ISSN 2179-1627

Revista SÍNTESE

Direito Penal e Processual Penal

Ano XXI – nº 122 – Jun-Jul 2020

Repositório Autorizado de Jurisprudência
Superior Tribunal de Justiça – Nº 50/2001
Tribunal Regional Federal da 1ª Região – Nº 18/2001
Tribunal Regional Federal da 2ª Região – Nº 1999.02.01.057040-0
Tribunal Regional Federal da 3ª Região – Nº20/2010
Tribunal Regional Federal da 4ª Região – Nº 07/0042596-9
Tribunal Regional Federal da 5ª Região – Nº 10/07

VP Business Information
Elton José Donato

Gerente Editorial e de Consultoria
Milena Sanches Tayano dos Santos

Editora
Herica Eduarda Geromel Vasques

Conselho Editorial
Fernando da Costa Tourinho Filho, Geraldo Batista de Siqueira, Jader Marques,
Milton Jordão, Neemias Moretti Prudente, Paulo José Iasz de Morais,
René Ariel Dotti, Roger Spode Brutti, Rômulo de Andrade Moreira,
Ronaldo Batista Pinto, Salvador José Barbosa Júnior

Comitê Técnico
Débora de Souza de Almeida, Giovani Agostini Saavedra,
Leonardo Schmitt De Bem, Mateus Marques,
Renata Jardim da Cunha Rieger, Rogério Montai de Lima

Colaboradores desta Edição
Antonio Baptista Gonçalves, Arthur Rioboo da Costa,
Eduardo Luiz Santos Cabette, Fabiani Mrosinski Peppi, Felipe Faoro Bertoni,
Gisele Leite, José Francisco Fischinger, Marcelo Schenk Duque,
Renata Jardim da Cunha Rieger, Renata Jardim da Cunha Rieger

RDP_122_miolo.indd 1 08/06/2020 09:24:32

Inviabilidade da Aplicação da Medida Cautelar Prevista no Inciso VI do Artigo 319 do Código de Processo Penal Quando Se Trata de Mandato Eletivo: Independência do Poder Legislativo. Inexistência de Previsão Constitucional. Princípio da Taxatividade em Matéria Penal. Distinção entre Cargo e Função

JOSÉ FRANCISCO FISCHINGER
Advogado sediado em Brasília/DF, Mestre em Ciências Criminais (PUCRS).

Neste sucinto estudo, busca-se responder a uma indagação que consideramos relevante: pode o Judiciário ordenar o *afastamento cautelar* de Parlamentar detentor de mandato eletivo nos termos do que dispõe o art. 319, IV, do Código de Processo Penal? Relevante, sim, porque isso tem sido feito com razoável frequência, sem que se cogite da (i)legalidade desse proceder.

Dispõe o art. 319, 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" (grifamos).

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. Dentre 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 art. 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 art. 53 da Constituição, dentre 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[1] – (§ 1º), a *imunidade contra prisão em*

1 Em maio de 2017, o Plenário do STF iniciou julgamento de Questão de Ordem na Ação Penal (AP) nº 937/RJ, em que se discutiu o alcance do foro por prerrogativa de função. O Ministro Roberto Barroso (relator) resolveu questão de ordem no sentido de que (a) o foro por prerrogativa de função seja aplicado apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e (b) a competência para processar e julgar as ações penais não seja mais afetada, após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para que sejam apresentadas as alegações finais, em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o que ocupava, qualquer que seja o motivo. As Ministras Rosa Weber e Cármen Lúcia acompanharam o relator, e o Ministro Marco Aurélio o acompanhou em parte. O relator afirmou que a quantidade de pessoas beneficiadas pelo foro e a extensão que se tem dado a ele, a abarcar fatos praticados antes de o indivíduo ser investido no cargo beneficiado pelo foro de prerrogativa de função ou pela prática de atos sem qualquer conexão com o exercício do mandato que se deseja proteger, tem levado a múltiplas disfuncionalidades. A primeira delas é atribuir ao Supremo Tribunal Federal (STF) uma competência para a qual ele não é vocacionado. Nenhuma Corte constitucional no mundo tem a quantidade de processos de competência originária em matéria penal como tem a do Brasil. E, evidentemente, na medida em que desempenha esse papel de jurisdição penal de primeiro grau, o STF afasta-se da sua missão primordial de guardião da Constituição e de equacionamento das grandes questões nacionais. Como o procedimento no Supremo é muito mais complexo do que no juízo de primeiro grau, demanda-se mais tempo para apreciar a denúncia, processar e julgar a ação penal. Em consequência, é frequente a ocorrência de prescrição, que nem sempre ocorre por responsabilidade do Tribunal, mas por conta do próprio sistema. Portanto, o mau funcionamento do sistema traz, além de impunidade, desprestígio para o STF. Essa impunidade faz com que o direito penal perca o seu principal papel de funcionar como prevenção geral. O relator frisou que a situação atual revela a necessidade de mutação constitucional. Isso ocorre quando a Corte constitucional muda um entendimento consolidado, não porque o anterior fosse propriamente errado, mas porque a realidade fática mudou, ou porque a percepção social do Direito mudou, ou porque as consequências práticas de uma orientação jurisprudencial se revelaram negativas. O ministro ressaltou, ainda, que as três hipóteses que justificam a alteração de uma linha de interpretação constitucional estão presentes na hipótese dos autos. Consignou que a nova interpretação prestigia os princípios da igualdade e republicano, além de assegurar às pessoas o desempenho de mandato livre de interferências, que é o fim pretendido pela norma constitucional. Observou que viola o princípio da igualdade resguardar, com foro de prerrogativa, um agente público por seus atos praticados sem relação com a função para a qual se quer resguardar sua independência, porque é a atribuição de um privilégio. Além disso, o princípio republicano tem como uma das suas dimensões mais importantes a possibilidade de responsabilização dos agentes públicos. A prescrição, o excesso de retardamento e a impunidade, que resultam do modelo de foro por prerrogativa de função, não se amoldam ao princípio republicano. Segundo o relator, essa nova linha interpretativa deve aplicar-se imediatamente aos processos em curso, com a ressalva de todos os atos praticados e todas as decisões proferidas pelo STF e pelos demais juízos com base na jurisprudência anterior. O Ministro Marco Aurélio pontuou que a fixação da competência está necessariamente ligada ao cargo ocupado na data do cometimento da prática criminosa. Essa competência, em termos de prerrogativa, é única e não é flexível. Não pode, portanto, haver deslocamento para outra instância após eleição posterior. Divergiu do relator apenas na parte em que determinada a manutenção da competência por prerrogativa de foro após o despacho de intimação para apresentação de alegações finais, se o agente público vier a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava. Afirmou que, fixada a competência por prerrogativa de foro e considerado o liame entre a prática delituosa e o mandato, se o detentor da prerrogativa de foro deixar o cargo, ele passa a ter o tratamento reservado aos cidadãos comuns. Sublinhou que esse entendimento foi fixado no julgamento do INQ 687-QO/SP (DJU 09.11.2001), quando foi revogado o Enunciado nº 394 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. Em seguida, o Ministro Alexandre de Moraes pediu vista dos autos. Em novembro de 2017, o Plenário retomou o julgamento, ocasião em que o Ministro Alexandre de Moraes, em voto-vista, acompanhou em parte o relator. Aderiu à conclusão de que os parlamentares possuem foro por prerrogativa de função no Supremo Tribunal Federal (STF) quanto aos crimes praticados a partir da diplomação e até o final do mandato ou até o final do julgamento, caso já tenha sido encerrada a instrução processual e publicado o despacho de intimação para apresentação de alegações finais. Divergiu, entretanto, no ponto em que o relator reconhece a prerrogativa de

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*[2], com suspensão do prazo prescricional (§ 5º).

Destaca o § 8º do art. 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 art. 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 art. 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 art. 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.

---

foro apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas. Considerou que a expressão "nas infrações penais comuns", prevista no art. 102, I, *b*, da Constituição Federal, alcança todos os tipos de infrações penais, ligadas ou não ao exercício do mandato. O Ministro Alexandre de Moraes, nos casos em que permanecer o foro por prerrogativa para deputados e senadores, votou no sentido de não serem aplicadas as hipóteses de continência e conexão. Defendeu o cancelamento do Enunciado da Súmula nº 704 do STF. Considerou, ainda, que o foro somente é extensível quando o fato típico for único e indivisível. Os Ministros Edson Fachin, Luiz Fux e Celso de Mello acompanharam integralmente o relator. Em seguida, o Ministro Dias Toffoli pediu vista dos autos. Em 02.05.2018, após os votos dos Ministros Dias Toffoli e Ricardo Lewandowski, acompanhando em parte o relator, nos termos de seus votos, o julgamento foi suspenso. No dia seguinte, por maioria e nos termos do voto do relator, o Pleno resolveu questão de ordem no sentido de fixar as seguintes teses: "(i) O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e (ii) após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo", com o entendimento de que esta nova linha interpretativa deve se aplicar imediatamente aos processos em curso, com a ressalva de todos os atos praticados e decisões proferidas pelo STF e pelos demais juízos com base na jurisprudência anterior, conforme precedente firmado na Questão de Ordem no Inquérito nº 687 (Rel. Min. Sydney Sanches, J. 25.08.1999). O acórdão foi finalmente publicado em 11.12.2018 (AP 937-QO/RJ, Rel. Min. Roberto Barroso, AP-937).

2 "§ 3º Recebida a denúncia contra o Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva, 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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001)."

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 art. 319, abrange um *mandato eletivo*, tal regra, no que respeita às prerrogativas parlamentares, é afrontosa ao texto constitucional.

Sem prejuízo dessas considerações, percebe-se, por outra medida, 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:

> A Constituição Federal, em vários dispositivos, emprega os vocábulos *cargo, emprego* e *função* para designar realidades diversas, porém que existem paralelamente na Administração. Cumpre, pois, distingui-las.
>
> Para bem compreender o sentido dessas expressões, é preciso partir da ideia de que na Administração Pública todas as competências são definidas na lei e distribuídas em três níveis diversos: *pessoas jurídicas* (União, Estados e Municípios), órgãos (Ministérios, Secretarias e sua subdivisões) e *servidores públicos*; estes ocupam *cargos* e *empregos* ou exercem *função*.
>
> Daí a observação de Celso Antonio Bandeira de Mello (1975a:17): "*Cargo* é a denominação dada à mais simples unidade de poderes e deveres estatais a serem expressos por um agente". [...]
>
> Com efeito, as várias competências previstas na Constituição para a União, Estados e Municípios são distribuídas entre seus respectivos órgãos, *cada qual dispondo de determinado número de cargos criados por lei, que lhes confere denominação própria, define suas atribuições e fixa o padrão de vencimento ou remuneração*.
>
> [...]
>
> No entanto, 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*. [...]
>
> Perante a Constituição atual, quando se fala em *função*, tem-se que ter em vista dois tipos de situações:
>
> 1) a função exercida por servidores contratados temporariamente com base no art. 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; a Lei nº 8.112/1990 definia, no art. 233, § 3º, as hipóteses em que o concurso era dispensado; esse dispositivo foi revogado pela Lei nº 8.745, de 09.12.1993, que agora disciplina a matéria, com as alterações introduzidas pela Lei nº 9.849, de 26.10.1999;

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; a elas se refere o art. 37, V, ao determinar, com a redação da Emenda Constitucional nº 19, que "as funções de confiança serão exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento".

Com isso, fica explicada a razão de ter o constituinte, no art. 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.[3] (grifos nossos)

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 (art. 37, IX, da CF). *Isto nos leva a dizer que pode existir função sem cargo.*

As funções do cargo são *permanentes*, devendo, por isso, ser desempenhadas por servidores públicos estatutários. As funções sem cargo ou autônomas, como querem alguns, são provisórias, e, por essa razão, dever ser da responsabilidade de agentes temporários. Também não se confunde com função de confiança, que, nos termos do art. 37, V, da Constituição Federal, são centros unitários com atribuições de direção, chefia e assessoramento, criados por lei e titularizáveis por servidores públicos ocupantes de cargos efetivos e da confiança da autoridade com poderes de nomeação. Embora semelhantes aos cargos em comissão, com estes não se confunde.[4] (grifos nossos)

Dessas pertinentes considerações doutrinárias, resulta que constitui gravíssimo equívoco confundir, como se fossem a mesma coisa, o *cargo*, ocupado a título de *mandato eletivo*, com uma eventual *função* decorrente do respectivo

3 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 437-439.

4 GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 249.

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 art. 319 do Código de Processo Penal faz menção exclusivamente à suspensão de *função* pública, e não de *cargo* público.

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), entre 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 art. 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 art. 319 é absolutamente taxativo, não admitindo elastério, muito menos em desfavor dos imputados, ainda que se trate de prescrição de cunho processual penal.

Na acurada lição de Juarez Cirino dos Santos, a *legalidade processual* está desenhada por dois importantes aspectos:

> [...] primeiro, o primado do direito penal substancial *determina a extensão das garantias do principio da legalidade ao subsistema de imputação (assim como aos subsistemas de indiciamento e de execução penal), porque a coerção processual é a própria realização da coação punitiva*; segundo, *o gênero lei penal abrange as espécies lei penal material e lei penal processual, regidas pelo mesmo principio fundamental*.[5] (grifos nossos)

Da mesma forma, observa Aury Lopes Jr. ser descabida a concepção de um processo penal

> senão para apurar a prática de um fato aparentemente delituoso e aplicar a pena correspondente. *Assim, essa íntima relação e interação dão o caráter de coesão do "sistema penal", não permitindo que se pense o direito penal e o processo penal como compartimentos estanques*.[6] (grifos nossos)

5 CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal* – Parte geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 53.

6 LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 259.

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:

> No processo civil, explica *Calamandrei*, é reconhecido o poder geral de cautela (*potere cautelare generale*), confiado aos juízes, em virtude do qual eles podem, sempre, onde se manifeste a possibilidade de um dano que deriva do atraso de um procedimento principal, providenciar de modo preventivo a eliminar o perigo, utilizar a forma e o meio que considerem oportuno e apropriado ao caso. [...]
>
> *Mas isso só é possível no processo civil.*
>
> Novamente a fenomenologia do processo penal cobra respeito a sua diferença, impedindo a inadequada importação das categorias do processo civil.
>
> No processo penal, *não existem medidas cautelares inominadas e tampouco possui o juiz criminal um poder geral de cautela.*
>
> *No processo penal, forma é garantia. Logo, não há espaço para "poderes gerais", pois todo poder é estritamente vinculado a limites e à forma legal. O processo penal é um instrumento limitador do poder punitivo estatal, de modo que ele somente pode ser exercido e legitimado a partir do estrito respeito às regras do devido processo.* E, nesse contexto, o princípio da legalidade é fundante de todas as atividades desenvolvidas, posto que o *due process of law* estrutura-se a partir da legalidade e emana daí seu poder.
>
> A forma processual é, ao mesmo tempo, limite de poder e garantia para o réu. É crucial para compreensão do tema o conceito de *fattispecie giuridica processuale*, isto é, o conceito de *tipicidade processual* e de *tipo processual*, pois *forma é garantia*. Isso mostra, novamente, a insustentabilidade de uma teoria unitária, infelizmente tão arraigada na doutrina e jurisprudência brasileiras, pois não existe conceito similar no processo civil.
>
> Como todas as medidas cautelares (pessoais ou patrimoniais) implicam severas restrições na esfera dos direitos fundamentais do imputado, também exigem estrita observância do princípio da legalidade e da tipicidade do ato processual por consequência. Não há a menor possibilidade de tolerar-se restrição de direitos fundamentais a partir de analogias, menos ainda com o processo civil, como é a construção dos tais "poderes gerais de cautela".
>
> [...]
>
> Recordemos *Juarez Tavares* quando ensina que nessa questão entre liberdade individual e poder de intervenção do Estado não se pode esquecer que a "garantia e o exercício da liberdade individual não necessitam de qualquer legitimação, em face de sua evidência", e, noutra dimensão, "o que necessita de legitimação é o poder de punir do Estado, e esta legitimação não pode resultar de que ao Estado se lhe reserve o direito de intervenção".

> [...]
>
> *... não se pode admitir uma ampliação, por analogia e importação de categorias do processo civil (!), do poder punitivo estatal*. O exercício do poder punitivo é vinculado e legalmente delimitado, sob pena de ter-se como abusivo e ilegítimo.
>
> Toda e qualquer medida cautelar no processo penal somente pode ser utilizada quando prevista em lei (legalidade estrita) e observados seus requisitos legais no caso concreto.
>
> *Dessarte, são absolutamente ilegais as medidas 'acessórias' aplicadas no momento da concessão de liberdade provisória* [...].
>
> Em suma: toda e qualquer restrição de direitos fundamentais deve estar estritamente vinculada ao modelo legal (tipo processual), não se admitindo analogias ou interpretação extensiva.
>
> Não há, no processo penal, poder geral de cautela ou medidas cautelares inominadas ou atípicas.
>
> Somente se admite a aplicação das medidas cautelares previstas no Código de Processo Penal, com estrita observância dos requisitos legais.[7]

Não fosse isso o bastante, há o obstáculo da gravíssima 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 art. 319, 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 insculpido 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.

---

7 LOPES JR., Aury. A (in)existência de poder geral de cautela no processo penal. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, a. 17, n. 203, p. 08-09, out. 2009.