

Fundamento da ordem pública e a cautelar de suspensão do exercício da função pública

17/01/2024

A Lei nº 12.403/11, oriunda do PL nº 4.208/01, cujo texto foi produzido por uma comissão constituída por grandes juristas, a exemplo de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Jr. etc., surgiu com o objetivo de ressignificar a discussão sobre medidas cautelares pessoais no Brasil. À época, os fundamentos eram claros e bem definidos, buscando *“superar as distorções produzidas no Código de Processo Penal”*, assim como *“proceder ao ajuste do sistema às exigências constitucionais atinentes à prisão e à liberdade provisória e colocá-lo em consonância com modernas legislações estrangeiras”* [1].

Dentre os objetivos, destaca-se *“o aumento do rol das medidas cautelares, antes centradas essencialmente na prisão preventiva e na liberdade provisória sem fiança”* [2], a partir do qual foram criadas as medidas cautelares diversas da prisão, cujo rol consta no artigo 319 do CPP. Na prática, o excesso de expectativa da comunidade jurídica, consubstanciado na diminuição da população carcerária em razão da racionalização da prisão cautelar, transformou-se em frustração. A população carcerária não diminuiu, tampouco a utilização da prisão cautelar. As cautelares diversas da prisão, conforme o raciocínio de Aury Lopes Jr., ao invés de diminuir, acabaram ampliando o espaço de controle do Estado sobre a liberdade individual [3].

A medida cautelar de suspensão do exercício da função pública (artigo 319, VI, do CPP e artigo 2º, § 5º, da Lei nº 12.850/13), afora consubstanciar um dos exemplos do aumento do controle estatal sobre a liberdade individual, acaba ocasionando uma fricção com a soberania popular. Afinal, em se tratando de detentor de mandato eletivo, além dos prejuízos individuais ao mandatário, o afastamento se irradia sob interesses coletivos, precisamente a soberania popular, emanada dos eleitores que, ao exercerem sua capacidade eleitoral ativa, confiaram ao mandatário o direito de exercer determinada função pública.

Diante disso, adotando como premissa argumentativa uma distinção entre “função pública” e “cargo político”, assim como para resguardar o princípio da separação dos poderes (artigo 2º da CF/88), parcela da doutrina sustenta a inaplicabilidade do artigo 319, VI, do CPP às pessoas eleitas pelo voto popular [4]. Todavia, apesar da verossimilhança da crítica, o fato é que, desde meados de 2016, o Plenário do STF admite o afastamento de pessoas detentoras de mandato eletivo. Na ocasião, ao afastar o então deputado federal Eduardo Cunha (RJ), à época também



presidente da Câmara dos Deputados, o STF assentou que *“é inteiramente cabível, por certo que em circunstâncias excepcionais devidamente justificáveis e justificadas, o pedido de afastamento temporário do exercício do mandato parlamentar”* (STF, AC nº 4.070/DF, rel. min. Teori Zavascki, Plenário, j. 5/5/16).

Daí em diante, foram diversos os casos de decretação da medida cautelar de suspensão do exercício da função pública, incluindo o ex-deputado Aécio Neves (MG) e o ex-governador Wilson Witzel (RJ); mais recentemente, o governador Paulo Dantas (AL) e o governador Ibaneis Rocha (DF). É inegável, portanto, que os órgãos de persecução penal estão utilizando referida medida cautelar com maior frequência, muitas vezes sem mensurar os prejuízos decorrentes da utilização desmedida da suspensão da função pública. Cita-se, por exemplo, o caso do Governador Paulo Dantas, o qual foi afastado pelo STJ justamente durante a eleição de 2022, sem contraditório, tratando-se de pleito eleitoral cujas pesquisas apontavam a liderança do governador. Logo após, o STF sobrestou a medida, alertando que *“[o] Poder Judiciário deve ter cautela e autocontenção em decisões que interfiram no processo eleitoral no calor da disputa”* (STF, RCL-MC nº 56.518/AL, rel. min. Roberto Barroso, decisão monocrática, j. 24/10/2022).

Esse contexto, caracterizado pela fricção estabelecida entre o interesse público subjacente à medida cautelar do art. 319, VI, do CPP e os interesses individuais e coletivos que gravitam sob o mandato eletivo, exige uma análise minudente dos requisitos e fundamentos de decretação da medida cautelar de suspensão do exercício da função pública. E, nesse aspecto, cumpre-se esclarecer que as cautelares contidas no rol do artigo 319 do CPP, afora eventuais disposições presentes nos incisos, regem-se pelo artigo 282 do CPP (não pelo artigo 312 do CPP).

Apesar disso, e não obstante o artigo 282 do CPP não faça qualquer referência à expressão “ordem pública”, são comuns as decretações da medida cautelar de suspensão do exercício da função pública com base no fundamento da ordem pública. A título exemplificativo, cita-se o afastamento do governador Ibaneis Rocha (DF) pelo STF e, mais recentemente, o novo afastamento do prefeito Jairo Jorge de Canoas/RS pelo TRF-4:

“O afastamento do exercício do cargo se trata, portanto, de medida razoável, adequada e proporcional para garantia da ordem pública com a cessação da prática criminosa reiterada, havendo, neste caso, fortes indícios de que o investigado é, no mínimo, conivente com associação criminosa voltada a atos terroristas (...).” (STF, INQ nº 4.879/DF, rel. min. Alexandre de Moraes, decisão monocrática, j. 8/1/2023)

“E, reitero, ao que consta dos autos, as condutas investigadas e narradas pelo órgão ministerial indicam que a atuação supostamente ilícita do prefeito, seus familiares e servidores mais próximos indubitavelmente depende de sua relação com o cargo público. Nessa via, a possibilidade de continuar à frente da administração é preocupante e exige

cautela, notadamente a fim de garantir a ordem pública e evitar prejuízos à aplicação da lei penal.” (TRF-4, Cautelar Inominada nº 5022094-96.2023.4.04.0000/RS, rel. des. Danilo Pereira Jr., red. des. Loraci Flores de Lima, 4ª Seção, j. 23/11/2023)

Em ambos os casos, o fundamento da ordem pública foi preponderante, senão exclusivo, especialmente em razão de sua vagueza semântica, tratando-se de um *habitat* confortável para o decisionismo judicial. Isso porque, ao contrário dos demais fundamentos cautelares (v.g. aplicação da lei penal e conveniência da instrução criminal), a ordem pública e econômica são conceitos eminentemente subjetivos, prescindindo-se de cautelaridade e, malgrado a jurisprudência se esforce para delimitar o campo de abrangência, a vagueza semântica acaba abrindo margem para decisões iníquas.

Ocorre que, diferentemente da prisão preventiva, cujo fundamento da ordem pública encontra guarida expressa no artigo 312 do CPP, inexistente idêntica previsão no âmbito das medidas cautelares do artigo 319 do CPP – incluindo a de suspensão do exercício da função pública. Logo, não há que se falar em aplicação do fundamento da ordem pública à medida cautelar de suspensão do exercício da função pública (artigo 319, VI, do CPP e artigo 2º, § 5º, da Lei nº 12.850/13) e isso, mais detalhadamente, por três motivos.

Primeiro, ao observar os limites semânticos do artigo 312 do CPP, conclui-se que o fundamento da ordem pública se aplica única e exclusivamente à prisão preventiva, inexistindo espaço para qualquer interpretação expansiva:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

Segundo, o artigo 282, I e II, do CPP, dispositivo cuja redação foi alterada pela mesma legislação que criou as medidas cautelares diversas da prisão (Lei nº 12.403/11), ao elencar os fundamentos exigidos para a decretação das cautelares do artigo 319 do CPP, não faz qualquer menção ao fundamento da ordem pública:

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.

Terceiro, ao dispor sobre a medida cautelar de suspensão do exercício da função pública no âmbito das organizações criminosas, o art. 2º, § 5º, da Lei nº 12.850/13 também não faz qualquer menção ao fundamento da ordem pública:

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.

Desse modo, tratando-se de opções inquestionavelmente legítimas do legislador no âmbito da Lei nº 12.403/11 e da Lei nº 12.850/13, e cujos requisitos se arrimam na literalidade da nossa legislação processual penal, conclui-se que o fundamento da ordem pública é incompatível com a medida cautelar de suspensão do exercício da função pública, de modo que eventual afastamento para garantir a ordem pública é ilegal.

[1] BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4.208/2001. Disponível em:

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=401942&filename=PL%20. Acesso em: 14/1/2024.

[2] *Idem*.

[3] “O maior problema é que tais medidas tão logo entraram em vigor passaram a ser deturpadas pela práxis judicial, não servindo, efetivamente, como redutoras de danos, mas sim de expansão de controle.

O problema reside exatamente na banalização do controle, de modo que condutas de pouca reprovabilidade penal e que até a reforma de 2011 não ensejariam qualquer tipo de controle cautelar (até pela desnecessidade) passaram a ser objeto de intensa incidência de restrições. O que se buscava com a reforma era reduzir o campo de incidência da prisão cautelar e não criar um maior espaço de controle estatal sobre a liberdade individual. Mas infelizmente foi isso o que ocorreu.” (LOPES JR., Aury. Prisões cautelares. 7 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. *E-book*. p. 66).

[4] Por todos, cita-se Plínio Melgaré (revista eletrônica **Consultor Jurídico**, 11/1/2023.

Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jan-11/plinio-melgare-judiciario-suspensao-mandatos-eletivos/>. Acesso em: 14/1/2024) e José Francisco Fischinger (**Consultor Jurídico**, 4/12/2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-04/fischinger-medida-cautelar-cpp-mandato-eletivo/>. Acesso em: 14/1/2024).

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2024-jan-17/fundamento-da-ordem-publica-e-a-cautelar-de-suspensao-do-exercicio-da-funcao-publica/>