

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.526 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O Senhor Ministro **Edson Fachin** (Relator): A República vertida normativamente na Constituição de 1988, já em seu art. 1º, **caput**, impõe interpretação das imunidades e das prerrogativas instituídas, **rigidamente circunscrita às razões pelas quais foram concebidas e sem que possam ser tidas por privilégios pessoais ou símbolos de distinção entre cidadãos** agrupados em classes ou categorias distintas.

Trata-se o princípio republicano de um dos pilares fundamentais da Constituição, pois porta uma decisão estruturante do Estado constituído. Princípio constitucional assim também considerado pelo art. 34, VII, “a”, da CRFB, a ele se confere a função primordial de interpretação do Texto Constitucional.

O princípio republicano encontra, na proibição de tratamentos discriminatórios e na vedação da instituição de privilégios odiosos, uma de suas mais importantes emanções. Não à toa, o art. 19 da Constituição da República, densificando-o, **veda “à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) III - criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si”**.

Cuida-se, portanto, de princípio normativo vinculante e informador do caminho hermenêutico a ser percorrido pelo intérprete na aplicação das normas constitucionais.

Anoto que a pretensão inicial requer interpretação conforme à Constituição de dois artigos do Código de Processo Penal, em conjunto, referindo-se indubiosamente ao art. 312 e ao art. 319, utilizando conjuntiva para submeter tanto a prisão preventiva (do art. 312) quanto medidas cautelares (art. 319) ao mesmo regime.

O que busca a pretensão deduzida nesta ADI é declarar, em interpretação conforme à Constituição sobre a redação legal introduzida pela Lei 12.403/2011, que a racionalidade informadora de ambos os

ADI 5526 / DF

dispositivos conduz à submissão de qualquer outra medida cautelar, prevista no art. 319 do CPP, ao regime do parágrafo 2º, do art. 53 da CRFB que se reporta à prisão em flagrante.

Em outras palavras, a presente ADI não põe em causa, diante do pedido formulado, a discussão sobre a possibilidade da decretação pelo Poder Judiciário de medidas cautelares penais em desfavor de parlamentares. O que se busca é interpretação conforme, para que o Supremo Tribunal Federal declare que a Casa Legislativa, a qual pertence o parlamentar, pode sustar a medida cautelar penal decretada pelo Poder Judiciário.

Sobre a possibilidade de submissão de parlamentar às medidas cautelares penais alternativas à prisão, este Supremo Tribunal Federal, à **unanimidade**, em 5 de maio de 2016, quando do julgamento do referendo da AC 4.070, assentou a possibilidade de se determinar o afastamento das funções de parlamentares em situações pontuais e excepcionais.

Naquela oportunidade, aquele julgado restou assim ementado:

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSÃO DO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO (ART. 319, VI, DO CPP), A ABRANGER TANTO O CARGO DE PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS QUANTO O MANDATO PARLAMENTAR. **CABIMENTO DA PROVIDÊNCIA, NO CASO, EM FACE DA SITUAÇÃO DE FRANCA EXCEPCIONALIDADE.** COMPROVAÇÃO, NA HIPÓTESE, DA PRESENÇA DE MÚLTIPLOS ELEMENTOS DE RISCOS PARA A EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO CRIMINAL E PARA A DIGNIDADE DA PRÓPRIA CASA LEGISLATIVA. ESPECIFICAMENTE EM RELAÇÃO AO CARGO DE PRESIDENTE DA CÂMARA, CONCORRE PARA A SUSPENSÃO A CIRCUNSTÂNCIA DE FIGURAR O REQUERIDO COMO RÉU EM AÇÃO PENAL POR CRIME COMUM, COM DENÚNCIA RECEBIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, O QUE CONSTITUI CAUSA INIBITÓRIA AO EXERCÍCIO DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. DEFERIMENTO DA MEDIDA SUSPENSIVA

REFERENDADO PELO PLENÁRIO. (AC 4070 Ref, Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, DJe 21-10-2016)

Considero importante enfatizar trechos do voto condutor do saudoso Ministro Teori Zavascki, bem como de votos que o acompanharam, **os quais iluminam a questão ora em julgamento.**

Nessa linha, do voto do eminente relator, destaco a seguinte consideração, de todo pertinente ao julgamento da presente ADI, cujos grifos não correspondem ao original:

“é imprescindível atentar ainda a propósito do art. 55, VI, e de seu § 2º que a outorga da decisão sobre a perda de mandato às próprias Casas Legislativas tem como pressuposto a ulatimação dos trabalhos da Justiça Criminal, na forma de uma sentença transitada em julgado. **O preceito trabalha com uma lógica de harmonia entre poderes, que não interdita o funcionamento de qualquer um deles.** Pelo contrário, permite que cada um funcione dentro de suas respectivas competências. O Judiciário terá se pronunciado quanto à formação da culpa, enquanto o parlamento irá se manifestar sobre a cessação do mandato, cabendo a esta última instância justificar o seu entendimento sobre a subsistência de um vínculo de representatividade já debilitado no seu substrato de legitimidade diante dos apelos da opinião pública (nova redação do art. 55, § 2º, da Constituição da República, conferida pela EC 76/13, que suprimiu a locução voto secreto do dispositivo). Esse é o modelo de colaboração institucional a vigorar entre os Poderes quando já houver decreto de condenação penal contra parlamentar.

Todavia, **nas hipóteses em que isso ainda não tenha ocorrido mas em que haja investigações ou ações penais em curso a interação entre o Judiciário e Legislativo ganha outros contornos.** Dois elementos adquirem relevância: a competência das Casas parlamentares para (a) resolver sobre a prisão de seus membros, caso tenham sido eles detidos em flagrante por crime inafiançável (art. 53, § 2º); e (b) para sustar o andamento de ação

penal que porventura tenha sido recebida contra senador ou deputado por crime ocorrido após a diplomação (art. 53, § 3º). A última palavra sobre a prisão e a avaliação a respeito da suspensão do processo penal são garantias institucionais deferidas pela Constituição em favor do Poder Legislativo e que ressoam no desenvolvimento da persecução penal. **Como prerrogativas que são, naturalmente reivindicarão interpretação restritiva.**

Fora dessas hipóteses, as investigações e processos criminais deflagrados contra parlamentares **haverão de transcorrer ordinariamente, sem qualquer interferência do Poder Legislativo, inclusive quanto à execução das demais medidas cautelares previstas no ordenamento, que ficam à disposição da jurisdição, podendo ser acionadas a tempo e a modo, isto é, quando forem necessárias e adequadas.** Não há, nesse aspecto, qualquer fragilização da independência para o exercício do mandato. Afinal, a plenitude das prerrogativas de representação popular são garantidas, no ponto, pela **prerrogativa de foro**, que atribuem necessariamente a um colegiado de magistrados a competência pela direção dos procedimentos de persecução penal eventualmente instaurados contra parlamentares. **Assim, a partir de quando um parlamentar passa a ser alvo de investigação por crime comum, perante o foro apropriado, também esses agentes políticos haverão de se sujeitar a afastamentos temporários da função, desde que existam elementos concretos, de particular gravidade, que revelem a indispensabilidade da medida para a hígida sequência dos trabalhos judiciários."**

Da mesma forma, destaco trecho do voto da eminente Ministra Cármen Lúcia, quando, após enfatizar a excepcionalidade da possibilidade de se determinar o afastamento de parlamentar, fundamentou seu voto, dentre outras, nas seguintes razões:

"o Supremo Tribunal Federal, nesta decisão, não apenas defende e guarda a Constituição - como é da sua obrigação -,

como defende e guarda a própria Câmara dos Deputados, para resguardar todos os princípios e regras que têm de ser aplicados, uma vez que a imunidade referente ao cargo, e àqueles que o detêm, não pode ser confundida, em nenhum momento, com impunidade ou possibilidade de vir a sê-lo. Afinal, a imunidade é uma garantia, porque a República não comporta privilégios, até porque privilégio é incompatível com a República - privilégio, palavra que, às vezes, até equivocadamente, vem utilizada quando se fala em foro, por exemplo; vem de privado e de *legis*, portanto, a lei do privado, que não opera e não pode prevalecer no espaço público, menos ainda no republicano.”

Por fim, destaco, ademais, parte das razões justificadoras do voto do eminente decano, Ministro Celso de Mello, em que restou consignado, com propriedade, que:

“E o exercício por esta Suprema Corte, mesmo em sede de persecução penal, considerado o contexto que se delineia nestes autos, **destina-se a garantir a própria utilidade da prestação jurisdicional a ser efetivada no processo penal de conhecimento, em ordem a impedir o comprometimento ou a frustração do resultado definitivo do julgamento principal.**

E, nesse contexto, a medida cautelar em referência, como bem destacou o eminente Ministro Teori Zavascki, tem por finalidade impedir que **se concretize o risco de uso do poder institucional para delinquir, porque o Supremo Tribunal Federal não pode permitir que sequer se configure o risco da prática da delinquência pelo agente público enquanto no desempenho de suas atividades funcionais.**”

Feitos esses registros preliminares, impende, pois, examinar o mérito da pretensão e o pedido feito a este Tribunal. Para tanto, merece síntese o que sustenta a almejada interpretação conforme, conjunta, dos dois dispositivos referidos.

ADI 5526 / DF

São, sumariamente, os seguintes argumentos articulados na narrativa pelos proponentes: (a) as normas de ambos os dispositivos teriam indistintos fins processuais pelos dois artigos preconizados, logo, as hipóteses do artigo 319 do CPP teriam caráter substitutivo à prisão preventiva e objetivo menos restritivo; (b) a Lei 12.403, sendo posterior à Constituição de 1988, reclama interpretação conforme, ou seja, nos termos da parte autora, impõe uma *“leitura constitucionalmente adequada dos arts. 312 e 319 do CPP”*; (c) na AC 4.070, da relatoria do saudoso Min. Teori Zavascki, ao afastar parlamentar do exercício do mandato, *“a despeito de afirmar que essa medida de afastamento temporário das funções parlamentares não possui previsão constitucional, reconheceu o seu cabimento”*, o que *“constitui clara inovação na ordem jurídica brasileira”*; (d) que, uma vez determinado o afastamento cautelar do exercício do mandato, *“deve o Tribunal competente para o processamento da ação penal (sic) remeter os autos, dentro de vinte e quatro horas à Casa legislativa, para que, por voto da maioria de seus membros, resolva sobre a aplicação da medida cautelar substitutiva da prisão”*; (e) suscita, ainda, formulando interrogação, que *“não sendo lícito ao Poder Judiciário afastar um parlamentar de suas funções, por meio da prisão em flagrante, sem submeter o caso à apreciação pela respectiva Casa legislativa em 24 horas, seria regular o afastamento desse mesmo parlamentar – com iguais repercussões para o funcionamento do Parlamento –, com base nos arts. 312 e 319 do CPP, sem que se submetesse à Casa essa medida, no mesmo prazo de 24 horas, para que sobre ela delibere?”*; (f) que, em suma, a imunidade parlamentar impõe submeter ao Parlamento qualquer medida judicial que importe o afastamento do parlamentar de suas funções institucionais; (g) e por derradeiro, que há uma *“única interpretação constitucionalmente possível”* dos artigos 312 e 319 do CPP, ou seja, aquela dada pela parte autora, como exposto.

Os parâmetros de controle apontado na inicial são: a regra do art. 55, §2º, da CRFB, que outorga às Casas Legislativas do Congresso Nacional a competência para decidir sobre a perda do mandato dos congressistas inclusive em caso de condenação criminal; a regra do art. 53, § 2º, da Constituição que atribui à Câmara ou ao Senado, conforme o caso,

ADI 5526 / DF

resolver sobre a prisão em flagrante por crime inafiançável; e a regra do art. 53, § 3º, da CRFB, que confere competência à Casa respectiva para sustar o andamento de ação penal instaurado em desfavor de parlamentar federal.

A compreensão adequada desses parâmetros há de ser feita à luz do princípio republicano. Dentre as emanações deste princípio, além da proibição de tratamentos discriminatórios e da vedação da instituição de privilégios (art. 19, III, da CRFB), a responsabilização dos agentes públicos pelos seus atos constitui um de seus desdobramentos indeclináveis.

Em razão disso, a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal tem, tradicional, e repetidamente, assentado que as hipóteses constitucionais que empecem a responsabilização de agentes políticos e membros de poder devem ser interpretadas nos estritos limites em que postas no Texto Constitucional, **não se permitindo alargamentos via interpretação extensiva.**

Sob essa ótica, o Supremo Tribunal Federal, há longa data, interpreta a imunidade material, erigida em favor de Deputados e Senadores no art. 53, **caput**, da CRFB, repelindo concepções literalistas que impliquem conceder ao parlamentar alguma espécie de privilégio injustificado.

A despeito da redação instituída pela Emenda 35/2001, que substituiu a expressão "*Os Deputados e Senadores são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos*" pela expressão "*Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por **quaisquer** de suas opiniões, palavras e votos*", a Suprema Corte, forte no **princípio republicano**, continuou a conceber a imunidade instituída no art. 53, **caput**, da CRFB como suscetível de reconhecimento apenas quando as opiniões, palavras e votos dos parlamentares, eventualmente subsumíveis a algum tipo penal, fossem proferidas com alguma vinculação ao exercício do mandato. Ao assim proceder, o Supremo Tribunal Federal, no limite legítimo de seu papel de intérprete, aplicador e guardião da Constituição da República, deu sentido ao significante (imunidade) no devido contexto normativo e histórico.

ADI 5526 / DF

Independentemente da expressão literal, indicativa da percepção segundo a qual **qualquer** palavra proferida pelo parlamentar está coberta pela imunidade material, o Supremo Tribunal Federal reconhece a imunidade material **apenas** quando as palavras forem proferidas em **conexão com o mandato**, dado que a imunidade é erigida justa, e tão somente, para viabilizar o livre exercício da representação popular outorgada aos deputados e senadores.

Ou seja, se as palavras forem proferidas num contexto desvinculado do exercício do mandato, não há razão para conferir imunidade, eis que a **finalidade justificadora** do tratamento constitucional diferenciado ao parlamentar não se faz presente. Como a imunidade não foi instituída para criar um segmento privilegiado não sujeito à responsabilização por crimes, mas apenas para garantir o livre e independente exercício do mandato, quando a manifestação estiver desvinculada do respectivo exercício, não se faz presente a imunidade. A dimensão teleológica do princípio republicano incide por inteiro nessa direção chancelada pelo STF.

O seguinte trecho, do voto condutor proferido pelo eminente Ministro Celso de Mello no Inq 1.400-QO, Pleno, DJU 10.10.2003, bem resume a concepção do Supremo Tribunal Federal sobre a imunidade parlamentar material prevista no art. 53, **caput**, da CRFB, cujos grifos não correspondem ao original:

“Cabe assinalar que a **teleologia** inerente à cláusula de **inviolabilidade** prevista no art. 53, **caput**, da Constituição da República revela a preocupação do constituinte em **dispensar efetiva proteção ao congressista, em ordem a permitir-lhe**, no desempenho das múltiplas funções que compõem o ofício parlamentar, **o amplo exercício da liberdade de expressão**, qualquer que seja o âmbito espacial em que concretamente se manifeste (RTJ 133/90), ainda que fora do recinto da própria Casa legislativa (RTJ 131/1039 – RTJ 135/509-510 – RT 648/318), **desde que - cumpre insistir - as afirmações** e os pronunciamentos emanados do membro do Poder Legislativo

da União **guardem conexão com o desempenho do mandato** (prática *in officio*) ou tenham sido proferidos em razão dele (prática *propter officium*), conforme esta Suprema Corte tem assinalado em diversas decisões (RTJ 155/396-397, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno, v.g.)”.

Igualmente significativo o seguinte trecho da ementa do julgado referido, com grifos que não correspondem ao original:

“- O postulado republicano – que repele privilégios e não tolera discriminações – impede que o parlamentar-candidato tenha, sobre seus concorrentes, qualquer vantagem de ordem jurídico-penal resultante da garantia da imunidade parlamentar, sob pena de dispensar-se, ao congressista, nos pronunciamentos estranhos à atividade legislativa, tratamento diferenciado e seletivo, capaz de gerar, no contexto do processo eleitoral, inaceitável quebra da essencial igualdade que deve existir entre todos aqueles que, parlamentares ou não, disputam mandatos eletivos.”

Razões similares têm sido tradicionalmente declinadas por esta Suprema Corte para repelir a ampliação de outras prerrogativas e imunidades que não estejam expressamente previstas na Constituição Federal.

Cito, por exemplo, decisão proferida no âmbito do Inq 1.376 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, que julgou inaplicável a ex-ocupantes de cargos públicos o foro por prerrogativa de função, por contrastar com o princípio republicano.

No que interessa ao caso em desate, cito o seguinte trecho da ementa daquele julgado:

“Nada pode autorizar o desequilíbrio entre os cidadãos da República. O reconhecimento da prerrogativa de foro, perante o Supremo Tribunal Federal, nos ilícitos penais comuns, em favor de ex-ocupantes de cargos públicos ou de

ex-titulares de mandatos eletivos transgride valor fundamental à própria configuração da idéia republicana, que se orienta pelo vetor axiológico da igualdade.”

(Inq 1376 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 15.02.2007).

Mais recentemente, igualmente com fundamento, dentre outros, no princípio republicano, ao julgar a ADI 4.764, este Plenário reviu sua jurisprudência e assentou a impossibilidade de as Constituições Estaduais exigirem prévia licença das Assembleias Legislativas para a submissão de Governadores dos Estados e do Distrito Federal a processo penal perante o Superior Tribunal de Justiça.

São fartas as decisões desta Suprema Corte que assentam a impossibilidade de se estenderem as cláusulas constitucionais exorbitantes do direito comum, consequências derogatórias do postulado republicano, às hipóteses que não estejam expressamente previstas na Constituição da República.

Nesse sentido, importa perquirir em que norma derogatória do direito comum estaria a proibição constitucional expressa que afastaria o princípio republicano – o qual a todos impõe o dever de observância e submissão às leis do país -, o princípio da inafastabilidade da jurisdição, bem como o da independência do Poder Judiciário.

Nessa mesma direção, a pretensão exposta na inicial pretende estender regras constitucionais que regulam hipóteses diversas das **medidas cautelares penais, o que contrasta com a necessária interpretação restritiva que se deve dar, em razão do princípio republicano, aos óbices constitucionais impostos à sujeição igualitária de todos às regras penais e processuais penais.**

Essa concepção restritiva a respeito das imunidades parlamentares, registre-se, encontra eco no Relatório elaborado pela Comissão de Veneza, sobre a Finalidade e o Afastamento das Imunidades Parlamentares. O Relatório foi feito a pedido do Secretário-Geral do Conselho da Europa que requisitou à Comissão “a elaboração de critérios e diretrizes para afastar a imunidade parlamentar de modo a evitar o

ADI 5526 / DF

abuso da imunidade assim como a seletividade e abusividade de decisões e para garantir a transparência adequada ao procedimento” (CDL-AD(2014)011, pár. 171).

Após levantamento acerca do funcionamento das imunidades em diversas jurisdições, a Comissão concluiu que CDL-AD(2014)011, pár. 184 e 185):

“(…) as regras sobre a inviolabilidade parlamentar [proteção contra a prisão e detenção; investigação e busca e apreensão; denúncias; sanções criminais; procedimentos civis; e ações administrativa] não são uma parte necessária da democracia moderna. Em um sistema político em bom funcionamento, membros do parlamento têm proteção adequada por meio de outros mecanismos, e não precisam de uma imunidade desse tipo.

A Comissão de Veneza, no entanto, reconhece que as regras e inviolabilidade podem em alguns países preencher a função democrática de proteger o parlamento como instituição, e em particular a oposição parlamentar, contra a pressão indevida ou o assédio do executivo, das cortes ou de outros oponentes políticos. Regras sobre a inviolabilidade parlamentar podem portanto ser justificadas quando outras formas de proteção aos membros do parlamento não forem adequadas. Mas elas devem ser sempre construídas e aplicadas de maneira restrita. Tais regras devem estar sujeitas a limitações e condições, e deve sempre haver a possibilidade de afastar a imunidade a partir de procedimentos limpos e imparciais.”

A Comissão concluiu, ainda, que, mesmo nos casos em que os países optaram por manter as regras de imunidade, elas não poderiam ser invocadas para proteger parlamentares contra investigações preliminares, nem para a proteção de ofensas mais graves. Além disso, entre os critérios fixados para afastar a imunidade, a Comissão indica expressamente os casos em que a ofensa não estiver diretamente relacionada com a atuação parlamentar ou quando houver risco de obstrução à Justiça.

ADI 5526 / DF

Nessa linha, a primeira regra constitucional invocada na inicial, qual seja, aquela extraível do parágrafo 2º, do art. 55, da Constituição da República, segundo a qual à Casa Legislativa respectiva foi outorgada a competência para decidir a respeito da perda do mandato, é **evidentemente inaplicável às hipóteses** de medidas cautelares penais.

Perceba-se que a premissa de que parte a inicial, segundo a qual referida regra do art. 55, § 2º, da CRFB **sempre** condiciona a perda do mandato parlamentar à manifestação da Casa Legislativa de origem, não conta com o respaldo da mais recente jurisprudência desta Suprema Corte. Anoto recente julgado da Primeira Turma, na AP 694, da relatoria da eminente Ministra Rosa Weber, em que restou consignado, a depender do tempo de pena a que foi condenado o parlamentar, ter a condenação criminal o efeito de extinguir o mandato automaticamente. Colho, da ementa, o seguinte trecho:

“7. Perda do mandato parlamentar: É da competência das Casas Legislativas decidir sobre a perda do mandato do Congressista condenado criminalmente (artigo 55, VI e § 2º, da CF). Regra excepcionada – adoção, no ponto, da tese proposta pelo eminente revisor, Ministro Luís Roberto Barroso -, quando a condenação impõe o cumprimento de pena em regime fechado, e não viável o trabalho externo diante da impossibilidade de cumprimento da fração mínima de 1/6 da pena para a obtenção do benefício durante o mandato e antes de consumada a ausência do Congressista a 1/3 das sessões ordinárias da Casa Legislativa da qual faça parte. Hipótese de perda automática do mandato, cumprindo à Mesa da Câmara dos Deputados declará-la, em conformidade com o artigo 55, III, § 3º, da CF. Precedente: MC no MS 32.326/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, 02.9.2013. 8. Suspensão dos direitos políticos do condenado quando do trânsito em julgado da condenação (art. 15, III, da CF).” (AP 694, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 02.05.2017)

Ainda assim, não se pode, com a devida vênia de posicionamentos contrários, extrair das competências atribuídas pela Constituição da República às Casas do Congresso Nacional para decretar a perda do

mandato parlamentar, **igual competência para sustar medidas** cautelares decretadas pelo Poder Judiciário.

Por certo, há uma diferença marcante e significativa entre a decretação da perda do mandato, medida definitiva e irreversível, e a suspensão temporária da função pública ínsita no exercício do mandato parlamentar, decretada pelo Poder Judiciário, fundada nos juízos de adequação e de 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”*, conforme dicção literal do art. 282, I, do Código de Processo Penal.

Como a decretação da perda de mandato é medida drástica e irreversível, o constituinte conferiu maiores garantias ao mandato parlamentar condicionando a cassação à manifestação do Poder Legislativo.

Disso não se pode extrair competência, mesmo implícita, para subtrair a submissão de parlamentar à medida cautelar penal, decretada pelo Poder Judiciário. A tal conclusão só se poderia chegar se fosse possível interpretar referida regra **extensivamente**, o que, como visto, não é o caso.

A esse respeito, importa, uma vez mais, fazer referência ao voto condutor do referendo da medida cautelar deferida na AC 4070, julgado à unanimidade por este Plenário, no trecho em que o saudoso Ministro Teori Zavascki, de forma lapidar, como era de seu feitio, enfrentou os temas ora em discussão:

“Como prerrogativas que são, naturalmente reivindicarão interpretação restritiva.

Fora dessas hipóteses, as investigações e processos criminais deflagrados contra parlamentares haverão de transcorrer ordinariamente, **sem qualquer interferência do Poder Legislativo, inclusive quanto à execução das demais medidas cautelares previstas no ordenamento**, que ficam à disposição da jurisdição, podendo ser acionadas a tempo e a

modo, isto é, quando forem necessárias e adequadas. Não há, nesse aspecto, qualquer fragilização da independência para o exercício do mandato. Afinal, a plenitude das prerrogativas de representação popular são garantidas, no ponto, pela prerrogativa de foro, que atribuem necessariamente a um colegiado de magistrados a competência pela direção dos procedimentos de persecução penal eventualmente instaurados contra parlamentares. Assim, a partir de quando um parlamentar passa a ser alvo de investigação por crime comum, perante o foro apropriado, também esses agentes políticos haverão de se sujeitar a afastamentos temporários da função, desde que existam elementos concretos, de particular gravidade, que revelem a indispensabilidade da medida para a hígida sequência dos trabalhos judiciários.”

O mesmo se diga a respeito de outra das regras apresentadas como parâmetro de controle para a presente ADI, qual seja, a regra do art. 55, § 2º, da Constituição da República, que confere à Câmara ou ao Senado, conforme o caso, em 24 horas, atribuição “*para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão*” em flagrante delito por crime inafiançável, quando o flagrado é parlamentar.

Também, nesse ponto, pretende-se interpretação extensiva do texto do art. 55, § 2º, da Constituição da República, para inserir no âmbito de sua normatividade, situação nele não contemplada, potencializando-se, assim, imunidades e prerrogativas derogatórias do princípio republicano, que impõe a todos, sem distinção nem privilégios, a submissão às leis.

O texto do art. 55, § 2º, da Constituição da República não se refere à medida cautelar de natureza penal decretada pelo Poder Judiciário. **Refere-se, isso sim, à prisão em flagrante, única hipótese em que a Constituição autoriza a prisão de um cidadão civil até mesmo sem mandado judicial.** Sobre isto, estado de flagrância do parlamentar, e apenas isso, a Constituição atribuiu competência à Câmara dos Deputados e ao Senado para decidir a respeito.

Desde 05 de outubro de 1988, o âmbito de restrição à liberdade do

cidadão passou por forte contenção, na medida em que as Constituições anteriores à de 1988 em geral previam, por exemplo, que "*ninguém será preso senão em flagrante delito ou, por ordem escrita da autoridade competente, nos casos expressos em lei*" (art. 141, § 21, da Constituição de 1946), ao passo que a Constituição vigente prevê que "*ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei*" (art. 5º, LXI).

Nesse linha, as Constituições brasileiras anteriores limitavam-se a proibir prisão sem ordem escrita de **autoridade** competente, fosse judiciária ou não, sempre ressaltando a possibilidade de prisão sem mandado em caso de flagrante delito.

Operou-se, ademais, com o advento da Constituição de 1988, a ruptura definitiva de uma concepção ultrapassada segundo a qual o flagrante delito implica a inversão do princípio da presunção de inocência para o da presunção de culpabilidade.

A partir da vigência da atual Constituição, estabeleceu-se uma vinculação da manutenção da prisão em flagrante, não apenas à inexistência dos pressupostos da fiança, mas, além disso, à presença dos pressupostos da própria prisão preventiva. A partir de então, a prisão em flagrante, para se prostrar no tempo (em tese, para além das 24 horas previstas no art. 306, §1º, CPP), passou a exigir a constatação dos requisitos próprios do flagrante, da possibilidade de prestação de fiança e, ainda, da presença dos requisitos da prisão preventiva.

Isso significa que, **hodiernamente, são os requisitos da prisão preventiva que sustentam o encarceramento do flagrado e não a situação, em si, de flagrância.**

Nessa linha, a reforma do Código de Processo Penal, promovida pela Lei 12.403/2011, deu nova redação ao art. 310 do CPP, impondo enfaticamente a análise dos requisitos da prisão preventiva tão logo o auto de prisão em flagrante seja encaminhado a juízo, *verbis*:

“Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, **o juiz deverá fundamentadamente:** I - relaxar a prisão ilegal; ou II -

converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação."

O flagrante delito, após o advento da Constituição da República de 1988, deixa de poder ser considerado uma espécie de prisão cautelar processual penal, passando a mera medida de *sub cautela*.

Com efeito, como bem exposto pela doutrina de **Luiz Antônio Câmara** "*...sempre foi desconforme o Estado de direito o fato de a prisão em flagrante, além de manifestar-se como autorizativa do encarceramento do provável agente, pudesse também autorizar a sua custódia cautelar. A manutenção da cautela - em decorrência inclusive de mandamento constitucional - só podia se dar quando presentes os pressupostos da custódia preventiva, devendo a manutenção ser fundamentada. (...) O legislador de 2011 agiu bem ao promover a correção e deixar expressa (pois clara ela sempre foi) a subcautelaridade da medida: hoje os efeitos da prisão em flagrante não persistem indefinidamente no tempo. (Medidas cautelares pessoais. 2 ed. Curitiba : Juruá, 2011, p. 198).*

Na mesma linha, explicitando a atual razão de ser do flagrante delito no ordenamento constitucional e processual penal, **Eugênio Pacelli de Oliveira**, esclarece que se pretende "*... com a prisão em flagrante impedir a consumação do delito, no caso em que a infração está sendo praticada (art. 302, I), ou de seu exaurimento, nas demais situações, isto é, quando a infração acabou de ser praticada (art. 302, II), ou o encontro do presumido autor (art. 302, IV)*" (**Curso de processo penal**. 3 ed. Belo Horizonte : Del Rey, 2004, p.

548).

Tendo em vista a modificação da disciplina do flagrante delito promovida pela Constituição de 1988, que deixa de ser circunstância ensejadora da inversão da presunção de inocência para a presunção de culpabilidade do flagrado, inarredável interpretar a regra do art. 53, § 2º, da Constituição da República de forma consentânea com essa nova realidade normativa constitucional.

Como visto, no atual regime, qualquer cidadão preso em flagrante em razão do que dispõe o art. 5º, LXVI, da CR/88, não será "*levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir liberdade provisória com ou sem fiança*". A **contrario sensu**, ninguém, mesmo que preso em flagrante, será mantido em custódia, na pior das hipóteses, se não estiverem presentes os requisitos da prisão preventiva, hoje previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, ou seja, se não for necessária à "*garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria*".

Sempre que alguém for preso em flagrante, a autoridade deverá, em vinte e quatro horas no máximo (art. 306, § 1º, do CPP), encaminhar o auto de prisão em flagrante ao juiz natural que, nos termos do art. 310 do CPP, "*deverá fundamentadamente: I - relaxar a prisão ilegal; ou II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança*".

Essas regras se aplicam também ao parlamentar preso em flagrante nas hipóteses de crime inafiançável. A despeito da redação da segunda parte, do art. 53, § 2º, da CR/88 - que determina a remessa, em vinte e quatro horas, dos autos de flagrante à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão -, não teve o constituinte, por certo, o escopo de dar ao parlamentar uma condição jurídica inferior, em termos de garantias individuais, à conferida ao cidadão em geral.

ADI 5526 / DF

Não se deve supor que o parlamentar preso em flagrante terá a análise de compatibilidade da permanência no cárcere, tal como prevista no art. 310 do CPP, substituída pela análise a ser efetuada pela Casa legislativa a que pertencer.

O juízo a ser realizado pela Casa respectiva, a respeito da prisão do parlamentar, é de outra ordem. Trata-se de um legítimo e constitucional juízo político, sujeito ao posterior controle político dos eleitores e pautado por critérios estritamente políticos.

Além do juízo político a ser exercido no prazo de 24 horas pela Casa do Congresso Nacional a que pertence, o parlamentar tem, igualmente, como qualquer cidadão preso em flagrante delito, o direito a um juízo técnico-jurídico, a ser realizado pelo Supremo Tribunal Federal (art. 53, § 1º, CR/88), que verse sobre a legalidade formal da prisão em flagrante e a presença dos requisitos para a decretação da prisão preventiva (art. 312 do CPP), única hipótese que a Constituição considera suficiente para a manutenção do encarceramento do flagrado.

Todo cidadão preso em flagrante, a partir da Constituição de 1988, tem o direito de ter sua prisão em flagrante revisada pelo juiz competente, quer no que diz respeito à legalidade formal, quer no que diz respeito à análise da presença dos requisitos necessários à concessão da liberdade provisória; e esse direito não foi subtraído dos parlamentares pela Constituição.

Convencido da presença dos requisitos para a concessão da liberdade provisória, o juiz natural da causa concede-a, com ou sem a imposição de cautelares alternativas (art. 321 do CPP), dentre elas a fiança (art. 319, VIII, do CPP), ou se verificar que não são suficientes ou inadequadas, decretará a prisão preventiva (art. 282, § 6º e 310, II, ambos do CPP).

A análise jurisdicional que se sucede obrigatoriamente à prisão em flagrante, após o advento da regra do art. 5º, LXVI, da CR/88, passa necessariamente pela análise jurisdicional da presença ou ausência dos requisitos da prisão preventiva.

O juízo político previsto na segunda parte do §2º, do art. 53, da

ADI 5526 / DF

CRFB, em verdade, não é substitutivo das garantias próprias que são previstas a todo cidadão preso em flagrante. Ao contrário, é um *plus*.

Percebe-se que a regra do art. 53, § 2º, da CRFB nem de longe confere ao Poder Legislativo o poder de revisar juízos técnico-jurídicos emanados do Poder Judiciário. Ao Poder Legislativo, a Constituição outorgou, pela regra de seu art. 53, § 2º, apenas o poder de relaxar a prisão em flagrante, forte num juízo político.

Estender essa competência para permitir a revisão, por parte do Poder Legislativo, das decisões jurisdicionais sobre medidas cautelares penais, significa ampliar referida imunidade para além dos limites da própria normatividade que lhe é própria, em ofensa ao postulado republicano e à própria independência do Poder Judiciário.

Por fim, no que diz respeito ao parâmetro de controle apontado na inicial como sendo a regra do art. 53, § 3º, da CRFB, que confere competência à Casa respectiva para sustar o andamento de processo penal instaurado em desfavor do parlamentar federal, igualmente, com redobradas vênias de quem entenda de forma diversa, sua invocação para sustentar a tese de que as medidas cautelares penais estariam sujeitas à mesma sorte, importa em ampliação interpretativa incompatível com o princípio republicano.

Perceba-se, de saída, que o artigo 53, § 3º, da CRFB vem redigido da seguinte forma:

“§ 3º Recebida a denúncia contra o Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação.

A regra, de fato, permite às Casas do Poder Legislativo sustar o andamento de processo penal instaurado contra um dos seus membros. Entretanto, essa mesma regra impõe requisitos indeclináveis, cuja presença e teleologia não podem ser desconsideradas.

ADI 5526 / DF

Primeiro, a regra impõe que já tenha havido o recebimento da denúncia por parte do Supremo Tribunal Federal. Nitidamente o dispositivo constitucional se refere à **ação**. O juízo de admissibilidade prévio, técnico-jurídico, realizado pelo Supremo Tribunal Federal, por certo, não implica juízo de culpa formada. Todavia, confere certa plausibilidade à acusação deduzida contra o parlamentar.

Uma vez realizado juízo de admissibilidade positivo pelo Supremo Tribunal Federal, já não se pode mais ter uma suspeita que recaia sobre a conduta de um parlamentar como absolutamente destituída de fundamento, ainda que não se possa, **em nenhuma hipótese**, afirmar sua culpabilidade.

O recebimento da denúncia, portanto, pressupõe a afirmação da existência de indícios mínimos de autoria, de materialidade, de ser a conduta ainda punível pela inexistência de uma evidente causa extintiva da punibilidade, bem como a afirmação de que a conduta é aparentemente típica.

O juízo de incerteza próprio de suspeitas que recaem sobre investigados em geral, após o recebimento da denúncia pelo Supremo Tribunal Federal, embora não se convole em juízo de culpabilidade, confere ao menos a presunção de que a submissão do suspeito a um processo penal não é fruto de constrangimento ilegal.

Há precedência do juízo de admissibilidade da acusação, exigida pela regra do artigo 53, § 3º, da CR/88 para que a Casa do Congresso Nacional possa realizar o juízo político voltado a sustar o trâmite do processo penal instaurado.

Juízos políticos realizados pelos representantes do povo, em geral, são politicamente controlados pelos respectivos representados.

Tal prerrogativa conferida ao Poder Legislativo só pode ser exercida em relação a supostos crimes praticados após a diplomação, o que exclui sua aplicação a supostos crimes praticados anteriormente.

Com isso, pretendeu o constituinte impedir que o mandato eletivo, com as imunidades dele decorrentes, sirva de escudo à persecução penal. Tratando-se de fato praticado antes da diplomação, incabível a incidência

ADI 5526 / DF

da regra do art. 53, § 3º, da CRFB.

Por fim, a deliberação da Casa Legislativa deve ser dar pela maioria de seus membros e por iniciativa de partido político nela representado.

Como se vê, referida regra, tanto quanto se dá com qualquer prerrogativa ou imunidade constitucional, em razão do postulado republicano, **que repele privilégios e não tolera discriminações**, não pode ter seu âmbito de normatividade ampliado para permitir a revisão de medidas cautelares penais decretadas pelo Poder Judiciário, fundadas em nos juízos de **adequação e 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*”, conforme dicção literal do art. 282, I, do Código de Processo Penal.

O poder conferido pela Constituição às Casas Legislativas para sustar processos penais, nem de longe, abarca o poder de sustar medidas cautelares penais, ainda que estas últimas sejam instrumentais.

Isso porque referidas medidas cautelares penais não visam apenas à tutela do processo penal. Como literalmente descrito, podem ser decretadas para a **garantia da aplicação da lei penal, para a investigação e instrução criminal e para evitar a prática de novas infrações penais**.

Sendo assim, são instrumentos de tutela da ordem pública, da aplicação da lei penal, bem como das investigações em curso. A outorga constitucional de poder para sustar um processo penal, portanto, não compreende a concessão de poderes para impedir a adoção de providências necessárias à tutela da ordem pública (visando a impedir nova delinquência), bem como obstar a completa elucidação dos fatos sob investigação.

Essa, aliás, é a razão pela qual o Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência tradicional restritiva a respeito da imunidade prevista no art. 84, § 4º, da CR/88, que impede a responsabilização do Presidente da República por atos estranhos ao exercício do mandato, excluindo do seu âmbito de abrangência a possibilidade de instauração de investigações voltadas a uma futura responsabilização. Nesse sentido: Inq 672/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 16.04.93 e Inq 567/DF QO, Rel. Min. Sepúlveda

ADI 5526 / DF

Pertence, RTJ 144/136-145.

Nessa linha, com todas as vênias de quem compreende de forma diversa, inaplicável o recurso à interpretação enunciativa, pela via do argumento *a maiori ad minus*.

Como se sabe, a partir de regras explícitas, pela via de processos lógico-argumentativos, pode-se chegar a regras implícitas, o que caracteriza o recurso à interpretação enunciativa.

Dentre os processos lógicos de enunciação de regras implícitas a partir de regras explícitas, costuma-se lançar mão de argumentos, tais como, o argumento *a maiori ad minus*, segundo o qual quem pode o mais, pode o menos.

Tal argumento, todavia, pressupõe a constatação de hierarquias entre as premissas envolvidas na construção lógica, sob pena de o silogismo transformar-se em paralogismo.

Assim, para que de uma regra que permite “o mais” se possa extrair uma regra implícita que permite “o menos”, é preciso que a regra tida como viabilizadora de um poder maior, efetivamente abarque o poder menor viabilizado pela regra supostamente implícita que se enuncia. É preciso, pois, que a regra implícita desvelada pelo argumento *a maiori ad minus* esteja efetivamente incluída no âmbito de normatividade da regra explícita, sobre a qual se realizou o raciocínio lógico.

Dito isso, ao se afirmar que se o Congresso Nacional pode sustar um processo penal instaurado contra um de seus membros (o que seria o mais), com muito mais razão poderia sustar medidas cautelares penais, se está, com o devido respeito, incorrendo em paralogismo, na medida em que não há correspondência hierárquica entre os poderes conferidos pela Constituição ao Congresso para paralisar processos penais em curso e os alegados poderes para obstar medidas cautelares penais.

Como demonstrado, ao contrário, os poderes conferidos ao Congresso para sustar processos penais em curso são estritos, circunscritos às hipóteses especificamente limitadas na CRFB, pois **as medidas cautelares penais não são instrumentais apenas ao processo penal, mas também meios de tutela da fase pré-processual investigativa**

e da ordem pública.

A outorga constitucional de poder para sustar um processo penal, portanto, não compreende a concessão de poderes para impedir a adoção de providências cautelares necessárias à tutela da ordem pública (visando a impedir reiteração delitiva), bem como, à tutela da investigação e completa elucidação dos fatos.

Inaplicável, portanto, sob todos os aspectos, os parâmetros de controle invocados na inicial para a pretendida interpretação conforme a constituição visando a atribuir ao Congresso Nacional poderes de revisão de medidas cautelares penais deferidas pelo Poder Judiciário em desfavor de parlamentares.

Posto isso, julgo improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade.

É como voto.

Cópia

Cópia