



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UnB
FACULDADE DE DIREITO – FD

**MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS DIVERSAS DA PRISÃO: A suspensão do
exercício da função pública pela lógica da contemporaneidade dos fatos e provas.**

Giovana Araujo Vieira

Brasília - DF

2018

GIOVANA ARAUJO VIEIRA

MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS DIVERSAS DA PRISÃO: A suspensão do exercício da função pública pela lógica da contemporaneidade dos fatos e provas.

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Direito.

Orientador: Professor Doutor João Costa Ribeiro Neto

Brasília, 2018

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UnB
FACULDADE DE DIREITO – FD

GIOVANA ARAUJO VIEIRA

MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS DIVERSAS DA PRISÃO: A suspensão do exercício da função pública pela lógica da contemporaneidade dos fatos e provas.

Monografia avaliada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília pela seguinte banca examinadora:

Professor Doutor João Costa Ribeiro Neto
Orientador

Professor Doutor Vallisney de Souza Oliveira
Examinador

Professor Mestre Pedro Machado de Almeida Castro
Examinador

Brasília – DF, 25 de junho de 2018.

À minha amada mãe Sandra e em devoção à
Nossa Senhora.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, me cabe agradecer à Deus, pela bênção de poder estar onde eu escolhi, na Universidade de Brasília, me formando no curso que sempre sonhei. E a Maria, pela sua intercessão, amor e infinita bondade sempre que precisei.

Agradeço imensamente à minha amada mãe, Sandra que me proporcionou todas as ferramentas para que eu pudesse trilhar e conquistar o meu caminho. Tudo que fiz foi por ela, com ela e para ela. Com todo meu amor, a agradeço imensamente.

Agradeço à minha tia Alessandra Araujo e ao meu tio Adriano Araujo que sempre estiveram por perto quando foi preciso.

Agradeço à minha tia Viviane Rabelo, que foi mais que uma tia para mim. Como referência não de tia, mas de mãe, pela infinita bondade, carinho e compreensão quando foi preciso, te agradeço.

Agradeço, ainda aos meus primos Kaio, Alexandra e Enrique por serem minha ponte à minha infância. Por sempre estarem comigo nos momentos de alegria e por despertar em mim um amor que não tem tamanho.

Ao meu companheiro Felipe Ferraz, agradeço por toda paciência do mundo. Em sua bondade, me ajudou, me apoiou e me fortaleceu quando foi necessário! Obrigada por sempre me inspirar a conseguir o meu melhor e me mostrar que eu sempre posso melhorar.

Agradeço aos meus amigos Letícia Granados, Letícia Cantuário, Lane Ferreira, Regina Luisi e Leandro Costa pela cumplicidade, amizade e por estarem sempre apoiando uns aos outros. Tenho muita sorte por ter iniciado esse caminho ao lado de vocês e estaremos sempre juntos.

Agradeço à equipe de advogados do Santoro Advogados pela complementação a minha formação e, em específico, à Dra. Maria Letícia que sempre foi um exemplo de profissional na qual eu pude me espelhar e que com toda a sua generosidade muito me ensinou.

Agradeço ao Professor Dr. João Costa Neto, pela confiança e pelo apoio fundamental para o encerramento desse meu ciclo acadêmico que me fez acreditar que seria possível.

Devo um pouco do que sou e da minha formação a cada uma dessas pessoas que se fizeram únicas ao longo da minha trajetória. O meu grande e sincero obrigada!

RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo de avaliar a influência e importância do elemento temporal no momento da decretação das medidas cautelares diversas, em específico, no que se refere à suspensão do exercício da função pública. Para tanto, foram delimitado os requisitos autorizadores, *Fumus Commissi Delicti* e *Periculum Libertatis*, e, posteriormente, relacionado à proporcionalidade. No tocante ao elemento da proporcionalidade restou demonstrada a importância do elemento temporal pra a decretação de medidas cautelares que necessárias e adequadas. Foram analisadas às relações entre as medidas acautelatórias com as garantias e princípios fundamentais, onde se verificou a possibilidade de danos e prejuízos irreparáveis às garantias do acusado.

Palavras – Chave: Medidas cautelares diversas. Afastamento do cargo público. *Fumus Commissi delicti*. *Periculum Libertatis*. Proporcionalidade. Elemento Temporal.

ABSTRACT

The present study has the objective of evaluating the influence and importance of the temporal element in the moment of the execution of several precautionary measures, in particular, regarding the suspension of the exercise of the public function. To this end, the authorization requirements, *Fumus Commissi Delicti* and *Periculum Libertatis*, have been delimited, and subsequently related to proportionality. As regards the element of proportionality, the importance of the temporal element for the adoption of precautionary measures that are necessary and adequate has been demonstrated. The relations between the precautionary measures with the fundamental guarantees and principles were analyzed, where the possibility of irreparable damage and damage to the guarantees of the accused was verified.

Keywords: Various precautionary measures. Removal from public office. *Fumus Commissi delicti*. *Periculum Libertatis*. Proportionality. Temporal Element.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ART – Artigo

CF – Constituição Federal

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

DF – Distrito Federal

HC – *Habeas Corpus*

MP – Ministério Público

MPF – Ministério Público Federal

PP – Processo Penal

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO I	4
1.1 Medidas cautelares diversas da prisão: suspensão do exercício da função pública.	4
1.2 A importância desse instituto ao cenário político social atual	6
1.3 Requisitos para a aplicação do disposto no artigo 319 do Código de Processo Penal	8
1.4 Importância do elemento temporal para os requisitos autorizadores das medidas cautelares diversas por influência direta da proporcionalidade.	12
CAPÍTULO II	20
2.1. As garantias fundamentais, princípios e as medidas cautelares diversas	20
2.2. Reflexos do garantismo penal para a aplicação das medidas cautelares diversas	25
CAPÍTULO III	28
3.1 Breve análise acerca do STJ atribuições e competências	28
3.2 Análise crítica de acórdãos: Ação Penal nº 869 vs. Ação Penal nº 843	29
3.3 Análise objetiva: principais inconsistências	34
CONCLUSÃO	36
REFERÊNCIAS	38

INTRODUÇÃO

As medidas cautelares intrigam àqueles que se interessam pela dinâmica do processo penal. O direito quando vivido no dia a dia profissional é desafiador para todas as partes que lidam com o processo em sua forma viva. Aos advogados cabe o dever de conciliar as necessidades do seu cliente com as possibilidades legais que lhe cabem. Ao órgão ministerial, caberá mais do que a mera atuação como parte, lhe insurge zelar pela correta e fiel aplicação da lei ao caso concreto na fase investigatória, instaurada ação penal ou em sua execução. Ao magistrado, a missão mais complexa dentro desse panorama, conciliar a demanda das partes observando o melhor cabimento da lei penal, as garantias do réu e o interesse público, muito evidente quando se trata de ação penal.

Na dinâmica processual, portanto, verifica-se a imprescindibilidade das medidas voltadas à segurança do processo como um todo. Evitar danos, máculas e vícios à marcha processual é de suma importância para que se assegure a sua continuidade, que se garanta resultado em correspondência aos preceitos legais e que se possa chegar o mais perto possível de um senso ideal do que é justo.

Assim sendo, as medidas cautelares se apresentam como uma grande promessa de garantia e tutela do processo penal permitindo, além da proteção formal e material, proteção às partes envolvidas. Possibilita que sejam adotadas precauções que irão proteger a devida ordem penal e, como consequência, o resultado mais adequado e proporcional à violação que originou a lide penal.

As medidas cautelares se apresentam em nosso ordenamento, portanto, sob duas formas: pessoais e patrimoniais. A primeira é voltada ao agente que esteja colocando em risco o processo penal em si, ao passo que as de cunho patrimonial, destinam-se “a assegurar o cumprimento do efeito da condenação consistente na perda do produto do crime” (BADARÓ, 2015, p. 1049).

Dentre as medidas cautelares pessoais utilizadas em nosso ordenamento, uma que possui grande notoriedade social é a de suspensão do exercício da função pública, popularmente intitulada como o afastamento de cargo público. Tal medida foi inserida pelo art. 319¹ do CPP

¹ CPP, “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;”

em redação dada pela recente Lei nº 12.403/2011 que propôs, ainda, a inserção de diversas outras medidas cautelares igualmente importantes para o processo penal.

A ampliação do rol de medidas cautelares a serem aplicadas no processo penal, possibilitou a utilização da medida que melhor se adegue a situação *in casu*. Nesse sentido, imprescindível que se verifique a forma com a qual os nossos Tribunais vêm se posicionando diante das novas possibilidades que o legislador proporcionou com a promulgação da Lei 12.403/2011. A forma com a qual os Tribunais utilizam e aplicam uma determinada norma pode dizer muito sobre essa disposição legal. Pode-se verificar a efetividade, a adequabilidade e a proporcionalidade no momento da aplicação da medida acautelatória diante da situação proposta e, com isso, aferir o resultado que essa medida de fato obteve no processo penal.

Assim, no tocante à norma que prevê a aplicação da suspensão do exercício da função pública, o presente estudo objetiva a análise crítica de dois acórdãos proferidos no âmbito do STJ² e, com base nesses dois julgados, busca compreender a observância dos requisitos autorizadores e das características inerentes às medidas cautelares para, então, avaliar as possíveis interferências dessa aplicação, na forma com que proposta pelo referido Tribunal, nas garantias fundamentais e processuais previstas na CF ou ainda no próprio CP e CPP.

A problemática que envolve a aplicação das medidas cautelares não só como um todo, mas em específico quanto ao afastamento do cargo público, é que a utilização desse instituto sem o zelo e parcimônia que a medida requer podem causar graves prejuízos aos indivíduos submetidos à persecução penal ou, ainda, culminar em prejuízos irreparáveis dada a mora processual culminando, na pior das hipóteses, caso seja verificado ao final do processo a total inocência do réu e improcedência das acusações perpetradas pelo órgão ministerial, a desnecessidade de aplicação das medidas imputadas geradoras de efeitos irreversíveis. Ou seja, o risco implícito dessa medida é da sua conversão no delicado cumprimento antecipado da pena caso não sejam apreciados os requisitos autorizadores, proporcionalidade e adequabilidade da medida cautelar de afastamento do cargo, mesmo que ao fim da fase de conhecimento se constate a total improcedência da ação penal.

Todos esses questionamentos, acerca dos requisitos, efeitos da medida cautelar de suspensão do exercício de cargo público, bem como os riscos, garantias e princípios que envolvem tal medida serão aqui apreciados de forma crítica e imparcial com objetivo único de apreciar as possíveis consequências da referida medida quando aplicadas ao processo penal

² Os julgados que serão aqui utilizados serão os acórdãos proferidos na Ação Penal nº 869, publicado em 01/03/2018, e na Ação Penal nº 843, publicado em 01/02/2018.

propondo uma reflexão construtiva acerca desse instituto que possui tanta importância e aplicabilidade dentro do processo penal.

A análise dos requisitos será feita a luz do elemento contemporaneidade dos fatos e provas produzidas ao longo da persecução penal, uma vez que elas se mostram imprescindíveis à obtenção de substrato que possibilite ao juiz formar e avaliar a existência ou não dos requisitos autorizadores para a concessão das medidas cautelares diversas. A partir daí se dará a análise crítica dos referidos julgados quanto a forma pela qual o STJ procede com a aplicação dessa medida cautelar pessoal, bem como as implicações dessas medidas cautelares diversas.

CAPÍTULO I

A medida cautelar de suspensão do exercício da função pública

1.1 Medidas cautelares diversas da prisão: suspensão do exercício da função pública.

As medidas cautelares são amplamente conhecidas no direito brasileiro em geral e encontram vasta aplicabilidade no Direito Penal como forma de proteger e tutelar o processo penal. Assim, tal como consignado por LOPES JÚNIOR (2012, p. 781), “é possível que sejam adotadas medidas que visem assegurar o curso da investigação, a fase de conhecimento ou, ainda, a fase executória do processo, sem que seja necessário que se proceda com uma ação autônoma”.

Podemos, então, considerar as medidas cautelares como sendo efeitos processuais a serem adotados devido a causas específicas em que se verifica a possibilidade de mácula, interferência ou dano ao processo penal, que ocasionariam prejuízos ao correto e esperado curso processual penal.

Dentro dessa perspectiva de garantia do processo penal, em proteção à aplicação da lei penal, investigação ou instrução processual penal, a Lei nº 12.403/2011³ introduziu novas medidas que possibilitam a tutela do processo sem a gravidade inerente a medida cautelar da prisão preventiva, tão rigorosa e gravosa ao indivíduo que a ela era submetido. Segundo FERRARI (2011, p. 429):

“Trata-se assim, de um rol de importantes medidas alternativas à prisão cautelar que certamente buscam maior eficiência no *ius puniendi*, com menor custo ao Estado e tranquilidade ao cidadão, exigindo que, paralelamente à enunciação de tais alternativas, o Poder Executivo implemente uma perene fiscalização, pois de nada adiantará o legislador abrir um leque ao juiz criminal, se o Estado não fiscalizar o cumprimento de tais medidas, sendo nesse passo, a nosso ver, relevante o monitoramento eletrônico, previsto no art. 319, IX, do CPP”

A introdução de medidas alternativas, além de “inaugurar a fase do sistema multicautelar”⁴ no processo penal brasileiro, trouxe ao magistrado a possibilidade de observar, diante do caso que lhe é apresentado, a melhor necessidade, aplicabilidade e proporcionalidade

³ Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm

⁴ GARCETE, Carlos Alberto. Breves impressões acerca da novel Lei n. 12.403/2011: lei das novas medidas cautelares penais, p. 3. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/39818>>. Acesso em: 19 jul. 2011.

da medida ao dano que de fato quer ser evitado, sem que, para que isso ocorra, se apene o indivíduo de forma mais gravosa àquela que poderá lhe ser atribuída ao final do curso do processo em razão de uma sentença condenatória. Ou seja, as medidas alternativas, dispostas no art. 319 do CPP, introduzidas pela referida lei, propiciaram ao magistrado a adoção de medidas que melhor atendessem a necessidade do processo em específico, sem impor ao indivíduo, que já sofre com os efeitos naturais de se responder a uma ação penal, medida cautelar que por si só possa vir a ser mais gravosa do que a que possa ser a ele aplicada ao final de toda a persecução penal, como é o caso da prisão preventiva, medida única a ser aplicada antes da Lei nº 12.403/2011.

Nesse sentido, observa-se uma boa intenção do legislador ao elaborar essas medidas alternativas e incluí-las no CPP. Nota-se, portanto, um alinhamento do nosso ordenamento processual penal aos princípios previstos na CF tais como o princípio da presunção de inocência e o do devido processo legal.

Não por acaso, o legislador ao conceber nova redação ao CPP na parte que dispõe acerca das medidas cautelares, desde logo prevê os requisitos que devem ser observados para que haja a correta aplicação desse instituto nos mostrando acerca da necessidade de que seja comprovado *o fumus commissi delicti e o periculum libertatis*.

Tais requisitos, que a referida lei se preocupa em determiná-los e incluí-los no CPP de forma expressa no art. 282⁵ do diploma ora em apreço não só se limita a descrever acerca da necessidade a ser observada no momento processual que se pretende aplicar a medida garantidora da ordem processual, mas ainda a adequação e a necessidade dessa medida ao caso concreto. Muito embora o princípio da proporcionalidade não se encontre de forma expressa, tal princípio é vetor indispensável quando da escolha da medida cautelar a ser utilizada em correspondência a conduta típica imputada, sendo, portanto, princípio que emerge do referido artigo (KHAN; MENDRONI, 2013).

O que a lei busca deixar claro e evidente é que as medidas cautelares, como um todo, devem ser aplicadas de acordo com o binômio necessidade e adequação (GARCETE, 2011) e para tanto, tratou de deixar tal orientação de forma expressa em seu texto para que não restassem dúvidas de que medidas gravosas devem ser aplicadas a casos igualmente gravosos, ao passo que medidas mais brandas à casos que se satisfaçam com essas medidas. Deve, portanto, ser

⁵ “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.”

observada a proporcionalidade. Nesse sentido, BADARÓ (2015, p. 944), propõe que o “gravame causado pela tutela cautelar deve ser proporcional à constrição ou restrição”.

Assim sendo, o que o legislador almeja ao inserir no CPP a medida cautelar de suspensão do exercício de função pública é que o investigado ou acusado não possa utilizar de sua função para trazer prejuízos à investigação ou processo penal, podendo o magistrado dispor dessa alternativa, frente à comprovação de que a manutenção do indivíduo ativo no cargo venha a causar esse efeito negativo ao curso processual.

Para que se aplique de forma adequada a referida medida, é necessário que se observe alguns parâmetros para além do binômio necessidade e adequação. Isso porque, a medida cautelar de suspensão do exercício da função pública só poderá ser devidamente aplicada a indivíduos que exerçam atividade em cargo público e que a investigação, ação penal ou, ainda, a execução penal esteja devidamente vinculada à função pública exercida pelo indivíduo, visto que se trataria de medida impossível de ser aplicada à indivíduo que sequer desempenhe qualquer função atrelada a atividade pública.

Portanto, sanados esses aspectos iniciais quanto ao que é a medida cautelar de suspensão do exercício de cargo público, necessária se faz a análise dos requisitos autorizadores da referida medida ao caso em questão.

1.2 A importância desse instituto ao cenário político social atual

Inserido no nosso ordenamento em uma perspectiva garantista, que se apresenta dessa forma como meio de frear os excessos que porventura sejam cometidos pelo Estado (MOREIRA, 2010), as medidas cautelares ganham força tanto para a vertente que acredita que essas são medidas possam mitigar a aplicação desenfreada das prisões preventivas dada a possibilidade de aplicação mais sistemática do princípio da proporcionalidade, como se fortalece junto a vertente que problematiza a ausência de maiores definições legais para a aplicação das acautelatórias diversas vindo a promover resultados indesejados tais quais os obtidos com a aplicação desnorteadas das prisões preventivas, por exemplo, a determinação do afastamento do cargo por tempo indeterminado.

Não obstante, a efervescência social que o nosso contexto político social causa, exige dos nossos legisladores e magistrados a criação e aplicação, respectivamente, de mecanismos que potencializem o combate a impunidade que vem sendo suportada pela população brasileira. Assim, a redação da Lei nº 12.403/2011, pode ser considerada uma forma de afastar a aplicação da prisão cautelar, segundo MOREIRA (2010, p. 62):

Um dos tormentos do processo penal brasileiro é sem dúvida a prisão cautelar. Mergulhada em um cenário de muitos dramas, parece não reagir frente aos problemas impostos pelo seu próprio desenvolvimento. Assim, permanece ávida em torno de justificativas que possibilitem demonstrar sua necessidade de manutenção, mesmo que isso represente se aproximar de um modelo jurídico autoritário em detrimento de um mais humano e democrático. A idealizada instrumentalidade divide espaço com altos índices de encarceramento preventivo, evidenciando que a sua utilização pelo Estado a torna um poderoso instrumento intimidatório e repressivo, sem esquecer -se do efeito sedante que o seu simbologismo opera na opinião pública que reclama por uma justiça cada vez mais instantânea. O indeterminismo da duração da prisão cautelar, neste particular, a preventiva, enfraquece a sua finalidade maior que é, sem tendência punitiva alguma, servir de meio e garantia do resultado do processo penal, o qual, por sua vez, é uma ferramenta limitadora do poder punitivo. Neste contexto, o surgimento das medidas cautelares alternativas ao cárcere, como representação de uma tentativa de otimizar o princípio da presunção de inocência, busca reconhecer a liberdade processual como regra e a prisão cautelar como uma exceção, substituindo um modelo jurídico autoritário que tinha na prisão preventiva sua primeira trincheira. Esse é o seu objetivo maior e a mudança deve se dar sempre nessa direção.

Por conseguinte, a partir desse raciocínio, tais medidas representam “avanço do sistema processual penal porque oferece ao juiz, além da vetusta prisão provisória, nove medidas cautelares penais que poderão ser aplicadas de acordo com o contexto particular de cada caso concreto” (GARCETE, 2011, p. 2).

Com isso, pode-se consignar que a referida lei implicou em aspectos mais positivos do que propriamente negativos, importando medidas que podem satisfazer tanto aqueles que vislumbram a necessidade de um processo penal que se volte às garantias do investigado, réu ou executado, como, também, demonstrar para a sociedade que ainda que o indivíduo tenha cometido delito ou esteja em sob suspeita da prática delitiva, não lhe será possibilitada a proximidade para que se incida novamente na mesma conduta típica ou que ainda ameace a garantia processual e a ordem pública.

Ou seja, o instituto da suspensão do exercício da função pública garante ao indivíduo a submissão à medida cautelar mais adequada ao seu grau de culpabilidade e ao ilícito cometido, propriamente dito, bem como possibilita a garantia de proteção não só do curso processual, mas, ainda, ao interesse público de ver julgada aquela demanda sem que seja feita com máculas e vícios que afetem cabalmente o resultado útil do processo penal.

Assim, verifica-se a grande importância da medida cautelar de afastamento do cargo público, não somente por se tratar de tutela processual, mas devido a relevância do seu estudo e aprofundamento para que seja possível conciliar tal instituto às garantias fundamentais do indivíduo envolto em uma persecução penal, pois ali estão em “cheque” os seus interesses

prima facie, como também os interesses sociais tendo em vista a necessidade que se veja garantida a ordem pública.

1.3 Requisitos para a aplicação do disposto no artigo 319 do Código de Processo Penal

A medidas cautelares diversas da prisão que foram inseridas pela Lei nº 12.403/2011 não fogem a natureza das medidas cautelares como um todo e, por assim serem, possuem características que devem ser observadas até mesmo para que justifique a sua correta aplicação. Assim como suas características são aproveitadas, os fundamentos e requisitos utilizados para a aplicabilidade das medidas cautelares passam a se estender e aproveitar as medidas cautelares diversas (MENDONÇA, 2011), possibilitando a utilização desses fundamentos já enraizados e consolidados em nossa doutrina para a nova diversidade inserida pela referida lei.

Nesse sentido, inicialmente no tocante às características das medidas cautelares, BADARÓ (2015) elenca algumas características expressivas que irão auxiliar na compreensão acerca dos requisitos da sua aplicabilidade, são elas: instrumentalidade hipotética, já que se trata de instrumento voltado a assegurar o resultado de uma hipotética condenação; acessoriedade, pois a medida cautelar é acessória ao processo principal, não possuindo um fim em si mesma; preventividade, haja vista que a sua principal função é “prevenir a ocorrência de um dano irreparável ou de difícil reparação, durante o tempo necessário para que se desenvolva o devido processo legal”; provisoriedade, pois o “provimento cautelar é provisório porque seus efeitos perdurarão até a superveniência de um evento sucessivo”; cognição sumária, em que se verifica “a probabilidade da existência do direito”; referibilidade, em que “o hipotético direito de punir relativo a crime específico, objeto da imputação formulada na denúncia do processo em relação ao qual a cautelar se mostra necessária”; e, por último, mas ainda assim de extrema relevância ao entendimento desse instituto, a proporcionalidade, em que “o gravame causado pela tutela cautelar deve ser proporcional à constrição ou restrição que poderá ser causada ao direito, com o provimento final do processo que se pretende acautelar”⁶.

Assim, muitas dessas características são imprescindíveis para que se possa compreender melhor a respeito da aplicação em específico da cautelar de suspensão do exercício de cargo público. Todas essas características se aplicam com perfeição a cautelar aqui estudada. E, justamente, com base nessas características constata-se a impossibilidade de que ela seja

⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. – 3ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais 2015, p. 938 - 944.

determinada sem que se contemple a sua instrumentalidade, acessoriedade, preventividade, provisoriedade, cognição sumária, referibilidade e proporcionalidade dessa medida.

É essencial, portanto, para a aplicabilidade das medidas cautelares, respeitadas as características inerentes a esse instituto, que sejam contemplados os requisitos autorizadores para tanto. Nesse sentido, BADARÓ (2015, p. 1001) defende que “nenhuma medida cautelar pessoal no processo penal poderá ser decretada sem que haja *fumus commissi delicti e periculum libertatis*”.

Assim, podemos compreender o requisito do *fumus commissi delicti* como sendo, tal como consigna LOPES JÚNIOR (2012), como requisito que exige prova da existência do crime e indícios suficientes da autoria, pois não há que se falar nesse momento em um juízo de certeza, mas em alta probabilidade da ocorrência delitiva, apresentando simetria com o instituto do *fumus boni iuris* tão utilizado pelo processo civil, mas que com ele não deve ser confundido, já que este se volta para a probabilidade da existência de um direito ao passo que aquele, para a probabilidade de existência de um delito. Nesse sentido, segundo CASTRO (2015, p. 35), “a certeza não é possível nesta fase – seja ela pré processual ou processual –, dadas as garantias atinentes ao imputado”, justamente, pois, caso houvesse qualquer certeza inabalável do cometimento do delito, a medida certa a ser adotada é tão somente o sentenciamento do acusado, se tornando obsoleta qualquer medida assecuratória do processo penal, propriamente dito.

No que se refere ao *periculum libertatis*, outro requisito que ampara a aplicabilidade das medidas cautelares, LOPES JÚNIOR (2012) reforça aspecto essencial desse requisito no tocante a necessária comprovação de que o indivíduo em seu estado de liberdade coloque em risco a persecução penal. Ou seja, se faz imperiosa a necessidade de que se demonstre de forma objetiva que o indivíduo exercendo da sua liberdade possa vir a causar efeitos negativos ao processo penal, ou, no caso do indivíduo que exerça função pública, a permanência ativa no cargo público possa culminar em atos prejudiciais a marcha processual. Assim, como consigna CASTRO (2015, p. 36) “o perigo aqui, como se vê, é da liberdade do imputado, e não do lapso temporal entre o provimento cautelar e o definitivo”.

Evidente, portanto, que a decretação das medidas cautelares ensejam formas pelas quais o juiz irá constatar a presença de ambos os requisitos para que possa, então, lhe ser possibilitada a motivação necessária para o acautelamento do processo. Assim, a decretação das medidas cautelares não são momentos soltos e desconexos dos fatos e provas angariados ao longo do curso processual, mas são medidas adotadas consoante elementos que se evidenciam ao longo do curso e que exigem do magistrado a sua decretação.

Nesse sentido, as provas e os fatos são elementos essenciais para que sejam possibilitadas as ferramentas que irão servir de base para a formação do livre convencimento do magistrado acerca da existência ou não do *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*. Assim, segundo MAIA FILHO (2004, p. 18):

“A possibilidade que tem o Juiz de valer-se das regras da experiência comum para formação dos seus juízos decisórios mostra a importância do princípio processual do livre convencimento, que, por sua vez, se matricia na liberdade da análise de todas as provas trazidas aos autos.
[...] Esse princípio livra efetivamente o Juiz, da submissão as conclusões de certas e determinadas provas, dando-lhe o azo de formar o seu convencimento com a análise do amplo conjunto dos elementos trazidos aos autos.”

Corroborando com o exposto acima, de acordo com MIRANDA JÚNIOR (2002, p. 2) afirma que:

“Do ponto de vista teleológico, a prova pode ser definida como o pressuposto da decisão jurisdicional que consiste na formação de convicção no julgador de que certa afirmação constante do processo é validamente aceitável como fundamento daquela decisão. Destina-se a prova a demonstrar, positiva ou negativamente, que os fatos previstos hipoteticamente na norma ocorreram concretamente. E com ela que o julgador busca certeza íntima a respeito dos temas levantados nos autos processuais, para que possa solucionar o litígio.”

Portanto, é de suma importância que ao magistrado seja garantida a liberdade em apreciar as provas produzidas sem a interferência de terceiros ou, até mesmo, do órgão ministerial que, por promover o inquérito ou a ação penal, possui interesse em sua persecução e assim, conforme a análise do julgador para a imposição da medida cautelar prevista no art. 319, inciso VI, do CPP, deverá restar ao menos minimamente demonstrada a existência da possibilidade de cometimento de delito em razão do cargo exercido pelo agente e que se esse indivíduo usufruir da liberdade no seu exercício da sua função pública, o processo penal em si poderá ser afetado ou prejudicado em razão desse exercício.

Nesse ínterim, em que se almeja a verificação *in casu* dos requisitos do *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis* que irão autorizar a decretação da medida cautelar de suspensão do exercício da função pública, a análise de provas e fatos se dão de forma lógica e consistente. Assim, não se vislumbraria num primeiro momento, a possibilidade de que seja estipulada medida cautelar em momento em que não se faz iminente o risco de dano ao curso processual.

Ou seja, a decretação das medidas cautelares devem se dar de forma contemporânea ao possível risco a ser promovido pelo agente. Nesse sentido, se fez o entendimento do STJ em alguns casos apreciados:

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. EXCESSO DE PRAZO PARA OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. LIMINAR CONCEDIDA. INEXISTÊNCIA DE NOVOS RISCOS. LIBERDADE CONCEDIDA.

1. A urgência intrínseca da prisão preventiva impõe a contemporaneidade dos fatos justificadores aos riscos que se pretende com a prisão evitar.

2. O tempo decorrido desde a concessão da liminar para soltura do paciente, de mais de 3 anos, sem indicação de ter de algum modo trazido riscos ao processo ou à sociedade, infirma a necessidade da custódia cautelar pela gravidade concreta do crime.

3. Habeas corpus concedido para determinar a soltura do paciente, de forma que responda ao processo em liberdade, o que não impede nova e fundamentada decisão de necessária cautelar penal, inclusive menos gravosa do que a prisão processual.

(HC 214.921/PA, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 17/03/2015, DJe 25/03/2015)

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. FURTO QUALIFICADO. LATROCÍNIO. AUSÊNCIA DE CONTEMPORANEIDADE DA MEDIDA. ILEGALIDADE. PRESENÇA. APLICAÇÃO DO ARTIGO 580 DO CPP. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS CONCEDIDO COM EXTENSÃO AO CORRÉU.

1. In casu, embora fundamentado na gravidade concreta e reiteração delitiva, o decreto de prisão carece de contemporaneidade aos fatos ensejadores da prisão, uma vez que, ao contrário do asseverado pela decisão que indeferiu pedido de liberdade provisória, foi expedido mais de dois anos depois dos fatos delituosos imputados à paciente, mediante representação da autoridade policial, o que configura flagrante constrangimento ao direito de ir e vir da paciente.

2. Pacífico é o entendimento de que a urgência intrínseca às cautelares, notadamente à prisão processual, exige a contemporaneidade dos fatos justificadores dos riscos que se pretende com a prisão evitar. Precedentes.

3. Considerando que a ausência de atualidade do decreto prisional é comum ao corrêu da ação penal ROBELSON JÚNIOR LEMOS DE SOUZA, sendo idêntica a fundamentação para a constrição cautelar não tendo sido indicado qualquer fato novo ou elemento subjetivo legitimador da prisão processual se afere a existência de identidade fático-processual legitimadora da aplicação do art. 580 do CPP 4.

Habeas corpus concedido, para soltura da paciente MONICA PEREIRA DE JESUS e, de ofício, aplicar o art. 580 do CPP para estender a ordem de soltura ao corrêu ROBELSON JÚNIOR LEMOS DE SOUZA, o que não impede nova e fundamentada decisão cautelar penal, inclusive menos gravosa do que a prisão processual.

(HC 414.615/TO, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 17/10/2017, DJe 23/10/2017)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DO RECURSO PRÓPRIO (NÃO CONHECIMENTO). TRÁFICO DE DROGAS (HIPÓTESE). PRISÃO PREVENTIVA (REQUISITOS). DROGA APREENDIDA (REDUZIDA QUANTIDADE). GRAVIDADE DOS FATOS EQUIPARADOS A CRIME HEDIONDO; RISCO DE CONTINUIDADE NA SAGA CRIMINOSA; NECESSIDADE DE INIBIR O CRESCIMENTO NA CIRCULAÇÃO ILÍCITA DE ENTORPECENTES (MERAS CONJECTURAS). PROIBIÇÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA CONSTANTE DO ART. 44 DA LEI Nº 11.343/2006 (INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF). CONTEMPORANEIDADE DOS FATOS JUSTIFICADORES DOS RISCOS DE REITERAÇÃO DELITIVA (INEXISTÊNCIA). CONSTRANGIMENTO ILEGAL (CONFIGURADO).

1. O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício (Precedentes).

2. Caso em que a sentença condenatória, que restabeleceu o decreto preventivo que havia sido revogado, não apresentou motivação concreta, apta a justificar a segregação

dos pacientes, tendo se limitado a afirmar, de modo abstrato, o risco de os pacientes "continuarem na sua saga criminoso, sendo um perigo para a sociedade", fazendo-se necessário inibir que os réus "contribuam para o crescimento da circulação ilícita de entorpecentes".

3. Não foram indicadas nenhuma circunstância pessoal dos acusados ou modus operandi excepcionais que justificassem, no caso vertente, a prisão, máxime diante das peculiaridades do caso concreto, em que os acusados foram flagrados com 1,89 grama de cloridrato de cocaína.

4. A gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas não serve de fundamento para a negativa do benefício da liberdade provisória, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade de parte do art. 44 da Lei n. 11.343/2006 pelo Supremo Tribunal Federal (Precedentes).

5. "A urgência intrínseca da prisão preventiva impõe a contemporaneidade dos fatos justificadores aos riscos que se pretende com a prisão evitar" (HC-214.921/PA, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 25/3/2015). No caso, o tempo decorrido entre a liberdade provisória dos pacientes e a sentença, de 1 ano e 1 mês, sem a indicação de que trouxessem riscos ao processo ou à sociedade, infirmam a necessidade do cárcere cautelar para evitar a reiteração criminosa.

6. Writ não conhecido. Ordem de habeas corpus concedida de ofício para revogar o decreto prisional dos pacientes, sob a imposição das medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319, I e IV, do Código de Processo Penal.

(HC 318.702/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 06/10/2015, DJe 13/10/2015)

Portanto, a imperiosa necessidade de que seja avaliado e aferido o elemento temporal para a decretação das medidas cautelares com base no exposto anteriormente, em que as características e requisitos aplicados às cautelares restritivas de liberdade se estendem às cautelares diversas, e em específico à cautelar de suspensão do exercício da função pública, é requisito imprescindível no momento da formação da livre convicção do julgador para a decretação da cautelar ora estudada.

Assim, os julgados colacionados acima nada mais são do que a concretização de que o juiz ao aferir, mensurar e conciliar as demandas e zelo ao processo penal, irá buscar a existência dos elementos autorizadores das medidas cautelares de forma contemporânea e urgente ao processo, evidenciando preocupação com os requisitos e características inerentes às medidas cautelares.

A suspensão do exercício da função pública, por se tratar de medida cautelar voltada ao agente que em razão da sua atividade poderá afetar ao processo penal, não lhe é afastada a necessidade de que se evidenciem os requisitos *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*, em total associação a contemporaneidade dos fatos e provas que proporcionam a demonstração de risco ao curso processual.

1.4 Importância do elemento temporal para os requisitos autorizadores das medidas cautelares diversas por influência direta da proporcionalidade.

Avaliando as medidas cautelares diversas como garantias do processo penal diante de risco iminente que ameace a sua ordem e eficácia, tal urgência exige que a decretação da medida de tutela se dê antes da mácula ao processo penal ou, ainda, de forma que os danos já afetados sejam cessados.

Nesse sentido, é difícil imaginar, no âmbito da medida cautelar prevista no art. 319, inciso VI, do CPP, a possibilidade de que seja decretada a suspensão do agente público do exercício de sua função quando transcorrido um lapso temporal muito grande que afaste a decretação da medida cautelar dos fatos sob apuração ou ainda das provas que sustentem a medida cautelar em si. Isso ocorre porque o elemento temporal atua dentro da perspectiva processual como elemento capaz de “esfriar”, afastar ou transformar aquele risco iminente de mácula ou dano ao curso processual em evento criminoso findo e único que já não gera implicações que urgem à medida cautelar em si.

Assim, basta considerarmos as principais justificativas que sustentam a adoção dessa medida para que se verifique que, caso transcorrido grande lapso temporal dos fatos que ensejam o inquérito ou até mesmo a ação penal, incongruente se torna a adequação dos requisitos autorizadores da medida assecuratória ao caso concreto.

No tocante à problemática da suspensão do exercício do cargo público, verifica-se a preocupação em alguns julgados do STJ em justificar, deixar evidente e motivada a decisão que versa acerca da referida cautelar, demonstrando a inequívoca necessidade de que se decrete a medida para que se assegure a persecução penal naquele dado momento, quando o risco de mácula ao curso processual se faz de forma iminente, contemporânea, ao curso processual:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. OPERAÇÃO "MAR DE LAMA". AFASTAMENTO CAUTELAR DO CARGO DE VEREADOR. PROIBIÇÃO DE ACESSO A PRÉDIOS PÚBLICOS MUNICIPAIS. NULIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. DELIMITAÇÃO DO PRAZO DE SUSPENSÃO. SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDAS MENOS GRAVOSAS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. Demonstrado o nexo entre o delito praticado e a atividade funcional desenvolvida pelo agente, além de sua imprescindibilidade para evitar a continuidade da utilização indevida do cargo e mandato, encontra a medida aplicada amparo justamente na finalidade de evitar-se a reiteração delitativa, não havendo falar-se, portanto, em ausência de fundamentação.

2. Restringe-se a medida cautelar ao exercício da função pública e a atos a este relacionados, ou seja, às atividades típicas da atuação parlamentar, inexistindo desproporcionalidade e irrazoabilidade em sua incidência.

3. A imposição das medidas cautelares previstas no artigo 319, VI, do CPP, não está sujeita a prazo definido, obedecendo sua duração, porém, aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, levando-se em consideração o momento em que foi estabelecido o afastamento das funções públicas e a demonstração efetiva de sua necessidade para o alcance dos objetivos almejados na ação penal.

4. O pedido de substituição da medida aplicada por outras menos gravosas não foi apreciado pelo Tribunal de origem, o que inviabiliza sua análise por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

5. Habeas corpus denegado.

(HC 392.096/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 27/04/2018)

Como se percebe, no caso acima, há a preocupação do magistrado em demonstrar de forma explícita de que o caso em voga preenche os requisitos autorizadores para a medida cautelar. Inicialmente, há a confirmação de que o delito em questão possui relação com a atividade desempenhada pelo agente, bem como o risco iminente de que no exercício da função haja a continuidade delitiva. Percebe-se, portanto o preenchimento tanto do requisito do *periculum libertatis*, quanto do *fumus commissi delicti*.

Além dessa verificação basilar para a decretação do instrumento processual de tutela aqui apreciado, a atividade jurisdicional também se vale do importante papel desses requisitos autorizadores para a manutenção da referida medida, assim:

PROCESSO PENAL. QUESTÃO DE ORDEM NA CAUTELAR INOMINADA CRIMINAL. MEMBROS DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. SUSPEITA DE CONLUÍO COM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA PARA COMETIMENTO DE CRIMES. DENÚNCIA OFERECIDA. AFASTAMENTO CAUTELAR DAS FUNÇÕES PÚBLICAS EM FASE INVESTIGATÓRIA. PRORROGAÇÃO. EXCEPCIONALIDADE. FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA DEMONSTRADOS. POSSIBILIDADE.

1. O 319, VI, do Código de Processo Penal e no artigo 2º, § 5º, da Lei 12.850/13 possibilitam o afastamento das funções públicas, quando, pela natureza ou gravidade da infração penal, possam as Autoridades se valer das prerrogativas inerentes aos cargos e continuarem a receber indevidas vantagens, furtando-se à efetivação das atividades de gestão e da escorreita aplicação de vultuosas quantias financeiras, referentes aos contratos firmados com o erário.

2. In casu, resta-se demonstrado a concreta necessidade de postergação do prazo da medida cautelar de afastamento, destacando, dentre outros pontos, o eventual surgimento de novos e importantes elementos de prova até então desconhecidos, tais como gravações de áudios, imagens de cartões bancários, depoimentos e diversos outros documentos, ademais de diligências para a identificação de contas realizadas no exterior e dos vários incidentes cautelares em trâmite. Precedentes.

3. O afastamento se impõe, ao menos até o eventual recebimento da denúncia já ofertada, como forma de garantia da ordem pública e da lisura da instrução processual, pois, uma vez reintegrados ao cargo, tamanha é a probabilidade de exercerem indevida influência nas testemunhas arroladas na exordial acusatória e, até mesmo, às empresas envolvidas na investigação, as quais estão diretamente submetidas à fiscalização da respectiva Corte de Contas.

4. Pedido acolhido para determinar a prorrogação.

(QO na CauInomCrim 7/DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, CORTE ESPECIAL, julgado em 04/04/2018, DJe 03/05/2018)

No caso acima observado, os fatos e provas foram apreciados de forma contemporânea ao momento da postergação do prazo da medida cautelar. Pelos novos fatos e novas provas angariados aos autos, os requisitos de admissão da medida cautelar foram reafirmados e dessa

forma reascenderam a necessidade de manutenção da medida que, talvez, já não se via em iminência e necessidade que justificasse a aplicabilidade da medida assecuratória.

Há casos nos quais a medida cautelar se afasta de forma tão evidente dos fatos e provas, que a sua manutenção já não se sustenta frente ao lapso temporal transcorrido. Nesse sentido o STJ já se posicionou no sentido de afastar a medida assecuratória, já que enfraquecidos elementos que induziram a sua decretação ante o enorme transcurso de tempo apreciado:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS PELO MUNICÍPIO SEM A OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO E DESPROVIDO DO COMPETENTE DOCUMENTO FISCAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MEDIDA CAUTELAR DE AFASTAMENTO DO CARGO QUE JÁ PERDURA POR QUASE 5 ANOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.

1. O afastamento completo do exercício da atividade laboral perante a Administração Municipal por quase 5 anos, em razão da pendência de conclusão da ação penal, não é proporcional à razoável duração do processo, pelo que é restringida a cautelar para tão somente impedir o exercício de atividade vinculada ao crime investigado, de contratações com o poder público, no mais restabelecendo-se o exercício funcional do paciente.

3. Habeas corpus concedido, para modificar a abrangência das cautelares fixadas, restabelecendo a atividade funcional do paciente, ressalvado o exercício relacionado a contratações com o poder público.

(HC 276.503/MT, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 15/05/2018, DJe 24/05/2018)

Essa relação tempo *vs.* necessidade se apresenta de forma inversamente proporcional onde caso o lapso temporal se faça muito grande entre o momento em que ocorre a conduta delitativa em si, bem como o momento em que as provas que desses fatos sejam produzidas para o momento em que seja pleiteada a medida cautelar, menor será a necessidade e adequação da medida ao caso concreto. Ou seja, o agente público que seja investigado ou responda a uma ação penal por fato isolado, sem que haja qualquer notícia de outro fato ou prova que desabone a sua conduta no exercício de sua função pública, pode ter em um primeiro momento a decretação da medida de suspensão do exercício de sua função pública alterada por medida diversa, ou ainda, comprovada a inexistência do *periculum libertatis* e *fumus commissi delicti* ou inexistência de qualquer indício de novas práticas delitivas ou que o exercício de sua função que nada possam corromper o processo já existente poderá ao magistrado, na sua livre formação de juízo e convicção, entender pela não necessidade de imposição da medida cautelar de afastamento do cargo. Assim, o elemento temporal poderá reforçar a desnecessidade da imposição da medida cautelar diversa aqui tratada.

Pode-se aferir, portanto, uma estreita relação entre o elemento temporal e a característica da proporcionalidade das medidas cautelares. Conforme o que preceitua a Teoria dos Direitos

Fundamentais de ALEXY (2008) pode-se elencar a existência de três elementos da proporcionalidade, a saber: adequação, necessidade e proporcionalidade *strictu sensu*. No tocante à problemática que envolve a aplicação das medidas de suspensão do exercício da função pública, pode-se vislumbrar relação do elemento temporal à ideia existente no elemento necessidade e adequação tratados por ALEXY (2008).

Isso ocorre, pois, ante a possibilidade jurídica para a decretação da medida assecuratória, a adequação e necessidade poderão ou não ser ratificados pelo elemento temporal e, assim, se relacionando de forma direta com tal elemento de proporcionalidade, característica intrínseca às medidas cautelares como um todo, tal como preceitua BADARÓ (2015).

É possível notar, então, que o elemento temporal é capaz de gerar efeitos diretos aos requisitos autorizadores das medidas cautelares, não só por ser capaz de aproximar ou afastar a concretização dessa medida dos fatos e provas, mas por se relacionar com característica inerente às medidas cautelares que é a característica da proporcionalidade. Tendo em vista que essa característica se baseia nos elementos de necessidade adequação que sofrem influência direta e objetiva do elemento tempo dentro da dinâmica do processo penal, possibilita-se ao magistrado a verificação se aquela medida é de fato necessária e se será adequada ou não ao fim almejado de proteção do processo penal.

Portanto, não há que se falar em medida cautelar desproporcional. A imposição de medida cautelar que por qualquer que seja a razão, desnecessidade ou inadequação do meio, é passível de ser revogada ou que seja sequer determinada. É de suma importância, portanto, que no momento de apreciação dos requisitos autorizadores da medida cautelar, estes sejam feitos sob o amparo do elemento da proporcionalidade.

Nesse sentido, se evidencia alguns julgados do STJ que relacionam a decretação de medidas cautelares, sejam elas diversas ou não, tal como a prisão preventiva, a característica da proporcionalidade e a apuração *in casu* do binômio necessidade e adequação:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIMES DOS ARTS. 180, § 1º, E 304 C/C 297, DO CÓDIGO PENAL. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. INEXISTÊNCIA. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. PROPORCIONALIDADE E ADEQUAÇÃO. MANUTENÇÃO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Não há falar em excesso de prazo na formação da culpa, na medida em que a alegada demora na conclusão do processo não decorre de responsabilidade da acusação ou do Poder Judiciário.

2. O art. 319 do Código de Processo Penal traz um rol de medidas cautelares, que podem ser aplicadas pelo magistrado em substituição à prisão, sempre observando o binômio proporcionalidade e adequação.

3. As condições impostas ao recorrente não se apresentam desproporcionais ou inadequadas aos fatos teoricamente cometidos, porquanto a suspeita de que o réu estaria levando o veículo para local distante de onde ocorreu o respectivo

desapossamento de seu proprietário é causa bastante para impedi-lo de se afastar da respectiva Seção Judiciária, sem autorização do magistrado, bem como para obrigá-lo a comparecer periodicamente em Juízo, até como forma de se garantir a aplicação da lei penal, sem olvidar de que tais determinações podem ser flexibilizadas pelo juízo de primeiro grau, bastando, para tanto, que o recorrente motive sua necessidade.

4. Recurso ordinário em habeas corpus desprovido.

(RHC 74.070/TO, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 20/06/2017, DJe 28/06/2017)

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO.

LESÃO CORPORAL E AMEAÇAS. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. PROPORCIONALIDADE E ADEQUAÇÃO. MANUTENÇÃO.

DETRAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. O art. 319 do Código de Processo Penal traz um rol de medidas cautelares, que podem ser aplicadas pelo magistrado em substituição à prisão, sempre observando o binômio proporcionalidade e adequação.

3. O Tribunal de origem concedeu parcialmente a ordem para substituir a custódia preventiva do paciente pelas seguintes medidas cautelares: (a) comparecimento periódico em Juízo, a cada 30 (trinta) dias, para informar e justificar as suas atividades; (b) proibição de ausentar-se da comarca sem prévia autorização do magistrado; (c) recolhimento domiciliar no período noturno, das 22h às 6h, e nos dias de folga; e (d) comparecimento a todos os atos do processo a que for intimado; (e) além das medidas protetivas de urgência que o Juízo a quo entender pertinentes.

4. No caso, restou demonstrada a gravidade concreta dos fatos, que envolvem o suposto cometimento de violência contra mulher no âmbito doméstico e familiar, associada à existência de requerimento de medidas protetivas e de registros pretéritos de infrações congêneres, que espelham o risco de reiteração criminosa.

5. As condições impostas ao paciente não se apresentam desproporcionais ou inadequadas aos fatos teoricamente cometidos, pois visam, especialmente, prevenir a reiteração criminosa e assegurar a incolumidade física da vítima e de sua família.

6. O pleito de detração não objeto de exame pela Corte de origem, razão pela qual não pode ser conhecido por este Tribunal Superior, sob pena de supressão de instância.

7. Habeas corpus não conhecido.

(HC 411.210/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 08/02/2018, DJe 16/02/2018)

Portanto, verifica-se a inafastabilidade da característica da proporcionalidade às decretações das medidas cautelares como um todo. Tanto é assim, que em recente julgado da Sexta Turma do STJ, em claro e notório juízo de proporcionalidade, restou afastada a imposição da prisão preventiva, medida cautelar gravosa, para que fossem aplicadas medidas cautelares diversas:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. OPERAÇÃO RIO 40 GRAUS. CORRUPÇÃO PASSIVA. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. LAVAGEM DE ATIVOS. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. CONTEXTO FÁTICO REGENTE DAS IMPUTAÇÕES. ATUAL SITUAÇÃO DO RÉU. MOTIVAÇÃO INSUFICIENTE PARA O ENCARCERAMENTO DO PACIENTE.

DESPROPORCIONALIDADE. SUBSTITUIÇÃO DO ERGÁSTULO POR MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. A prisão processual deve ser configurada no caso de situações extremas, em meio a dados sopesados da experiência concreta, porquanto o instrumento posto a cargo da jurisdição reclama, antes de tudo, o respeito à liberdade. 2. In casu, entendida como ultima ratio, a custódia provisória não se apresenta apropriada, visto que desrespeitado o cânone da proporcionalidade - necessidade, adequação e balanceamento de bens jurídicos -, evidenciando-se que medidas cautelares menos incisivas podem se prestar à manutenção da higidez da marcha processual.

3. Embora salientado pelas instâncias ordinárias que o paciente supostamente esmerou-se em figurar como intermediário no Ministério das Cidades para obter, por meios recônditos, a consecução da obra da Transcarioca Rio, nos idos dos anos de 2012 e 2013, tendo atuado, em tese, para a dissimulação dos recursos indevidamente auferidos, em especial até 2015, sobressai dos autos que o réu não é funcionário público, sendo que a sua prisão provisória restou decretada apenas em julho de 2017, não se mostrando, nessa inaugural senda, a sua vinculação com os demais integrantes da pretensa organização delitiva, somente com os representantes das empresas Carioca Engenharia e OAS, além da coacusada Vanusa Vidal.

4. Diante do contexto fático regente das imputações relativas ao insurgente e da sua atual situação, não pode subsistir a decisão prisional, mostrando-se suficientes medidas cautelares pessoais diversas do ergástulo, em consideração aos vetores inscritos no artigo 282 do Código de Processo Penal, com a redação conferida pela Lei n.º 12.403/2011.

5. Ordem concedida, ratificando o entendimento da liminar, a fim de substituir a prisão preventiva do paciente por medidas cautelares diversas do encarceramento, nos termos do artigo 319 do Código de Processo Penal, quais sejam, II - proibição de acesso às sedes ou filiais da empresa Rocha Firme Ltda. e ao Ministério das Cidades; III - proibição de manter contato com os demais corréus do processo criminal; IV - proibição de ausentar-se da comarca, salvo se previamente autorizado pelo magistrado; e VI - suspensão do exercício das atividades empresárias vinculadas ao Governo Federal ou ao Governo do Rio de Janeiro, bem como à empresa Rocha Firme Ltda.; sem prejuízo de que o Juízo a quo, de maneira fundamentada, examine se é caso de aplicar mais outras medidas implementadas pela Lei n.º 12.403/11, ressalvada, inclusive, a possibilidade de decretação de nova prisão, caso demonstrada sua necessidade.

(HC 421.870/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 08/03/2018)

Nesse ínterim, ainda tendo o MP um papel de propulsionar a ação penal, quando o órgão ministerial se deparar com medida cautelar imposta de forma desproporcional, onde não se guarda relação da medida aplicada ao caso concreto, deverá agir de forma a cessar os efeitos daquela medida obstando a sua aplicação e incidência *in casu*. Assim, exatamente nesse sentido, ROCHA FILHO (2016, p. 179) afirma que:

“E, finalmente, também ao Poder Judiciário, ao interpretar e aplicar as medidas cautelares alternativas à prisão no caso concreto, não é facultado desconsiderar a vertente positiva do princípio da proporcionalidade e conferir uma proteção deficiente em face dos riscos a que eventualmente estejam submetidos os bens jurídicos objeto de proteção no art. 282, I, do CPP. Se, porventura, o magistrado impuser uma medida cautelar que se revele absolutamente inócua no caso concreto, estará também descumprindo o princípio da proporcionalidade, em sua vertente positiva. Desta feita, ao concretizar as diversas medidas alternativas à prisão, o Poder Judiciário somente pode (e deve) aplicar medida que seja de molde a proteger eficazmente uma das finalidades indicadas no art. 282, I. Verbi gratia, se não houver, no caso concreto, a

mínima possibilidade de uma regular fiscalização acerca de uma medida cautelar aplicada, esta será totalmente ineficaz para coibir os perigos elencados no aludido art. 282, I. Nessa situação, o magistrado não deve decretar tal medida, sob pena de impor uma restrição que, na prática, mostrar-se-á absolutamente ineficaz e inadequada para salvaguardar aqueles bens jurídicos supracitados e, além disso, violará o princípio da proporcionalidade em seu aspecto positivo. Face à nova sistemática estabelecida para as medidas cautelares no Processo Penal, o juiz apenas poderá decretar uma medida cautelar quando esta proteger adequada e eficazmente os bens jurídicos que devem ser objeto de tutela pelo Processo Penal. De igual maneira, a vedação à proteção deficiente deve ser uma preocupação diuturna do intérprete, na tentativa de se alcançar o sentido dos vários dispositivos insertos no CPP pela Lei 12.403/2011. Nesse contexto, é de fundamental importância a atuação do Ministério Público, não apenas como dominus litis da ação penal de iniciativa pública, mas também, e especialmente, como defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, caput, da CF/1988), entre os quais se enquadram os bens jurídicos que o Processo Penal visa a tutelar (art. 282, I, do CPP).”

Assim sendo, se constata a imprescindibilidade de tal característica e a sua influência direta no momento em que são efetivamente aplicadas pelo STJ, tribunal ora evidenciado, bem como a sua relação com o elemento temporal que pode vir a afetar de forma direta a adequação da medida ao caso concreto. Não cabe apenas ao magistrado o zelo pelos requisitos autorizadores e pela proporcionalidade das medidas cautelares diversas aplicadas ao processo penal, mas também incumbe às partes a observância de tais fatores e, mesmo tendo o papel de impulsionar o processo penal, o MP deve obstar a aplicação de medidas e que inobservem a necessidade e adequação ao caso concreto.

CAPÍTULO II

Garantias Fundamentais e Princípios aplicados à dinâmica das Medidas Cautelares Diversas

2.1. As garantias fundamentais, princípios e as medidas cautelares diversas

Como já foi possível ser apreciado, as medidas cautelares possuem o condão de influenciar diretamente a dinâmica do processo penal. Dentro da perspectiva de tutela, não só a as garantias de cunho processual são afetadas pela aplicabilidade desse instituto, mas ainda as garantias dos envolvidos na referida dinâmica, são afetadas pela aplicação ou não das medidas cautelares diversas.

As garantias fundamentais possuem enorme papel para o processo penal, pois possibilitam relacionar o ideal de justiça e a eficiência do processo em si. Nesse sentido, WEDY (2014, p. 169):

“Isto é, sem garantias não haverá justiça e eficiência legítima, sem justiça não há eficiência, sem eficiência não há garantias ou justiça. E, sem garantias, eficiência e justiça, não há legitimidade dentro do contexto de um Estado Democrático de Direito. Por certo que haverá aqui algum reparo, capaz de opor ou advertir que esse equilíbrio não será fácil. Por certo que não. Embora as garantias estejam expressas nas normas e nas Constituições democráticas, como aquelas de Portugal e de Brasil, a sua implementação prática dependerá, por certo, da capacidade dos tribunais de institucionalizarem juridicamente o texto constitucional e infraconstitucional. Dependerá da capacidade de se vislumbrar a eficiência a partir daquela ideia ontoantropológica, capaz de robustecer garantias. Dependerá de uma ideia de justiça como equilíbrio, como ponderação garantista, como equidade, como razoabilidade, como medianidade. Não é fácil, pois, esse equilíbrio. No entanto, ele é fundamental para a construção de um processo penal legítimo. E, importa ressaltar, esse equilíbrio não será feito de pesos iguais entre a justiça, a eficiência e as garantias”

Para tanto, a CF prevê um Título apenas para tratar dos direitos e garantias fundamentais, revelando extrema preocupação do constituinte com essa esfera que deve deter grande atenção e interesse à atividade jurisdicional (PRUDÊNCIO, 2010). Nesse sentido, MOSSIN (2014, p. 2) “as garantias fundamentais exercem função de segurança, ostentando o caráter de instrumentalidade, cujo fim é fazer com que os precitados direitos sejam devidamente gozados pelos indivíduos que deles são destinatários”.

É notória a forte relação entre as garantias fundamentais e as medidas cautelares, uma vez que tanto as garantias fundamentais quanto as medidas cautelares possuem essa característica de zelo, tutela e proteção à determinado objeto. Assim, no âmbito em que foram previstas as garantias fundamentais, evidentemente, observa-se tutela aos direitos tidos como

fundamentais dos cidadãos que, antes da CF de 1988, tinham, por vezes, que lidar com a violação e afronta de seus direitos básicos, o que forçou o constituinte a prevê-los de forma expressa.

Segundo PRUDÊNCIO (2010), pode-se elencar algumas características mínimas, sejam elas relacionadas à jurisdição, às partes, às provas ou, ainda, ao processo penal propriamente dito. No tocante à jurisdição, relaciona-se à ideia do juiz natural que garante aos indivíduos serem submetidos à integrantes do Judiciários, no exercício de sua função e de acordo com a lei que os instituiu. Nesse sentido, não se vislumbra a possibilidade de que haja tribunal ou juiz de exceção. Infere-se, portanto, a existência de um promotor natural pautado no princípio da independência funcional e da máxima de que o indivíduo será processado pela autoridade competente, de acordo com o art. 5º, inciso LIII, da CF. Assim sendo, quando tem o requerimento de imposição de uma medida cautelar de afastamento do cargo, bem como a sua decretação, há de se reparar se esta a medida surgiu de um promotor competente para requerê-la e, ainda, se foi decretada por um magistrado que tinha a competência para apreciar tal requerimento.

À jurisdição se aplica, também, a garantia do juiz independente e imparcial (PRUDÊNCIO, 2010) que é a garantia intimamente relacionada com a livre fruição dos fatos e provas pelo juiz no momento em que se aprecia os requisitos autorizadores para a devida decretação das medidas cautelares, já que sua imparcialidade e independência em relação às partes lhe permitirá melhor juízo de proporcionalidade para então poder adotar ou não medidas que sejam necessárias a tutela processual.

Ato contínuo, podemos apreciar as garantias das motivações das decisões judiciais, garantia do duplo grau de jurisdição, garantia da proibição da *reformatio in pejus* e garantia da efetividade das decisões (PRUDÊNCIO, 2010). Tais garantias, também relacionadas com à jurisdição, possuem previsão não só na CF, mas ainda no CPP. A garantia da motivação das decisões judiciais encontra amparo no art. 93 da CF e no art. 381, inciso III, do CPP e implica no fato de que toda e qualquer decisão, inclusive as que venham a determinar o cumprimento de medida cautelar prevista no rol do art. 319 do CPP, serão devidamente fundamentadas e terão suas motivações explicitadas. A garantia ao duplo grau de jurisdição, por sua vez, com previsão constitucional no art. 93, inciso III, admite a revisão das decisões do tribunal *a quo*, pelo tribunal *ad quem*, ressalvados os processos que sejam de competência originária do STF, que, por óbvio, já se trata de instância máxima. A aplicabilidade dessa garantia constitucional proporciona a possibilidade de revisão das decisões que venham a determinar a imposição de medida cautelar em desconformidade legal, ou seja, possibilita a revisão de decisão que implica

em medida que não possua os requisitos mínimos de admissibilidade ou que não se evidencia de forma proporcional. Assim, nos casos em que se obtém a decretação de cautelar diversa cujas provas e fatos tenham sido produzidos há tempos atrás de forma que não mais se verifique a urgência e prejudicialidade do exercício da função do investigado ou réu por ausência de provas ou fatos supervenientes nesse transcurso de tempo que motivem essa decretação, tal imposição poderá ser apreciada pelo tribunal ou turma recursal para readequação da medida, ou, ainda, a sua revogação.

A garantia da proibição da *reformatio in pejus* possui amparo no art. 617 do CPP, bem como na Súmula nº 160 do STF que prevê que “é nula a decisão do Tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não arguida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício” (PRUDÊNCIO, 2010). Tal garantia impossibilita a reforma que venha a agravar a situação do réu. Suponha que o MP tenha formulado requerimento de determinação de medida cautelar de suspensão do exercício da função pública cujo pedido não apresente correspondência ao princípio da proporcionalidade, tal medida não se faça mais urgente, necessária e adequada, vez que transcorrido muito tempo da ocorrência do fato criminoso e das provas produzidas, mas mesmo diante dessa situação onde, muito provavelmente, desnecessária se faz a imposição de tal medida, o magistrado entende por bem decretá-la forçando a defesa do réu ou investigado a proceder com recurso que tenha por objetivo a revogação dessa medida ou, subsidiariamente, a sua conversão por medidas alternativas. Com base na garantia da *reformatio in pejus*, diante da situação narrada, o juízo *ad quem* estaria impossibilitado de decretar a prisão preventiva do investigado ou réu, se não houver fato ou prova superveniente que motivem a adoção de medida mais gravosa àquela recorrida.

Já a garantia da efetividade, tal como demonstra PRUDÊNCIO (2010, p. 309), tem o condão de preservar a segurança jurídica às partes, pois “transitada em julgado a decisão, será impossível novo processo pelo mesmo fato”. Ou seja, com base nessa garantia de efetividade, o investigado ou réu não poderá responder pelos mesmos fatos em processos distintos sob pena de incorrer no vedado *non bis in idem* e afronta à garantia de efetividade das decisões. Não poderá, portanto, que seja decretado o afastamento do cargo em processos distintos que versem sobre os mesmos fatos, por exemplo.

Verificadas as garantias mínimas relacionadas à jurisdição, se faz necessária a elucidação das garantias mínimas relacionadas com as partes, tal como propõe PRUDÊNCIO (2010). Nesse sentido, são observadas a garantia da igualdade das armas ou tratamento paritário, garantia da ampla defesa e a garantia do contraditório. Tais garantias são eminentemente importantes e a suas violações são passíveis de trazer à tona prejuízos irreparáveis para o

investigado ou o réu no âmbito do processo penal. Não atoa que a CF previu de forma expressa a observância de tais garantias, como forma de proteção e fortalecimento de um Estado Democrático de Direito.

A garantia da igualdade das armas, também conhecida como sendo do tratamento paritário, possui previsão no art. 5º, inciso I, da CF (PRUDÊNCIO, 2010) e propõe que as partes possuam o mesmo tratamento e, com isso, as mesmas oportunidades de defesa ou que possam se defender com os mesmos meios que sejam possibilitados à acusação. Nesse sentido, não poderá a acusação dispor de maiores forças do que a defesa.

A ampla defesa, garantia de aplicabilidade inarredável ao processo penal, possui previsão no art. 5º, inciso LV, da CF. Segundo PRUDÊNCIO (2010), tal garantia possui desdobramentos igualmente importantes ao processo penal, são eles: a garantia de defesa técnica, garantia da proibição de cerceamento de defesa e a garantia a não incriminação. A ampla defesa possui a referida previsão constitucional, mas encontra a sua inafastabilidade também prevista no art. 261, do CPP. Isso demonstra que a defesa é instituto basilar do processo penal. Sem que haja a ampla defesa, não há que se falar em devido processo legal, ou ainda em eficiência ou legalidade de decisão que se produza sem que seja respeitada a garantia da ampla defesa. Nesse sentido, não se pode vislumbrar a decretação de medida cautelar diversa de afastamento do cargo, sem que seja possibilitada a ampla defesa a tal imposição, seja essa medida decretada de forma adequada aos fatos e provas ou não. Toda medida cautelar, ainda que seja decretada de forma correta, em observância aos requisitos autorizadores e de forma proporcional, não encontrará validade e correspondência a legalidade frente a usurpação da ampla defesa sendo passível de ser revogada ante a nulidade decorrente da violação a garantia da ampla defesa.

Na mesma toada, no tocante à da garantia do contraditório, também com previsão na CF em seu art. 5º, inciso LV, tal instituto também se faz de forma imprescindível ao processo penal, pois “deve ser interpretada como mecanismo que possibilite ao réu ser informado de todos os atos do processo, com o fim de permitir a sua defesa plena e efetiva” (PRUDÊNCIO, 2010, p. 311). Nesse sentido, a garantia ao contraditório prevê que o investigado ou réu tenha ciência de tudo que está sendo a ele imputado e produzido para que lhe sejam garantidas a resposta a essas imputações e que seja, portanto, exercida a sua defesa. Assim, no âmbito das medidas cautelares, poderá o investigado ou réu se defender das acusações que estejam ventilando a necessidade de imposição da medida de afastamento de cargo público, lhe sendo garantida a possibilidade de demonstrar o contrário e com isso afastar a aplicabilidade de tal cautelar diversa.

Quanto às garantias mínimas relacionadas às provas, segundo PRUDÊNCIO (2010), pode se observar a garantia da inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito, bem como a vedação da utilização das que delas derivem; bem como a garantia do ônus da prova. O que se evidencia aqui é que as provas deverão ser obtidas por meio lícito e que o ônus da prova é inerente à acusação. A vedação a prova ilícita possui amparo e se sustenta com a observância às garantias da ampla defesa e do contraditório, pois impossível a observância e a defesa de algo que por si é ilícito. Consta-se também que como a acusação é a parte responsável pela impulsão e rompimento da inércia do juiz, caberá à acusação o ônus da prova, pois, segundo o que preceitua o princípio da presunção de inocência, todos serão considerados inocentes até o trânsito em julgado. Assim, com base no exposto, não há que se falar em medida cautelar de suspensão de exercício da função pública que se baseia unicamente em prova obtida por meio ilícito, pois compartilha da mesma ilicitude a sua utilização.

Por fim, sustenta PRUDÊNCIO (2010, p. 312) que, no tocante às garantias mínimas do processo:

“Sobre as garantias mínimas relacionadas ao processo, primeiramente falaremos do modelo processual vigente no ordenamento pátrio, que é o acusatório. Vigora, nesse modelo, a separação das funções de acusador e julgador. Assim, o processo é contraditório, público, imparcial, com ampla defesa. O juiz não participa da colheita preliminar de prova e nem da sua produção na instrução processual. Contudo, pode complementar a prova para melhor formar sua convicção sobre os fatos”

Ou seja, ao processo penal lhe será garantida a publicidade dos atos, salvo situações em que se verifique a necessidade de que lhe seja decreto o sigilo; o julgador deverá ser imparcial, para que se garanta a mesma oportunidade à acusação e à defesa; e a ampla defesa deverá ser garantia presente a todo momento garantindo o contraditório a todo ato processual.

É necessário, portanto, que todos os envolvidos se voltem a devida aplicação das garantias fundamentais ao processo penal, segundo ROCHA (2016, p. 145):

“A correta aplicação dos princípios trazidos a lume pela Lei nº 12.403/2011 não será automática e dependerá muito da vigilância não apenas do Ministério Público, mas de todos os operadores do Direito, na busca de um ponto de equilíbrio entre a exigência constitucional de se assegurar ao investigado e ao acusado a aplicação das garantias fundamentais do devido processo legal e a necessidade (também fundamentada na Constituição Federal de 1988) de proteção eficiente da sociedade, fomentando-se maior efetividade do sistema persecutório em prol da segurança da coletividade.”

Quanto aos princípios no processo penal, MOSSIN (2014, p. 11-13) afirma que:

Os princípios são as pilastras de qualquer ciência, independentemente de sua área de concentração. Basicamente, é por intermédio deles que se plasmam os vários preceitos tidos como estruturais na construção de qualquer segmento no campo jurídico. Na área do Direito, principalmente, os princípios se mostram imprescindíveis, porquanto há a necessidade premente de que exista integração, interação, uma relação íntima e harmônica entre as várias regras normativas que, em última análise, compõem o mesmo sistema geral, independentemente do campo de incidência. A ciência jurídica, indubitavelmente, embora repartida em espaços distintos, é una e indivisível. [...] O direito processual penal, tendo em linha de consideração sua finalidade instrumental, que é tornar uma realidade o direito penal, é o que sofre uma influência maior de tutela normativa da Constituição, uma vez que se constitui no diploma fundamental, do qual se irradiam os preceitos gerais e básicos de obediência obrigatória para informar e orientar as normas que gravitam em torno da aplicação do direito em espécie no campo do processo. O mesmo pode ser afirmado em torno do direito penal. [...] A Justiça penal, em toda a sua inteireza, como órgão da tutela penal, deve indeclinavelmente se fundar em princípios cardeais, em garantias fundamentais contidas na Magna Carta da República, que se elevam à condição de indispensáveis não só para o exercício jurisdicional (*narra mihi factum dabo tibi ius*) como para o indivíduo que é objeto da persecução criminal por ter transgredido a *praeceptum legis*. Não obstante o fato de ele estar sujeito à reprimenda abstratamente prevista, como forma retributiva de sua conduta contra *legis*, também é constitucionalmente sujeito de direitos. Em linhas gerais, é forçoso convir que a própria evolução histórica da Justiça penal, em termos de administração e dos fins coletivos a que se destina, quais sejam a proteção da sociedade e do cidadão quando é maculado e transgredido o preceito primário da norma sancionatória, não se podendo também deixar de considerar o infrator, tendo em vista seu *ius libertatis*, exige que haja princípios gerais engravados em diplomas como a Constituição, que compõe a célula mater de qualquer legislação, posto que estes se tornam de adoção e aplicação cogentes.

Assim sendo, sob a ótica do processo penal, há de se considerar as garantias e princípios fundamentais como forma de procedibilidade ao processo. Não é possível que se vigore o processo penal, bem como que se decrete medida cautelar que, por ventura, não se faça em conformidade às garantias e princípios previstos de forma expressa ou não no nosso ordenamento. Sempre se deve, portanto, relacionar e alinhar a imposição de medidas assecuratórias do processo penal às garantias e princípios do processo penal, sob pena de revogação dessas medidas impostas de forma abusiva.

2.2. Reflexos do garantismo penal para a aplicação das medidas cautelares diversas.

As garantias e princípios fundamentais acima expostos, além de demonstrar que o constituinte se preocupou com as antigas violações a essas garantias e princípios, a previsão de tais fundamentos de forma expressa possui o condão de vincular o processo penal a sua aplicabilidade, bem como de proteger os interessados ante a possibilidade de novas violações.

Nesse sentido, segundo a teoria de FERRAJOLI (2013), que se dispõe a dar amparo a aplicação do direito penal, o garantismo penal propõe sistema capaz de adequar garantias constitucionais à legalidade de aplicação de máximas, tais como a reserva do direito penal

(MOREIRA, 2010). O garantismo penal, na teoria de FERRAJOLI (2013), como outra proposta da teoria do direito, passou a ser muito difundida e encontrou grande aceitação após os períodos ditatoriais, pois passou a impor uma lógica de proteção do processo e do indivíduo e afastar a imposição de medidas ditatoriais e sem correspondência com a legalidade.

A aplicação dessa teoria garantista sem o devido cuidado gera dura críticas por parte daqueles que vislumbram ocorrência da impunidade quando a visão das garantias fundamentais se volta com exclusividade à perspectiva da vítima. Nesse sentido, FISCHER (2009, p. 3) afirma que:

“Precisamos ser sinceros e incisivos (sem qualquer demérito a quem pensa em contrário): têm-se encontrado muitas e reiteradas manifestações doutrinárias e jurisprudenciais com simples referência aos ditames do “garantismo penal”, sem que se compreenda, na essência, qual a extensão e os critérios de sua aplicação. Em muitas situações, ainda, há distorção dos reais pilares fundantes da doutrina de Luigi Ferrajoli (quicá pela compreensão não integral dos seus postulados). Daí que falamos que se tem difundido um garantismo penal unicamente monocular e hiperbólico, evidenciando-se de forma isolada a necessidade de proteção apenas dos direitos dos cidadãos que se veem processados ou condenados. Relembremos: da leitura que fizemos, a grande razão histórica para o surgimento do pensamento garantista (que aplaudimos e concordamos, insista-se) decorreu de se estar diante de um Estado em que os direitos fundamentais não eram minimamente respeitados, especialmente diante do fato do sistema totalitário vigente na época. Como muito bem sintetizado por Paulo Rangel, a teoria do garantismo penal defendida por Luigi Ferrajoli é originária de um movimento do uso alternativo do direito nascido na Itália nos anos setenta por intermédio de juízes do grupo Magistratura Democrática (dentre eles Ferrajoli), sendo uma consequência da evolução histórica dos direitos da humanidade que, hodiernamente, considera o acusado não como objeto de investigação estatal, mas sim como sujeito de direitos, tutelado pelo Estado, que passa a ter o poder-dever de protegê-lo, em qualquer fase do processo (investigatório ou propriamente punitivo).”

Todavia, o processo penal, com a aplicação das garantias e princípios deve de fato se voltar àquele que está submetido à persecução penal, pois à ele irão incidir os efeitos resultantes de uma ação penal e são as suas liberdades que estão sendo colocadas em xeque. O MP como propulsor e, também, como garantidor da ordem processual, possui para si e a seu dispor aparato estatal tão mais forte e incisivo do que aquele à disposição do investigado ou réu.

Não há como se desconsiderar a proximidade, dada a institucionalização, entre o MP e o juiz que irá apreciar a causa em que está submetido o acusado. Não à toa que no momento em que se adentra uma sala de julgamento, o membro do órgão ministerial está posicionado ao lado do julgador. Para além de mero posicionamento dos membros que irão atuar no processo penal, tal colocação reflete uma história onde a acusação sempre foi mais forte do que a defesa dos direitos daqueles que sofrem com o deslinde processual. O membro do MP ali está representando um órgão de cunho eminentemente acusador, ao passo que, face oposta, se

encontra apenas uma pessoa, um indivíduo e todas as suas liberdades que poderão ser avocadas caso o indivíduo seja condenado.

Assim, o garantismo “à brasileira”⁷ pode até apresentar distorções à teoria garantista difundida por FERRAJOLI (2013), todavia é inegável a necessidade de que sejam aplicados de forma irrestrita e sem contraindicações as garantias legais e os princípios implícitos e explícitos quando da defesa do investigado ou réu. A sua defesa deve ser plena, com amplo respaldo legal e de forma absoluta, pois a consequência da inobservância de qualquer garantia poderá culminar em resultados irreversíveis na vida e liberdades do indivíduo.

Nesse sentido, as medidas cautelares são de fato medidas que visam a proteção processual e a garantia da ordem pública, mas isso não significa dizer que estão eximidas de serem aplicadas de forma alinhada ao que preceitua as garantias fundamentais. Muito pelo contrário, a inobservância dessas garantias possui o condão de afastar e aniquilar a aplicabilidade da medida cautelar que seja imposta em dissonância legal ou ainda que se apresente de forma desproporcional.

Assim sendo, no caso em que decretado o afastamento do cargo público quando não se verifica a necessidade e adequação para tanto, incorre em ausência de proporcionalidade e, por conseguinte, há a inocorrência dos requisitos autorizadores para a incidência de tal medida cautelar. Ou seja, a medida cautelar quando proposta sem que haja contemporaneidade aos fatos e provas evidenciados no processo, importam em medida imposta sem amparo legal e, com isso, medida que possui efeito na vida do indivíduo, mas que não possui correspondência às suas garantias fundamentais, pois que indevidamente motivada.

Não há, portanto, como se vislumbrar a eficiência, legalidade, motivação na aplicação das medidas cautelares de suspensão do exercício da função pública, impostas sob essas condições, o que impõem no afastamento de tais medidas, sem prejuízo a novos fatos e provas que possam sustentar a sua necessidade e reverter o quadro de ilegalidade a que medidas descontemporâneas são inseridas.

⁷ Expressão apresentada por MAGALHÃES (2010, p. 188)

CAPÍTULO III

Tribunais superiores e a medida cautelar de suspensão do exercício da função pública

3.1 Breve análise acerca do STJ atribuições e competências

Conforme o que preceitua a CF em seu art. 105, inciso I, alínea “a”, o processamento e julgamento das ações promovidas em face de Governadores de Estado e DF, desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do DF, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do DF, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União⁸.

Pode se observar que as pessoas que ocupam os referidos cargos estão passíveis de apreciação pelo STJ de forma originária, ou seja, desde o momento da instauração do inquérito até a sua condenação, nos casos que envolvem a problemática da suspensão do exercício da função pública, nos termos do art. 319, inciso VI, do CPP.

Ademais, ao STJ incumbe o julgamento de HC quando por ato coator ou paciente for qualquer das pessoas mencionadas na pela CF na alínea “a”, inciso I, do art. 105, ou ainda quando o ato coator for tribunal sujeito à sua jurisdição, Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral, nos termos da alínea “c”, inciso I, também do art. 105 da CF.

⁸ CF, “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça

I - processar e julgar, originariamente:

- a) nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais
- b) os mandados de segurança e os habeas data contra ato de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 1999)
- c) os habeas corpus, quando o coator ou paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea "a", ou quando o coator for tribunal sujeito à sua jurisdição, Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral;
- d) os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, "o", bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos;
- e) as revisões criminais e as ações rescisórias de seus julgados
- f) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;
- g) os conflitos de atribuições entre autoridades administrativas e judiciárias da União, ou entre autoridades judiciárias de um Estado e administrativas de outro ou do Distrito Federal, ou entre as deste e da União;
- h) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal;
- i) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de exequatur às cartas rogatórias;”

Como visto pelos julgados colacionados até o presente momento, a atuação do STJ se volta, principalmente, nos casos em que a defesa ou a acusação se mostram irresignadas ante a afronta ou inobservância dos requisitos autorizadores que venham a determinar ou afastar a incidência da medida cautelar de suspensão do exercício da função pública, de acordo com a visão da defesa que, via de regra, pleiteia que a medida assecuratória venha a ser afastada pelo tribunal superior, ou pela acusação ante a premente necessidade de proteção e garantia ao processo penal e ao interesse público.

Assim sendo, não se vislumbra qualquer afronta a atuação do STJ quando da atuação em casos que versem sobre a suspensão do exercício da função pública pois, pelo que prevê a CF, o Tribunal Superior pode atuar de forma originária em processos em face de determinadas pessoas, elencadas na alínea “a”, inciso I, do art. 105, da CF, ou ainda atuar em face de coações que venham ocorrer por parte dos mais diversos tribunais, exceto os que tratem de matéria de cunho eleitoral, com total amparo à alínea “c”, inciso I, art. 105, do referido diploma constitucional.

Atual julgado na Questão de Ordem na Ação Penal nº 937, pelo STF, redefiniu os critérios para a aplicação da prerrogativa de foro à Deputados Federais e Senadores. O STF decidiu que a prerrogativa de foro se restringe aos crimes cometidos no exercício da função e que possuam relação *propter officium*, ou seja, que o crime cometido tenha relação intrínseca com a função exercida. Ademais, o STF decidiu que caso haja o encerramento da instrução penal, no âmbito do Tribunal Superior, a competência será perpetrada. Nos casos onde não se observar o preenchimento de tais critérios, os autos deverão ser remetidos à origem.

Nesse sentido, o STJ, em aplicação simétrica ao entendimento do STF, decidiu pela aplicabilidade desses critérios em dois casos, um deles envolvendo Conselheiro do Tribunal de Contas e outro envolvendo Governador de Estado, por entender pela necessidade de restrição, bem como, para que tal entendimento seja aplicado com zelo e parcimônia, que seja analisado cada caso em específico, sem que essas decisões já tomadas afetem de imediato os demais processos em trâmite no STJ.

3.2. Análise crítica de acórdãos: Ação Penal nº 869 vs. Ação Penal nº 843

Superada qualquer dúvida quanto a competência para a apreciação da questão atinente a suspensão do exercício da função pública, o STJ possui evidente e inequívoca competência para a julgamentos de forma originária ou decorrente de ilegalidade perpetrada no âmbito dos demais Tribunais que estejam sob sua jurisdição, retomemos a análise de dois casos importantes

para a compreensão e demonstração da importância do elemento da contemporaneidade dentro da lógica de análise dos fatos e provas.

A Ação Penal nº 869, foi promovida pelo MPF em face de Conselheiro do Tribunal de Contas do Espírito Santo. Na exordial acusatória, o órgão ministerial sustenta a ocorrência dos crimes de corrupção passiva qualificada, lavagem de dinheiro e organização criminosa mediante recebimento de valores em troca da facilitação e de favorecimento para aprovação de contas perante o Tribunal de Contas Estadual.

Já de pronto observa-se total conformidade do cargo em exercício pelo réu e a conduta criminosa delimitada pelo MPF pela peça exordial acusatória. Assim, em um primeiro momento, de forma precoce, é possível relacionar a função pública à prática criminosa de se oferecer suposta facilitação e favorecimento para aprovação de contas no âmbito do Tribunal de Contas em troca de valores. A análise para a decretação da medida cautelar diversa de suspensão do exercício de cargo público, como exposto anteriormente, não se esgota pela breve apreciação da relação da prática delitiva com o fato de se ocupar cargo público. Deve-se apreciar a existência dos requisitos autorizadores que demonstrem a necessidade de tutela processual uma vez que, de forma inequívoca, a manutenção do indivíduo em pleno gozo das suas atividades laborais, poderá incorrer em reiterada prática delitiva ou obstar o curso processual.

Todavia, na referida Ação Penal nº 869, antes mesmo do recebimento da denúncia, o Ministro Relator do caso, levou a julgamento uma Questão de Ordem suscitada pelo MPF requerendo o afastamento do réu ao cargo do Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo e, em razão dessa Questão de Ordem, restou determinada a medida cautelar diversa, prevista no art. 319, inciso VI do CPP nos seguintes termos:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. QUESTÃO DE ORDEM. DENÚNCIA POR CORRUPÇÃO PASSIVA QUALIFICADA, LAVAGEM DE DINHEIRO E ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. PETIÇÃO INCIDENTAL DO MPF. MEDIDA CAUTELAR DE AFASTAMENTO DA FUNÇÃO PÚBLICA. CONSELHEIRO DE TRIBUNAL DE CONTAS DE ESTADO. DETERMINAÇÃO DE AFASTAMENTO DA FUNÇÃO PÚBLICA.

1. Petição incidental do Ministério Público Federal nos autos de ação penal originária promovida em face de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo.
2. A denúncia indica que o acusado teria praticado os crimes de corrupção passiva qualificada, lavagem de dinheiro e organização criminosa mediante recebimento de valores em troca da facilitação e de favorecimento para aprovação de contas perante o Tribunal de Contas Estadual, além do oferecimento de expertise e apoio técnico no direcionamento de processos licitatórios em diversos municípios daquele estado.
3. Embora não recebida a denúncia por esta Corte Superior e malgrado o tempo decorrido desde a coleta das provas noticiadas nas operações policiais levadas a efeito, as condutas delituosas imputadas ao denunciado estão, em princípio e até aqui, satisfatoriamente demonstradas em sua materialidade, além da indicação de elementos

suficientes de autoria, o que preenche os requisitos mínimos necessários à apreciação do pedido de aplicação das medidas cautelares excepcionais.

4. Diante da apontada existência do crime, da gravidade das condutas imputadas ao acusado (corrupção passiva com pena aumentada, dissimulação e recebimento de valores de origem ilícita, organização criminosa e ameaça à testemunha), e da possibilidade de continuidade das condutas praticadas, associada à possível intimidação às testemunhas, bem como da existência de indícios suficientes de autoria, ressaí imperiosa a necessidade da decretação das medidas requeridas na presente petição, para a garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal.

5. Questão de ordem acolhida para determinar o afastamento cautelar do cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, até o eventual recebimento da denúncia, e proibir o ingresso do Conselheiro afastado em qualquer das dependências da referida Corte de Contas, além da utilização de bens e serviços de qualquer natureza daquele Tribunal - excetuado o serviço de saúde -, bem como manter contato com qualquer de seus servidores ou funcionários, pelo mesmo período e, ainda, a proibição de contato do denunciado com as pessoas discriminadas no voto. (QO na PET na APn 869/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 21/06/2017, DJe 04/08/2017)

Como expressamente manifestado pelo voto do Ministro Relator quando “embora não recebida a denúncia por esta Corte Superior e malgrado o tempo decorrido desde a coleta das provas noticiadas nas operações policiais levadas a efeito, as condutas delituosas imputadas ao denunciado”, existe uma lacuna temporal entre os fatos noticiados pela peça vestibular, que datam do período compreendido entre 2010 a 2013⁹, assim como quanto as provas produzidas em sede de inquérito policial para o ano de 2017, ano em que de fato houve o afastamento do réu do seu cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo.

Da leitura do julgado ora analisado, não se verifica a indicação ou mera menção a qualquer outro elemento que corrobore com a decretação da medida cautelar ora analisada. Não é possível que se identifique a ocorrência de *fumus commissi delicti* ou *periculum libertatis*, pois não restou demonstrada a forma pela qual o indivíduo, no exercício da sua função, venha representar qualquer risco ou, ainda, não se evidencia qualquer indício de prática delitiva continuada que justifique, ampare e sustente a necessidade, adequação e, portanto, a proporcionalidade da medida.

Na realidade, o que é possível de ser observado no caso em apreço é que a medida restou assim determinada tão somente a partir da ligação do réu ao cargo público: o réu continuava

⁹ Voto do Ministro Luiz Felipe Salomão no julgamento da QO na PET na APn 869/DF: “Narra a denúncia que o acusado teria praticado, em tese, no período de 2010 a 2013, os delitos de corrupção passiva qualificada (art. 317, § 1º, CP), lavagem de dinheiro (art. 1º da Lei nº 9.613/98) e organização criminosa (art. 2º da Lei nº 12.850/2013), mediante recebimento de valores em troca da facilitação e de favorecimento para aprovação de contas perante o Tribunal de Contas Estadual, além do oferecimento de expertise e apoio técnico no direcionamento de processos licitatórios em diversos municípios daquele estado. No caso dos autos, o conselheiro teria pactuado com o prefeito do Município de Presidente Kennedy, além de secretários e do Procurador-Geral, meios fraudulentos para direcionar processos de licitação que atendessem aos interesses de empresas e pessoas favorecidas pela estrutura criminosa por ele gerida”

exercendo atividade no mesmo âmbito em que suposto crime fora praticado anos atrás. Ou seja, todos os riscos ao processo penal, eram evidentes e notórios e exigiam a sua decretação uma vez que as práticas imputadas ao investigado eram, de fato, demasiadamente gravosas, mas no momento em que se evidenciaram. Tanto é assim, que da leitura do acórdão se extraí que “da gravidade das condutas imputadas ao acusado (corrupção passiva com pena aumentada, dissimulação e recebimento de valores de origem ilícita, organização criminosa e ameaça à testemunha), e da possibilidade de continuidade das condutas praticadas, associada à possível intimidação às testemunhas”, sem que se demonstrasse, ao menos minimamente, que houvessem indícios de que tais práticas imputadas ao réu ou qualquer outra ação tenha sido promovida pelo réu em prejuízo da ação penal em trâmite.

Ou seja, dentro da perspectiva processual, o elemento temporal arrefeceu os fatos e provas produzidos ao longo do inquérito policial tornando a decretação da medida cautelar diversa inconsistente no caso em específico da Ação penal nº 869 quando apreciados os requisitos autorizadores à luz da proporcionalidade. Não é possível que se observe a imperiosa necessidade e imprescindível adequação da determinação de que o réu se afaste do cargo exercido quando a medida se baseou apenas em elementos colhidos anos antes de que tal Questão de Ordem fosse suscitada.

Não obstante, ao mesmo órgão julgador que examinou a Questão de Ordem acima demonstrada, foi submetida Ação Penal diversa nº 843 que sustentava quadro fático semelhante: denúncia ofertada pelo MPF em face de Governador de Estado sustentando a necessidade do afastamento do cargo. O órgão ministerial imputa ao acusado a prática do crime previsto no artigo 317, caput, c/c artigo 327, § 2.º, do CP por fatos ocorridos no ano de 2012.

No tocante à medida cautelar requerida pelo MPF quando do oferecimento da denúncia, esta não foi decretada devido ao fato do Ministro Relator, cujo voto restou acompanhado pelos demais ministros que compõem a Corte Especial do STJ, não ter vislumbrado a necessidade de imposição da medida “tendo em conta que não se tem conhecimento [...] da existência de atos concretos que justifiquem a imposição de medida cautelar dessa natureza”:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. GOVERNADOR DO ESTADO DE MINAS GERAIS DENUNCIADO COM TRÊS SUPOSTOS ASSOCIADOS POR CORRUPÇÃO PASSIVA. EMPRESÁRIOS A QUEM SE IMPUTA CORRUPÇÃO ATIVA. INÉPCIA DA INICIAL. PEÇA QUE ATENDE ÀS PRESCRIÇÕES LEGAIS. ROMPIMENTO DE ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA POR PARTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, FIRMADO COM UM DOS DENUNCIADOS. AFIRMAÇÃO QUE NÃO SE CONFIRMA. IRRELEVÂNCIA DAS PRELIMINARES. DEFESA QUE PARTE DE PRESSUPOSTOS DE FATO EQUIVOCADOS E DIVORCIADOS DA REALIDADE. DESATENÇÃO AOS MARCOS TEMPORAIS. DO PROCESSO. SUPERVENIÊNCIA DE

COLABORAÇÕES PREMIADAS NAS QUAIS OS COLABORADORES ASSUMEM O COMPROMISSO DE ENTREGAR TODO MATERIAL ÚTIL DE QUE DISPÕEM. MEIOS DE PROVA QUE DESPONTAM COMO FONTES AUTÔNOMAS E INDEPENDENTES, INVIABILIZADO QUALQUER RECONHECIMENTO DE ALEGADO VÍCIO NOS ELEMENTOS PROBATÓRIOS ORIGINAIS. DEFESA QUE SE DEMITE DE INDICAR QUAIS SERIAM AS PROVAS SUPOSTAMENTE CONTAMINADAS PELAS NULIDADES QUE AFIRMA EXISTIREM E QUE INTERESSEM À AÇÃO PENAL EM CURSO. FATOS QUE NÃO CONDIZEM COM ESTE PROCESSO. ALEGAÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DEFLAGRADA POR DENÚNCIA ANÔNIMA. IRRELEVÂNCIA DA ARGUIÇÃO. FUNDADA SUSPEITA DE POSSE DE ELEMENTOS CARACTERÍSTICOS DE CORPO DE DELITO. CRIME PERMANENTE. BUSCA E APREENSÃO LEGITIMADA. DESNECESSIDADE DE FORMALIZAÇÃO ESCRITA DE DENÚNCIA ORIUNDA DE FONTE HUMANA. INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 9.º DO CPP A ATOS QUE ANTECEDEM A INSTAURAÇÃO DO INQUÉRITO. ALTERAÇÃO DE COMPETÊNCIA POR FATO SUPERVENIENTE. INOCUIDADE DA ARGUIÇÃO, NO CASO, PELA AUSÊNCIA DE ATO PRATICADO PELO JUIZ QUE PERDEU A COMPETÊNCIA. ALTERAÇÃO QUE NÃO AFETA A VALIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS ANTERIORES, ORIGINADOS DO JUÍZO ENTÃO COMPETENTE. RATIFICAÇÃO DOS ATOS. ALEGAÇÃO DE CONHECIMENTO PRÉVIO DE QUE A INVESTIGAÇÃO TINHA POR ALVO GOVERNADOR DE ESTADO QUE NÃO SE SUSTENTA. JUSTA CAUSA CONFIGURADA PARA O EXERCÍCIO DA AÇÃO PENAL EM RELAÇÃO A TODOS OS DENUNCIADOS. CORRUPÇÃO ATIVA PRATICADA POR QUEM É SOLICITADO A PAGAR VANTAGEM INDEVIDA. LEI QUE NÃO DISTINGUE SE A OFERTA OU PROMESSA SE FAZ POR SUGESTÃO OU SOLICITAÇÃO DO FUNCIONÁRIO. VÍCIOS NO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA QUE NÃO PODEM SER DISCUTIDOS POR QUEM DELE NÃO FEZ PARTE. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. DENÚNCIA RECEBIDA.

SÍNTESE DO FATO 1. Denúncia que resulta de parte da denominada "Operação Acrônimo" e que consubstancia UMA de três Ações Penais (APn 843, APn 836 e APn 865) e de quatro outras investigações sobre crimes em tese praticados pelo Governador do Estado de Minas Gerais, FERNANDO DAMATA PIMENTEL (as outras, Inquéritos 1.103, 1.105, 1.106 e 1.122), na qual é a ele imputada conduta descrita no artigo 317, caput, c/c artigo 327, § 2.º, do Código Penal. A EDUARDO LUCAS SILVA SERRANO e a BENEDITO RODRIGUES DE OLIVEIRA NETO indigita-se o crime descrito no artigo 317, caput, c/c artigos 29 e 30 do mesmo Diploma. [...]

CONCLUSÃO 151.

Denúncia recebida para deflagrar Ação Penal contra: FERNANDO DAMATA PIMENTEL pelo crime contido no artigo 317, caput, c/c artigo 327, § 2.º, do Código Penal; EDUARDO LUCAS SILVA SERRANO e BENEDITO RODRIGUES DE OLIVEIRA NETO, pelo crime descrito no artigo 317, caput, c/c artigos 29 e 30 do mesmo Diploma; PEDRO AUGUSTO DE MEDEIROS, pelo tipo penal contido no artigo 317, caput, do Código Penal, c/c artigo 29 do mesmo codex; MARCELO BAHIA ODEBRECHT e JOÃO CARLOS MARIZ NOGUEIRA, pelo crime tipificado no artigo 333, caput, também do Código Penal. AFASTAMENTO DO CARGO 152. Afastamento de FERNANDO DAMATA PIMENTEL do cargo de Governador de Estado que, ao menos por ora, não se faz necessário, tendo em conta que não se tem conhecimento - até o momento atual - da existência de atos concretos que justifiquem a imposição de medida cautelar dessa natureza.

Nada impede, todavia, que, oportunamente e diante de fatos que motivem a suspensão do exercício da função pública, seja ela determinada, como medida cautelar processual, no curso deste processo ou por ocasião do eventual recebimento das outras duas denúncias já oferecidas (APn 836/DF e APn 865/DF).

(APn 843/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, CORTE ESPECIAL, julgado em 06/12/2017, DJe 01/02/2018)

Assim, na oportunidade em que a questão foi apresentada ao magistrado, em observância aos fatos e provas angariados no bojo da referida ação penal, muito embora os fatos envolvessem um Governador de Estado, que supostamente exerce um cargo com grande influência política, tal fato por si só não sustenta a adoção de medida que envolva o afastamento do réu do cargo exercido.

Observa-se no julgado acima colacionado acima a preocupação em verificar os requisitos autorizadores, bem como os critérios de necessidade e adequação da medida ao caso concreto. É possível notar que o Ministro Relator teve a intenção de deixar explícito em seu julgamento que o momento em que se apreciava o cabimento ou não da medida, inexistiam fatores que conduziam à decretação da assecuratória em questão. Para além dessa análise de cabimento pelos fatos e provas até então apresentados, o magistrado foi além: estabelecendo novo marco temporal, uma vez que até ali não foi apresentada qualquer fato ou prova que implique a decretação de medidas de tutela ao processo penal, sem qualquer prejuízo a fatos ou provas que venham a surgir a partir dali e exijam a adoção da medida de afastamento.

Assim sendo, no julgamento do recebimento da denúncia ofertada pelo MPF na Ação Penal nº 843 é possível reparar de forma mais evidente e explícita a preocupação de que o requerimento do órgão ministerial de afastamento do réu de seu cargo de Governador do Estado fosse apreciado em conformidade aos requisitos autorizadores, ainda que eles não tenham sido mencionados de forma expressa, à luz da proporcionalidade e seus critérios de adequação e, principalmente, necessidade.

3.3. Análise objetiva: principais inconsistências

Em suma, restaram colacionados dois julgados, ambos no âmbito de Ações Penais e submetidas ao mesmo órgão julgador, a Corte Especial do STJ. Nos dois casos apresentados, o MPF pleiteou que fosse decretada medida cautelar de afastamento de cargo como garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal por entender que o exercício do cargo pelos réus evidenciava situação de risco, *periculum libertatis*, possibilitando a ocorrência de práticas delitivas em prejuízo do processo penal, *fumus commissi delicti*.

Todavia, no primeiro caso, Ação Penal nº 869, não foi demonstrado, pela mera leitura do acórdão, que a medida se fazia necessária e adequada naquele momento processual, todavia, ainda assim, ela foi determinada. Ao passo que, no segundo caso, no âmbito da Ação Penal nº 843, os requisitos autorizadores também não foram preenchidos e assim, a medida cautelar de afastamento do cargo não restou determinada e imposta ao réu, sem qualquer prejuízo a

persecução penal e produção de provas que futuramente fossem ser necessárias para a imposição da medida.

Em ambos os casos se evidencia transcurso de grande lapso temporal entre a apreciação da medida cautelar de afastamento requerida pelo MPF e os fatos e provas que ensejam, respectivamente, as Ações Penais aqui analisadas. Em ambos os casos, a partir da leitura dos acórdãos, é possível constatar que no referido transcurso temporal, muito embora em ambos os casos não haja menção de quaisquer indícios de crimes cometidos pelos réus em prejuízo às investigações, os resultados foram diametralmente opostos: na Ação Penal nº 869, houve a imposição da medida cautelar de suspensão do exercício da função pública, contudo, na Ação Penal nº 843, tal medida foi afastada.

Além disso, influenciando na esfera das garantias fundamentais, quando se observa a decretação da medida cautela ora estudada, se constata que na Ação Penal nº 869 foi realizada em Questão de Ordem antes mesmo do oferecimento e recebimento de eventual denúncia. Assim, não se vislumbra adequação às garantias fundamentais que versam sobre a eficiência, ampla defesa e contraditório.

Ao passo que, na Ação Penal nº 843 a análise a dos requisitos autorizadores a luz da proporcionalidade é feita no momento do recebimento da denúncia. Portanto, percebe-se maior zelo quanto às garantias fundamentais de eficiência, ampla defesa e contraditório *in casu*.

Assim sendo, observadas tais inconsistências de forma objetiva, se faz necessário que seja verificada a afetação dessas inconsistências na esfera individual das pessoas que são submetidas às persecuções penais. De que modo, entendimentos diversos sobre o mesmo instituto em casos semelhantes podem trazer à tona inseguranças quanto a aplicabilidade de medidas que dependem da percepção subjetiva do julgador a respeito do processo e todos os elementos fáticos e probatórios ali produzidos, bem como o elemento temporal pode corroborar para a ampliação do espectro da proporcionalidade podendo evidenciar ou não a necessidade de aplicação da referida medida ao caso concreto, sendo, portanto, importante tanto para a defesa quanto para a acusação a observância de tal elemento.

CONCLUSÃO

As medidas cautelares inseridas pela Lei nº12.403/2011 demonstraram capacidade de serem grandes aliados do processo penal e da sua dinâmica como um todo. Possibilitam ao juiz diante do caso concreto, poder adotar a melhor medida que se adequa a finalidade de proteção do processo penal sem que, com isso, se apene em demasia o investigado ou réu. Possibilita, ainda, menor afetação na vida do acusado dando a ele, em contemplação ao princípio de presunção de inocência, o benefício de poder responder ao processo em liberdade, uma vez que a restrição da liberdade poderá nem mesmo ser decretada ao final do processo.

Para a devida aplicação das medidas cautelares diversas, o legislador se preocupou em deixar de forma evidente e expressa no texto legal os requisitos que devem ser verificados para a aplicação das cautelares diversas. Esses requisitos, como visto, podem ser traduzidos como *periculum libertatis e fumus commissi delicti*. A utilização de tais requisitos se dá de forma tal, que caso não se verifiquem ou que sejam defeituosas a sua aplicação, dão ensejo a revogação da medida cautelar imposta de forma equivocada, ou ainda, a sua substituição por outra que se mostre mais proporcional.

Acerca do elemento da proporcionalidade, restou atestado que eles se relacionam com a ideia traduzida pelo binômio necessidade e adequação. Tal elemento de proporcionalidade surge como ferramenta importantíssima e de grande utilidade ao juiz no momento da aplicação da medida cautelar diversa. Nesse momento de análise no tocante à proporcionalidade da medida a ser imposta, ficou clara a ideia de que os fatos e provas assumem papel importantíssimo para que seja demonstrada a real necessidade e adequação da medida cautelar.

Conforme visto, o elemento tempo possui a capacidade de tornar ainda mais evidente a proporcionalidade da medida assecuratória para a tutela do processo penal, ou ainda, afastar a proporcionalidade no momento da imposição da medida.

Assim, nessa perspectiva, foram apresentados dois julgados que por possuírem características objetivas bastante semelhantes, se esperaria que deles pudessem se extrair os mesmos resultados ou, apenas, resultados semelhantes. Todavia o que se restou constatado, a partir dos elementos propiciados pela leitura dos acórdãos, foram resultados diametralmente opostos para situações que importariam em resultados mais próximos.

Na Ação Penal nº 869 verifica-se, de acordo com todo exposto, que há o reconhecimento acerca da dilação temporal existente entre os fatos e provas produzidos e levados a julgamento, não há apontamento de indícios de práticas delitivas ao longo desse tempo, evidenciando que o crime em si se tratava de evento pretérito findo, mas que, ainda assim, houve por bem decretar

a medida cautelar, sem que, portanto, restasse demonstrado de maneira satisfatória demonstrada a existência dos requisitos autorizadores, da proporcionalidade das medidas ou ainda o pleno exercício pelo réu de suas garantias fundamentais.

Sentido oposto, na Ação Penal nº 843, da mera leitura do acórdão, ante a existência do lapso temporal existente entre os fatos e provas angariados e a requisição de imposição da medida cautelar, não foi possível apontar a existência dos requisitos autorizadores da assecuratória de suspensão do exercício da função pública, pois não ficou demonstrado ao entendimento do juiz, a presença dos elementos autorizadores da medida. Portanto, a contemplação à proporcionalidade inerente às medidas cautelares, bem, como a possibilidade ao réu de pleno exercício de suas garantias fundamentais.

Insta consignar, portanto, que o elemento temporal atua fortemente para a avaliação da real necessidade e adequação das medidas cautelares de suspensão do exercício da função pública a serem impostas aos acusados.

A medida cautelar, portanto, ainda que a medida cautelar seja utilizada para a proteção do meio, tendo em vista a sua natureza instrumental, poderá aplicada em simetria ao cumprimento antecipado da pena já que inobservados os requisitos autorizadores passam-se a apenar o indivíduo de forma tal que se inicia uma espécie de pena a ser cumprida antes mesmo da existência de uma sentença condenatória. A medida cautelar de suspensão do exercício da função pública poderá ser ao final do processo penal confirmada e, nos casos em que seu cumprimento já se faz presente antes mesmo da sentença do processo, poderá ser possibilitada o instituto da detração penal (MODESTO, 2017) pelo juízo executivo.

Ou seja, o que se nota é que com o desvio e equivocada aplicação das medidas cautelares se obtém mácula às garantias fundamentais do indivíduo e do processo penal, ante a violação a garantia do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, do princípio da presunção de inocência e risco à esfera de liberdade do indivíduo ante a superveniência de sentença absolutória.

Assim sendo, conclui-se pela maior valoração do elemento temporal existente entre os fatos e provas angariados ao longo do processo penal, com o intuito de que com a imperiosa necessidade de proteção ao processo penal ante a garantia da ordem pública e proteção a instrução criminal, não se passe a permitir violações às garantias fundamentais tão importantes para a esfera individual e de consequências tão penosas aos que inseridos no âmbito das persecuções penais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008

BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais 2015.

CASTRO, Pedro Machado de Almeida. As medidas cautelares pessoais diversas da prisão à luz da proporcionalidade. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. doi:10.11606/D.2.2015.tde-15122015-143931.

FERRAJOLI, Luigi. Garantias e direito penal. R. bras. Est. const., RBEC. Belo Horizonte, ano 7, n. 26, p. 485-500, maio/ago. 2013. Tradução livre por: Eduardo Moreira. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/70458/garantias_direito_penal_ferrajoli.pdf>

FERRARI, Eduardo Reale. Primeiras reflexões à Lei 12.403/2011: medidas substitutivas à prisão cautelar. Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Ciências Penais, v. 8, n. 14, p. 427-429, jan./jun. 2011. Disponível em:<<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/79934>>.

FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/60553>>

GARCETE, Carlos Alberto. Breves impressões acerca da novel Lei n. 12.403/2011: lei das novas medidas cautelares penais. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/39818>>.

KHAN, Karen Louise Jeanete; MENDRONI, Marcelo Batlouni. As medidas cautelares no processo penal brasileiro - Reforma com a Lei 12.403/2011. Revista dos Tribunais: RT, v. 102, n. 938, p. 333-362, dez. 2013. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/78736>>

LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. São Paulo; Saraiva, 2012.

MAIA FILHO, Napoleão Nunes. As regras da experiência comum na formação da convicção do juiz. Revista dialética de direito processual, São Paulo, n. 17, p. 59-75, ago. 2004. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/27012>>.

MENDONÇA, Andrey Borges. Prisão e Outras Medidas Cautelares Pessoais. São Paulo: Método, 2011.

MIRANDA JÚNIOR, Joaquim José. Teoria da proporcionalidade e as provas ilícitas. De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, v. 4, n. 4, jul. 2002.. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/58761>>

MODESTO, Wagner Luiz Lioi. Detração penal e medidas cautelares diversas da prisão: possibilidade de aplicação. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v.13, n. 75, p. 116-131, dez./jan. 2016/2017. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/111100>>

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo, direito penal e garantismo. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 4, n. 16, out. 2010. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/37302>>.

MOSSIN, Antônio Heráclito. Garantias fundamentais na área criminal. São Paulo: Manole, 2014.

PRUDÊNCIO, Simone Silva. Garantias Constitucionais e o Processo Penal: uma visão pelo prisma do devido processo legal. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 57, p. 297-320, jul./dez. 2010.

ROCHA FILHO, João Batista Sales A atuação do ministério público diante das novas medidas cautelares no processo penal brasileiro. De jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, v. 15, n. 27, p. 141-185, jul./dez. 2016. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/108310>>

WEDY, Miguel. Eficiência, garantias e justiça no processo penal. Revista de Estudos Criminais, n. 52, p. 163-186, jan./mar. 2014. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/89996>>.