, à inviolabilidade, às imunidades, à remuneração, à perda de mandato, à licença, aos impedimentos e à incorporação às Forças Armadas. Por sua vez, o artigo 32, ao prever que o Distrito Federal reger-se-á por lei orgânica, dispõe, expressamente, em seu §3º, que "*aos Deputados Distritais e à Câmara Legislativa aplica-se o disposto no artigo 27*".

Uma leitura sistêmica da Constituição Federal, das constituições estaduais e da Lei Orgânica do Distrito Federal revela, fora de qualquer dúvida, que não existe, a qualquer título, previsão de *afastamento temporário* do mandato popular fora daquelas situações que caracterizam e consagram, exatamente, a separação dos poderes constituídos. Tais textos contemplam a possibilidade da *perda do mandato* nas hipóteses que especificam, mas nunca, jamais, a *suspensão de seu exercício*, muito menos por determinação judicial-penal.

Veja-se que é de tal forma assentada a independência dos poderes que a lei orgânica distrital e as constituições estaduais, seguindo a concepção de *sincronia* com a Carta de 1988, preveem, invariavelmente, que, recebida a denúncia contra o deputado distrital ou estadual por crime ocorrido após a diplomação, o Tribunal de Justiça dará ciência à Assembleia ou Câmara Legislativa, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação, ainda que permaneça suspenso o prazo prescricional.

Tal previsão, insculpida na esteira da garantia de *inviolabilidade* do mandato, evidencia que a respectiva proteção constitui um dos mais sólidos fundamentos da separação dos poderes, prevenindo a ingerência de interesses externos, promovendo a estabilidade institucional e privilegiando, sobremaneira, a vontade popular.

Não se trata de confundir, aqui, *impunidade* com *inviolabilidade*. É evidente que existem mecanismos de *perda* do mandato, alguns deles por determinação do próprio Poder Judiciário, mas a essência dos textos constitucionais está, sem dúvida, em que a traumática interrupção de um mister público diretamente atribuído pelos eleitores deva resultar primordialmente de um processo *interno* de depuração.

---

Portanto, possuindo as prescrições aplicáveis aos deputados fundamento original na Constituição Federal de 1988, e não tendo a Carta Política estabelecido quaisquer hipóteses de *afastamento cautelar* do mandato eletivo alcançado pelo parlamentar, há de se considerar inconstitucional a suspensão do exercício de tal *munus* na legislação ordinária, ainda mais quando se verifica que a própria tramitação do processo penal está submetida à sustação do Poder Legislativo.

Ora: se o Poder Judiciário não pode dar curso à persecução penal quando houver oposição do Legislativo, muito menos poderá determinar o afastamento do mandato eletivo sem que, no mínimo, seja facultado o controle da respectiva casa.

Em suma: ainda que se admita aceitável compreender que a expressão *suspensão da função*, prevista no inciso VI do artigo 319, abrange um *mandato eletivo*, tal regra, no que respeita às prerrogativas parlamentares, é afrontosa ao texto constitucional.

Sem prejuízo dessas considerações, percebe-se que uma interpretação mais atenta do inciso IV em questão leva a concluir que este sequer se aplica à suspensão de mandato eletivo. O dispositivo faz menção à suspensão de *função pública*, e não de *cargo público*. Considerando-se que a lei não se vale de palavras inúteis, é de fundamental importância a distinção entre tais conceitos.

No escólio do Direito Administrativo, *cargo* e *função* são institutos inconfundíveis, podendo-se enunciar, em grande síntese, que um *cargo* pode contemplar variadas *funções*, mas uma *função* sequer corresponde necessariamente ao exercício de um cargo.

Conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro [\[1\]](#), a Constituição Federal, em vários dispositivos, emprega os vocábulos *cargo*, *emprego* e *função* para designar realidades diversas. Observa a estudiosa que, *"ao lado do cargo e do emprego, que têm uma individualidade própria, definida em lei, existem atribuições também exercidas por servidores públicos, mas sem que lhes corresponda um cargo ou emprego. Fala-se, então, em função dando-se-lhe um conceito residual: é o conjunto de atribuições às quais não corresponde um cargo ou emprego"* (grifos do autor).

Assim, à luz da Constituição, quando se fala em *função*, tem-se em vista dois tipos de situações: 1) a função exercida por servidores contratados temporariamente com base no artigo 37, IX, para as quais não se exige, necessariamente, concurso público, porque às vezes, a própria urgência da contratação é incompatível com a demora do procedimento; e 2) as funções de natureza permanente, correspondentes a chefia, direção e assessoramento ou outro tipo de atividade para a qual o legislador não crie o cargo respectivo; em geral, são funções de confiança, de livre provimento e exoneração, às quais se refere o artigo 37, V.

Com isso, assinala Di Pietro que *"fica explicada a razão de ter o constituinte, no artigo 37, II, exigido concurso público só para a investidura em cargo ou emprego. Nos casos de função, a exigência não existe porque os que a exercem ou são contratados temporariamente para atender às necessidades emergentes da Administração, ou são ocupantes de funções de confiança, para as quais não se exige concurso público"*.

---

No mesmo sentido, assinala Diógenes Gasparini que "*o cargo não se confunde com a função, embora todo cargo tenha função. Esta é, apenas, a atribuição ou o rol de atribuições cometido a determinado agente público para a execução de serviços eventuais ou transitórios sob o regime celetista, tais como os que justificam a contratação dos agentes temporários (artigo 37, IX, da CF). Isto nos leva a dizer que pode existir função sem cargo*" [2] (grifo do autor).

Dessas pertinentes considerações doutrinárias, resulta que constitui grave equívoco confundir, como se fossem a mesma coisa, o *cargo*, ocupado a título de *mandato eletivo*, com uma eventual *função* decorrente do respectivo exercício — como, *v.g.*, ocupar a mesa diretora, integrar uma comissão temática ou desempenhar a relatoria em matéria de interesse da Casa.

A relevância da distinção é patente, pois o inciso VI do artigo 319 do Código de Processo Penal faz menção exclusivamente à suspensão de *função* pública, e não de *cargo* público. Até porque não é possível, tecnicamente, *suspender* um cargo.

Nesse passo, a consequência lógica de sua incidência é a obrigatoriedade de uma identificação precisa, sem margem de interpretação, de *qual ou quais* função(ões), dentre as inumeráveis contempladas pelo exercício do mandato eletivo, se pretende suspender, sendo inconcebível compreender que *cargo* de deputado distrital é a mesma coisa que *função* decorrente de sua ocupação.

É fora de questão, nesse passo, que o inciso VI do artigo 319 do CPP não admite o afastamento do cargo — como providência genérica, generalizada —, razão pela qual a eventual perda temporária de algumas prerrogativas (*funções*) do mandato de deputado distrital não abarca a proibição de seu exercício, ainda que de forma mais limitada, preservadas todas as prerrogativas insculpidas na Constituição Federal e na lei orgânica.

O rol previsto no artigo 319 é absolutamente taxativo, não admitindo elastério, muito menos em desfavor dos imputados, ainda que se trate de prescrição de cunho processual penal, como advertem Juarez Cirino dos Santos [3] e Aury Lopes Jr [4].

Há, assim, clara vulneração da *taxatividade* da lei na aplicação de medida restritiva de direito fundamental não prevista no diploma processual, destacando-se, nesse ponto, o descabimento da ideia de um *poder geral de cautela* do magistrado criminal [5].

Não fosse isso o bastante, há o obstáculo da inevitável ofensa à garantia constitucional do *estado de inocência*, regra de tratamento elementar do sistema acusatório e mecanismo de contenção de abusos do estado encarregado da persecução, conquista civilizatória que busca, exatamente, evitar a injusta antecipação dos efeitos da declaração formal da culpabilidade, que só se materializa com o trânsito em julgado.

É impensável, inaceitável e extraordinariamente fora de qualquer panorama de razoabilidade que alguém, não raro sequer ainda processado em juízo, seja impedido de exercer mandato eletivo para o qual escolhido dentro das regras democráticas.

Assim, concluímos, em primeiro plano, pela incompatibilidade do afastamento de cargo eletivo de parlamentar com a Constituição e, como proposição alternativa, a incongruência do disposto no artigo 319, inciso VI do Código de Processo Penal com esta modalidade alternativa à prisão preventiva, à vista da necessidade de respeito à taxatividade do rol de medidas inculpado no referido dispositivo — que prevê suspensão de *função*, e não de *cargo* público — e, sobremaneira, ao *princípio da legalidade*, que determina exegese restritiva das regras processuais penais limitadoras de direitos do arguido.

[1] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2003, p. 437-439.

[2] GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 249.

[3] CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal – parte geral. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, p. 53

[4] LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 259

[5] LOPES JR., Aury. A (in)existência de poder geral de cautela no processo penal. BOLETIM IBCCRIM: São Paulo, ano 17, n.203, p. 08-09, out., 2009.

#### **Date Created**

04/09/2020