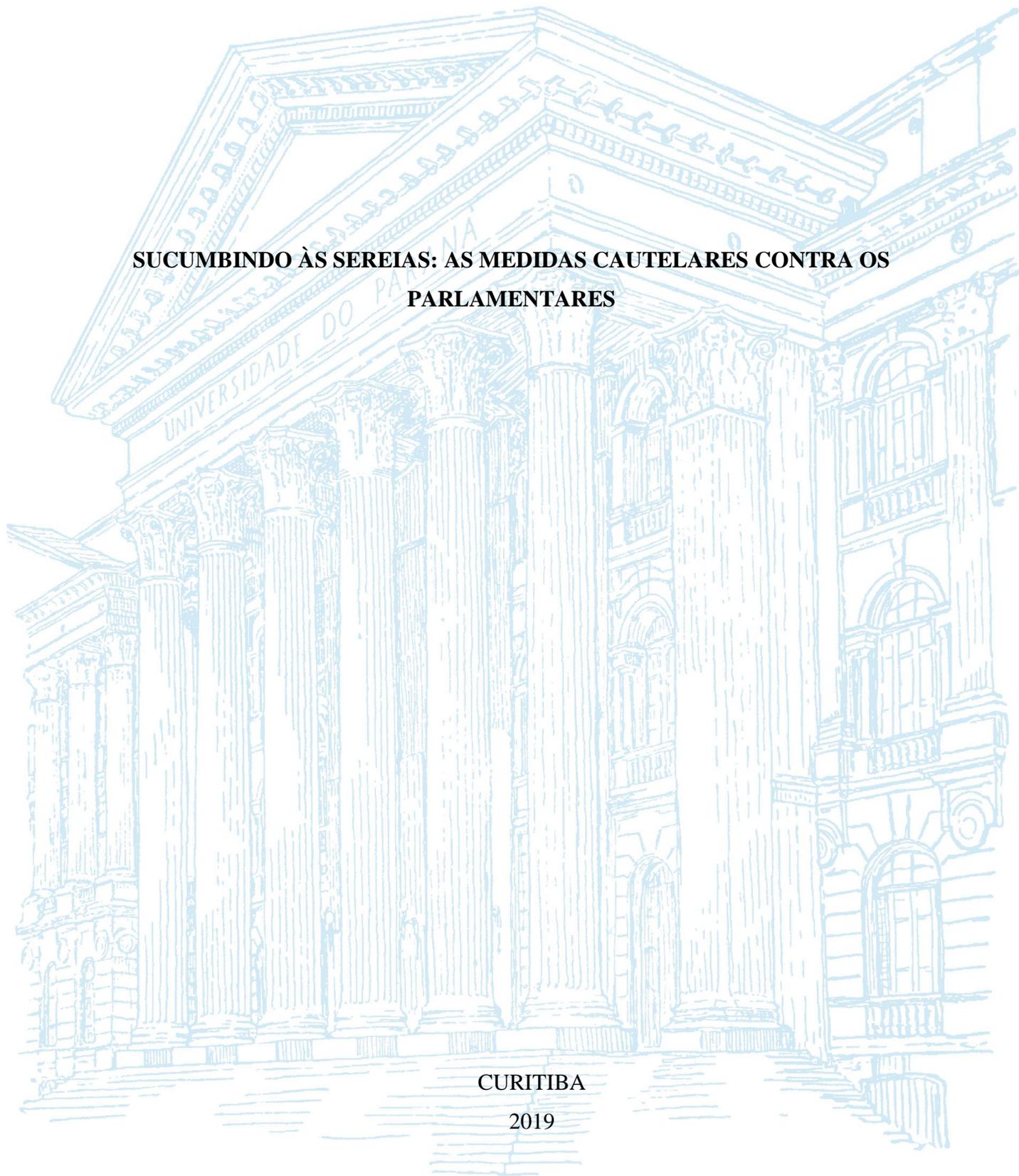


UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
ERICK KIYOSHI NAKAMURA

**SUCUMBINDO ÀS SEREIAS: AS MEDIDAS CAUTELARES CONTRA OS
PARLAMENTARES**

CURITIBA

2019



ERICK KIYOSHI NAKAMURA

**SUCUMBINDO ÀS SEREIAS: AS MEDIDAS CAUTELARES CONTRA OS
PARLAMENTARES**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, no Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Wunder Hachem
Coorientadora: Prof.^a Dr.^a Eneida Desiree Salgado

CURITIBA

2019

TERMO DE APROVAÇÃO

ERICK KIYOSHI NAKAMURA

SUCUMBINDO ÀS SEREIAS: AS MEDIDAS CAUTELARES CONTRA OS PARLAMENTARES

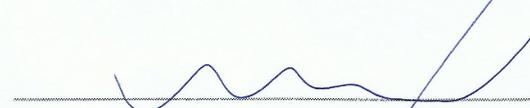
Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



DANIEL WUNDER HACHEM
Orientador



ENEIDA DESIREE SALGADO
Coorientador



MARCO AURÉLIO NUNES DA SILVEIRA
Primeiro Membro



LUZARDO FARIA
Segundo Membro

*Amarrado num mastro
Tapando as orelhas
Eu resisti
Ao encanto das sereias
Eu não ouvi
O canto das sereias
Eu resisti*

*Mas chegando à praia
Não fiz nada disso
Então caí
Nos braços de Calipso
Eu sucumbi
Ao encanto de Calipso
Não resisti*

*Depois disso eu não tive
Nenhum outro vício
Senão dançar
Ao ritmo de Calipso
Pois eu caí
Nas graças de Calipso
Não resisti
Ao encanto de Calipso
Só sei dançar
Ao ritmo de Calipso
Calipso*

Porto Alegre

Composição: Péricles Cavalcanti

Interpretação: Adriana Calcanhotto

AGRADECIMENTOS

Ao finalizar este ciclo, percebo a tarefa árdua que consiste em agradecer àquilo e àqueles que nestes cinco anos me marcaram. Desde que adentrei na Universidade Federal do Paraná, tive a oportunidade de mudar, e mudar muito. Fui afortunado; o ensino público superior passou a ter um corpo docente mais plural pelas políticas de inclusão e um corpo docente mais dialogável e lúcido de seu papel social. A essa Universidade, custeada pelo injusto sistema tributário brasileiro, devo a oportunidade – que a tantos inexistente – de poder estudar e formar pensamentos críticos aptos a permanentes construções e desconstruções. Faço um agradecimento especial a alguns dos professores e das professoras da Instituição.

À professora Melina Girardi Fachin, que me deu aulas durante três anos de Teoria do Estado e de Direito Constitucional, pela acolhida em minha primeira Iniciação Científica e por sempre ter estado à disposição para tirar dúvidas e empreender ricas discussões. Foi a responsável por me inspirar desde a primeira aula da Faculdade; exemplo de dedicação ao magistério e de retidão.

Ao professor Daniel Wunder Hachem pela orientação e por ter me incentivado à docência e à pesquisa na monitoria de Direito Constitucional B com as suas excelentes aulas e conversas. Igualmente, ao professor William Soares Pugliese e à professora Vera Karam de Chueiri, dos quais também tive a honra de ser monitor, por terem compartilhado seus conhecimentos com dedicação e com acessibilidade.

Aos docentes que – mesmo sem ter tido tanto contato – me marcaram e me inspiraram. Aqueles que ao concluir a sua aula, deram-me vontade de pesquisar o que foi abordado, deixando comigo faíscas acesas, mesmo que não consumidas de imediato. Dentre os quais, especialmente Guilherme Roman Borges, Ilton Norberto Robl Filho, Luís Fernando Lopes Pereira, Luiz Ernani Fritoli, Katie Silene Cáceres Arguello, Sérgio Cruz Arenhart, Rodrigo Luís Kanayama, Eroulths Cortiano Júnior, Marco Aurélio Serau Júnior, Paulo Ricardo Opuszka, Betina Treiger Grupenmacher, Egon Bockmann Moreira, Marco Aurélio Nunes da Silveira e Micheli Pereira de Melo.

Por fim, à professora Eneida Desiree Salgado, de quem acompanho as aulas ininterruptamente desde 2017, e de quem, com muita honra, sou orientando-orientando-orientando: de Iniciação Científica, do Programa de Educação Tutorial, de monitoria e deste trabalho, sob sua coorientação. Suas aulas, palestras, pesquisas e estudos são sempre feitos com Alma (assim, em maiúsculo). Percebo que da mesma forma como aprendemos com ela, ela se aprimora conosco – seja por meio da leitura de uma obra indicada, seja por meio de uma

discussão em um café. Não conheço professora que ame mais o que faz. Sou grato pelas oportunidades que ela me deu; por ter acreditado em mim. Por sua causa, apresentamos em 2019 na Conferência da *Internacional Society of Public Law* no Chile, a experiência acadêmica mais marcante que tive. Fico eufórico por fazer parte do *Team Desi* juntamente com Ana Cristina Aguilar Viana, João Victor Archegas e Letícia Regina Camargo Kreuz.

Agradeço aos gentis servidores da Faculdade e da Biblioteca, em especial à Claudia Bittencourt Valle, servidora exemplar e de conversa agradável, à Regina Antunes dos Prazeres, que sempre me ofereceu sorrisos, e à Márcia Gislon da Silva, que me ajudou na conquista de uma dedicatória de José Afonso da Silva. Ao Emerson e à Elaine pelos *xerox's* nos primeiros anos da Faculdade, com saudades. À Turma Carlos Eduardo Hapner por ter me aceito nos últimos três anos como representante de turma.

À 6ª Vara de Família e Sucessões de Curitiba, lugar de meu primeiro estágio por tudo que nela aprendi. Na Secretaria pude ter contato não apenas com os processos, mas com as pessoas que deles dependem – entendendo, com isso, a importância do trabalho digno das servidoras e dos servidores; Thayse Cristine Quadros, minha primeira chefe, é, para mim, um modelo de liderança e de sensibilidade. No Gabinete, em conjunto com Isabele Andrade Bisetto, Letícia Mara de Oliveira Guazzelli, Luana Mara Treis e Renan Alexandre Ioris e sob supervisão da juíza Maria Fernanda Scheidemantel Nogara Ferreira da Costa, tive um dos períodos mais enriquecedores para a vivência do Direito. Igualmente, à Assessoria Jurídica da Direção da Justiça Federal do Paraná, na qual pude trabalhar com Andrea de Souza Baggio, uma chefe com grande alteridade e competência.

Por tudo, considero-me uma pessoa ordinária que tem tido oportunidades extraordinárias. Que, nesta caminhada, é afortunada de ter pessoas que me fizeram e fazem refletir, que me estenderam e me estendem a mão, e que mesmo por vezes distantes estão e estarão comigo; e eu com elas. Nem todos permaneceremos em Curitiba, mas como disse Martha Medeiros, “bilhetes, e-mails, livros e quindins na portaria não é distância: é só um outro tipo de abraço”.

Abraços, ternura e afeto: certamente, essenciais à vida. Não bastam. A convivência, que solidifica (ou enfraquece) diariamente as relações, é que são elas. Por isso, teço algumas palavras à minha família e aos meus amigos.

A meu pai, minha mãe e minha irmã por tudo; por me auxiliarem, me apoiarem, me aguentarem. Enfim, por persistirem. Sem essas pessoas jamais teria conseguido.

Aos meus amigos, por escolherem fazer parte da minha vida. À Alana Bacelar Limeira Sales que desde o Ensino Médio “chora comigo ao telefone”, de cuja *psique*, mesmo em áreas

distintas, amadurece em conjunto com a minha. Ao Alberto Luiz Hanemann Bastos, um aquariano-pisciano de grande coração, pelas parcerias acadêmicas e afetivas que me proporciona. Ao Fernando Luiz Trierweiler, o poeta mais gentil que conheci, por compartilhar comigo parte do curso, desde a escrita de nossos TCC's até as ideias trocadas em cafés; as quais, inclusive, podem ocorrer com maior frequência. Ao Gabriel Ramos de Bombonatti Curi por tornar tudo mais leve, agradeço pelas conversas e risadas. À Paula Adriane Kampa Kuchla pelas caronas e conversas. Ao Rodrigo Evêncio Luttembarck Batalha pelos passeios e por ser agradável companhia. À Vitória Pereira Rosa pela amizade sincera, por ser Meredith. Pessoa que escuta de fato; que estará, e sabe que estarei, nos momentos em que o céu de repente anuviar.

Aos que me acompanharam nas monitorias e nas Iniciações Científicas, em particular Cristina Borges Ribas Maksym, Juliano Glinski Pietzack, Luzardo Faria, Raphaela Lorite Stremel Andrade, Raul Nicolas Dombek Coelho, Vitória Rosa e Wesley Alves Bergonzine. Aos membros do Programa de Educação Tutorial, marcante para mim apesar da entrada tardia, especialmente Amanda Cristina Botelho, Juliano Pietzack, Leticia Klechowicz, Raul Coelho – amigos e amigas brilhantes que muito me ajudam e me acolhem.

A todos que, de uma forma ou de outra, estenderam-me a mão. Ao Renan Guedes Sobreira, constitucionalista primoroso, tenho tido o prazer de fazer parte de alguns de seus projetos e de tê-lo como amigo e inspiração. Sem ele este trabalho não seria o mesmo, do excesso de vírgulas aos erros conceituais. Agradeço também aos demais que se dispuseram a lê-lo e a aprimorá-lo: Alberto Bastos, Ana Cláudia Milani e Silva, Cristina Maksym, David Kenji Itonaga, Fernando Trierweiler, Gabriela Hijiki Morales, Lohan Ribeiro Couto, Monike Santos, Rafael Montilla Polla, Rodrigo José Serbena Glasmeyer, Tailane Cristina Costa, Vitória Rosa e Karina Freire Meirelles. Aos que mais recentemente conheci, como João Guilherme Walski de Almeida, Rennan Gustavo Ziemer da Costa e Samara Moura Guibor, na espera de futuras interlocuções.

Aos membros da Banca de Qualificação, Ana Viana, Cynthia Gruending Juruena, Letícia Kreuz e Renan Sobreira, pelos apontamentos feitos. Aos membros da Banca de Defesa, Luzardo Faria e Marco Nunes, que gentilmente aceitaram o convite para compô-la, pela análise construtiva deste trabalho.

À música de Adriana da Cunha Calcanhotto e de Maria Rita Camargo Mariano por se fazer presente todos os dias em minha vida. Sigo a definição de Maria Rita: “a música me mata um pouco a cada dia mas ela me salva sempre”. Ao *Yôga*, uma prática que me transformou, e à Otávio Baccaro Rodrigues por gentilmente me ensiná-lo.

E é isso. Não sei qual será o amanhã. Estruturei e levei dias para finalizar esses agradecimentos, mas certamente não comportam tudo. Sou sistemático... No programa “Sem Censura”, em 2012, o adjetivo foi definido pela Ministra Cármen Lúcia como “o neurótico que quase deu certo”. Será isso? Não sei; há muito o que novos dias podem oferecer.

¡Seguimos!

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS:

abr. – Abril

AC – Ação Cautelar

AC – Acre

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

AgR – Agravo Regimental

AGU – Advocacia-Geral da União

AI – Ato Institucional

ampl. – Ampliada

AP – Ação Penal

ARENA – Aliança Renovadora Nacional

Art. – Artigo

atual. – Atualizada

CADH – Convenção Americana de Direitos Humanos

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

Comissão IDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CPP – Código de Processo Penal

dez. – Dezembro

DF – Distrito Federal

DJ – Diário da Justiça

DJE – Diário da Justiça Eletrônico

EC – Emenda Constitucional

ed. – Edição

fev. – Fevereiro

HC – *Habeas corpus*

Inq – Inquérito

jun. – Junho

LEP – Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984)

MA – Maranhão

MG – Minas Gerais

Min. – Ministro

MS – Mato Grosso do Sul

MT – Mato Grosso
nº – Número
nov. – Novembro
out. – Outubro
p. – Página
PA – Pará
PB – Pernambuco
PEC – Proposta de Emenda à Constituição
PFL – Partido da Frente Liberal
PGR – Procuradoria-Geral da República
PIDCP – Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos
PMDB – Partido do Movimento Democrático Brasileiro
PP – Partido Progressista
PPB – Partido Progressista Brasileiro
PPR – Partido Progressista Reformador
PSC – Partido Social Cristão
PSD – Partido Social Democrático
PT – Partido dos Trabalhadores
QO – Questão de Ordem
RE – Recurso Extraordinário
reimpr. – Reimpressão
RJ – Rio de Janeiro
SD – Solidariedade
set. – Setembro
STF – Supremo Tribunal Federal
USP – Universidade de São Paulo
vol. – Volume

RESUMO

A Constituição brasileira, promulgada em 1988, estabelece um estatuto constitucional dos congressistas com restrições e garantias aos parlamentares e às parlamentares para garantir o livre exercício do mandato eletivo. Dentre essas prerrogativas, as imunidades formais visam a protegê-los da prisão e a resguardá-los do processo durante o período do mandato. Ainda que juristas e parlamentares critiquem esse instituto desde o início do século XX, a literatura versa de forma incipiente sobre a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão aos parlamentares trazidas ao Código de Processo Penal em 2011, pois aplicada precariamente na jurisprudência a partir de 2015. Frente a isso, o objetivo desta pesquisa é analisar a constitucionalidade da aplicação das medidas constantes nos artigos 319, 320 e 312 do Código. Para isso, verifica-se de que forma o instituto foi tratado na história recente do Brasil e se consolidou no texto constitucional, modificado pela Emenda nº 35/2001, para perquirir se as imunidades formais são prerrogativas ou privilégios no sistema constitucional. Após, analisa-se a constitucionalidade da aplicação aos parlamentares das medidas cautelares penais que compõem o ordenamento jurídico pátrio, em atenção a seus requisitos e fundamentos. Por fim, confronta-se esse cenário aos argumentos empreendidos pelos Ministros e pelas Ministras do Supremo Tribunal Federal para aplicá-las, notadamente na Ação Cautelar nº 4039 e na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5526, tendo o fim de setembro de 2019 como recorte temporal. A pesquisa demonstra que, ainda que haja necessidade de melhor observância do Código de Ética e Decoro Parlamentar por parte das Casas legislativas para coibir eventuais abusos de seus membros, persistem razões para a existência de prerrogativas que impeçam ingerências exógenas e garantam um Parlamento livre para tomar decisões na esfera democrática, respeitadas a pluralidade de ideias e as limitações constitucionais. Ante o texto constitucional, as medidas cautelares diversas da prisão apenas cabem aos parlamentares em substituição à prisão do congressista em flagrante de crime inafiançável, hipótese em que deverá ser remetida à Casa legislativa para deliberação, e quando essas não interferirem no exercício do mandato parlamentar. No entanto, sem alteração formal da Constituição, entendimentos do Supremo Tribunal Federal têm permitido que o Poder Judiciário possa, a depender da situação, impedir o comparecimento do detentor de mandato eletivo ao Congresso Nacional, suspender ou cassar o seu mandato, mesmo antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, somente com controle posterior pela Casa legislativa respectiva. De forma danosa à democracia, reescreve o Supremo Tribunal Federal o estatuto dos congressistas.

Palavras-chave: Estatuto parlamentar; Imunidades formais; Medidas cautelares penais; Prerrogativa de função; Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

The Brazilian Constitution, promulgated in 1988, establishes a constitutional statute of congressmen with restrictions and guarantees to parliamentarians to guarantee the free exercise of the elective mandate. Among these prerogatives, formal immunities aim to protect them from imprisonment and to protect them from prosecution during the term of office. Although jurists and parliamentarians criticize this institute since the beginning of the twentieth century, the literature deals incipiently with the applications of various precautionary measures of imprisonment to parliamentarians brought to the Code of Criminal Procedure in 2011, as applied precariously in jurisprudence from 2015. Given this, the objective of this research is to analyze the constitutionality of the application of the measures contained in articles 319, 320 and 312 of the Code. For that, it is verified how the institute was treated in the recent history of Brazil and was consolidated in the constitutional text, modified by Amendment nº 35/2001, to inquire whether formal immunities are prerogatives or privileges in the constitutional system. After that, the constitutionality of the application to the parliamentarians of the penal precautionary measures that compose the homeland legal system, in consideration to their requirements and grounds is analyzed. Finally, this scenario is confronted with the arguments made by the Justices of the Federal Supreme Court to apply them, notably in Cautionary Action number 4039 and Direct Unconstitutionality Action nº 5526, with the end of september of 2019 as a temporal clipping. The research shows that, even though there is a need for better compliance with the Code of Ethics and Parliamentary Decor by the Legislative Houses to curb any abuse of its members, there are still reasons for the existence of prerogatives that prevent exogenous interference and guarantee a free Parliament to make decisions in the democratic sphere, respecting the plurality of ideas and constitutional limitations. Under the constitutional text, the various precautionary measures of imprisonment are only for parliamentarians to replace the congressman's arrest for blatant unfaithful crime, in which case it should be referred to the Legislative House for deliberation, and when they do not interfere with the exercise of parliamentary mandate. However, without formal amendment of the Constitution, rules of the Supreme Court have allowed the judiciary to, depending on the situation, prevent the elective mandate holder from appearing in the National Congress, suspending or revoking his or her mandate, even before the final judgment of a convicting criminal sentence has been handed down, only with subsequent control by the respective Legislative House. Harmful to democracy, the Federal Supreme Court rewrites the statute of congressmen.

Keywords: Parliamentary statute; Formal immunity; Criminal provisional measures; Jurisdiction prerogative; Federal Supreme Court.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
1. AS IMUNIDADES FORMAIS DOS PARLAMENTARES	6
1.1. Entre democracias e rupturas: a origem na Constituição de 1946, a ruptura na ordem política da Ditadura Militar e a consolidação das imunidades formais na Constituição vigente.....	6
1.2. Críticas às imunidades formais	20
1.3. Recolocação do debate: as imunidades formais são prerrogativas ou privilégios no atual sistema constitucional?	24
2. APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES DE PRISÃO E DE SUSPENSÃO DO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO PÚBLICA AOS PARLAMENTARES: LEITURA(S) DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	33
2.1. A vedação constitucional à aplicação das medidas cautelares aos parlamentares em face das imunidades formais.....	33
2.2. O entendimento consolidado pelo STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5526.....	46
2.3. Situações excepcionais prévias e posteriores à ADI nº 5526: os casos da Ação Cautelar nº 4039 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 497	64
CONCLUSÃO.....	69
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	73

INTRODUÇÃO

Em 2016, ao abrir a 240ª Sessão Plenária do Conselho Nacional de Justiça, a Ministra Cármen Lúcia, então Presidente do STF e do CNJ, proferiu um discurso conclamando a uma “convivência democrática livre e harmônica” entre os poderes.¹ Na oportunidade, rememorou que o artigo 2º da Constituição estabelece que o Legislativo, o Executivo e o Judiciário “são os poderes independentes e harmônicos” da República.² Em 1789, mais de dois séculos antes dessa fala, o artigo 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão já proclamava que “a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.³ Ao promover um estudo sobre o instituto das imunidades formais, também é disso que este trabalho trata: separação e convivência, nem sempre harmônicas, entre os poderes.

A Constituição brasileira, na visão de Eneida Desiree Salgado, adota uma “democracia deliberativa republicana específica” que implica em reconhecer a liberdade para o exercício do mandato como princípio estruturante do sistema constitucional.⁴ Daí a existência de um estatuto constitucional dos congressistas, com restrições e garantias, a fim de garantir “uma liberdade individual de expressão política e um conjunto de direitos políticos concernentes à representação” que garantam o “livre exercício do mandato”.⁵

Para Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco as restrições, as garantias e as prerrogativas que o estatuto dos congressistas estabelece têm por finalidade assegurar a “independência do próprio parlamento e da sua existência”.⁶ Buscam, dessa forma, impedir que o Poder Legislativo possa ter o seu funcionamento prejudicado ou os seus membros amordaçados pela atuação dos demais Poderes. Dentre as garantias e as prerrogativas dos parlamentares e das parlamentares, estão as imunidades, que os tornam insuscetíveis, até o final

¹ PACELLI, Márcio. Notícia Ministra Cármen Lúcia exige respeito ao Judiciário. *Conselho Nacional de Justiça*, 25 out. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83736-ministra-carmen-lucia-exige-respeito-ao-judiciario>>. Acesso em 08 fev. de 2019.

² PACELLI, Márcio. Notícia Ministra Cármen Lúcia exige respeito ao Judiciário. *Conselho Nacional de Justiça*, 25 out. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83736-ministra-carmen-lucia-exige-respeito-ao-judiciario>>. Acesso em 08 fev. de 2019.

³ *Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da USP*. Declaração de direitos do homem e do cidadão – 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em 08 fev. de 2019.

⁴ SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios Constitucionais Eleitorais*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 71.

⁵ SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios Constitucionais Eleitorais*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 74.

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 957.

do mandato, da “incidência de certas normas gerais”.⁷ A palavra imunidade, conforme expõe Jorge Roberto Krieger, deriva do vocábulo em latim *immunitate* e significa, para o Direito, os “direitos, privilégios ou vantagens pessoais de quem alguém desfruta por causa do cargo ou função que exerce”.⁸

Aos parlamentares e às parlamentares, de um lado, as imunidades garantem a inviolabilidade, civil e penal, por suas opiniões, palavras e votos relacionados ao exercício do mandato;⁹ chamadas de imunidades materiais. De outro, os tornam imunes a “certos constrangimentos previstos no ordenamento processual penal”,¹⁰ denominadas de imunidades formais. Ao se reportar ao sistema inglês, alguns autores fazem referência ao *freedom of speech* às imunidades materiais e ao *freedom from arrest* às imunidades formais.¹¹

Essa nomenclatura (material e formal) apresenta algumas variações na literatura. Pedro Aleixo utiliza os termos imunidade real e imunidade processual para, respectivamente, referir-se à imunidade material e formal.¹² Pontes de Miranda, por sua vez, denomina a material de inviolabilidade pessoal e a formal de irresponsabilidade legal.¹³ Já José Afonso da Silva, Jorge Kuranaka e Jorge Roberto Krieger optam pelo uso do termo inviolabilidade para a imunidade material, em razão da aproximação do instituto com o excludente de ilicitude do artigo 25 do

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 957.

⁸ KRIEGER, Jorge Roberto. *Imunidade Parlamentar: histórico e evolução do instituto no Brasil*. Santa Catarina: Letras Contemporâneas, Oficina Editora Ltda., Coleção Alicerce Jurídico, vol. 1, 2004, p. 13.

⁹ A necessidade de relação das opiniões, palavras e votos ao exercício do mandato parlamentar para que eles sejam cobertos pela imunidade material foi assentada por interpretação do Supremo Tribunal Federal ao *caput* do artigo 53 da Constituição em diversos julgados. Podem-se citar, a título exemplificativo, os seguintes: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inq 2.134/PA*, Relator Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em: 23/03/2006, DJ: 02/02/2007; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inq 2.332 Agr/DF*, Relator Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em: 10/02/2011, DJE: 01/03/2011. Sobre essa questão, ver: BERNARDELLI, Paula; DE VARGAS, Tuany Baron. Manifestações de ódio no exercício da atividade parlamentar: liberdades de discursos e abusos de prerrogativas. In: SALGADO, Eneida Desiree; HACHEM, Daniel Wunder (coord.). *Direito, liberdade e justiça*. Curitiba, Íthala, 2017, p. 305-329; SOBREIRA, Renan Guedes. *Inviolabilidad de opinión parlamentaria en España*. Curitiba: Editora Íthala, 2019, p. 55-64, p. 103-106.

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 957. Pedro Aleixo, ao citar Carlos Maximiliano, define

a imunidade formal como uma proteção ao parlamentar “contra todo e qualquer processo tendencioso à prisão arbitrária” (ALEIXO, Pedro. *Imunidades parlamentares*. Belo Horizonte, Minas Gerais: Ed. UFMG, *Revista Brasileira de Estudos Sociais e Políticos*, nº 18, 1961, p. 68).

¹¹ Apesar do uso corrente dessas expressões, deve-se atentar que, segundo Jorge Roberto Krieger, no século XVII, o *freedom from arrest* foi limitado no Direito inglês, à prisão por dívida (KRIEGER, Jorge Roberto. *Imunidade Parlamentar: histórico e evolução do instituto no Brasil*. Santa Catarina: Letras Contemporâneas, Oficina Editora Ltda., Coleção Alicerce Jurídico, vol. 1, 2004, p. 22-26). No mesmo sentido, afirma Jorge Kuranaka (KURANAKA, Jorge. *Imunidades parlamentares*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 147).

¹² ALEIXO, Pedro. *Imunidades parlamentares*. Belo Horizonte, Minas Gerais: Ed. UFMG, *Revista Brasileira de Estudos Sociais e Políticos*, nº 18, 1961, p. 69, p. 80-81.

¹³ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, vol. 2, 1953, p. 242.

Código Penal.¹⁴ Neste trabalho, a nomenclatura material e formal é utilizada para promover essa distinção.

Para além das imunidades, também faz parte do conjunto normativo do estatuto dos congressistas o foro por prerrogativa de função, ou aforamento,¹⁵ que estabelece o Supremo Tribunal Federal como competente para o julgamento criminal dos congressistas (art. 53, § 1º, CRFB).¹⁶ Em maio de 2018, esse foro foi restringido aos deputados federais e senadores pelo Plenário do Tribunal, no julgamento de uma questão de ordem na Ação Penal nº 937, tão-somente “aos crimes praticados no cargo e em razão dele”¹⁷ – entendimento que, como se verá adiante, exercerá influência na incidência das imunidades formais.

Esse estatuto constitucional ainda prescreve as proibições dos deputados, das deputadas, dos senadores e das senadoras no artigo 54 da Constituição, especificando, nos artigos 55 e 56, as hipóteses de perda de mandato, seja por decisão da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, seja por declaração da Mesa da Casa respectiva.

Todas as normas sobre sistema eleitoral, inviolabilidade, imunidades, remuneração, perda de mandato, licença, impedimentos e incorporação às Forças Armadas também são aplicáveis aos deputados e às deputadas estaduais e distritais (art. 27, § 1º, e art. 32, § 3º, CRFB).¹⁸ Aos vereadores e às vereadoras apenas são aplicáveis as imunidades materiais, limitadas à circunscrição do município (art. 29, VIII, CRFB).

O objetivo desta pesquisa é analisar a constitucionalidade da aplicação das medidas cautelares constantes no artigo 319, particularmente em seu inciso VI, no artigo 320 e no artigo

¹⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 41. ed., rev. e atual. até a Emenda Constitucional nº 99, de 14.12.2017. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 540 e KURANAKA, Jorge. *Imunidades parlamentares*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 91. Jorge Roberto Krieger conceitua a imunidade como os “direitos, privilégios ou vantagens pessoais de quem alguém desfruta por causa do cargo ou função que exerce” e a inviolabilidade como a “prerrogativa pela qual certas pessoas (como parlamentares e agentes diplomáticos estrangeiros) e certos lugares ficam livres da ação da justiça” (KRIEGER, Jorge Roberto. *Imunidade Parlamentar: histórico e evolução do instituto no Brasil*. Santa Catarina: Letras Contemporâneas, Oficina Editora Ltda., Coleção Alicerce Jurídico, vol. 1, 2004, p. 50-54). Sobre a natureza jurídica da imunidade material, ver: SOBREIRA, Renan Guedes. *Inviolabilidad de opinión parlamentaria en España*. Curitiba: Editora Íthala, 2019, p. 45-49, p. 91-93.

¹⁵ Renan Guedes Sobreira colaciona a definição de aforamento de Diego Espigado Guedes como o “instrumento de natureza procesal que fija juez natural a los parlamentarios distinto del cual sería habitual conforme la legislación procesal propia” (SOBREIRA, Renan Guedes. *Inviolabilidad de opinión parlamentaria en España*. Curitiba: Editora Íthala, 2019, nota de rodapé 5).

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 959-960.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AP 937 QO/RJ*, Relator Min. Roberto Barroso, Revisor Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em: 03/05/2018, DJE: 11/12/2018, p. 1.

¹⁸ Por entendimento do Supremo Tribunal Federal, eventuais restrições às imunidades na Constituição da República Federativa do Brasil se aplicam imediatamente aos deputados estaduais e distritais, independente de adequação posterior da Constituição Estadual (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 959-961).

312 do Código de Processo Penal aos parlamentares, em razão das imunidades formais previstas no estatuto constitucional dos congressistas. Essa análise é feita por meio de uma reflexão crítica das leituras que o Supremo Tribunal Federal tem empreendido sobre o assunto, em especial na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5526, julgada parcialmente procedente em 11 de julho de 2017, e demais ações relacionadas ao tema.

Nesta investigação, dessa forma, versa-se precipuamente sobre as imunidades formais e as normas do estatuto constitucional dos congressistas que tenham relação direta ao tema.

No primeiro capítulo, é analisado o instituto das imunidades formais dos parlamentares e das parlamentares. Para isso, há a averiguação de sua formulação na Constituição de 1946, período de retomada democrática do Brasil, do tratamento dado a esse na ordem política da Ditadura Militar e de sua consolidação na Constituição vigente, promulgada em 1988. Nessa empreitada não se promove uma história linear, evolutiva, e, assim, acrítica do instituto – mas verifica-se de que forma foi tratado na história recente do Brasil e se consolidou no texto constitucional, visitando os debates na constituinte e na aprovação da Emenda Constitucional nº 35, de 20 de dezembro de 2001. A partir disso, são apresentadas as principais críticas que se dirigem a essa por juristas e parlamentares para recolocar a questão ao debate: afinal, as imunidades formais são prerrogativas ou privilégios no atual sistema constitucional?

No segundo capítulo, são exploradas as leituras que o Supremo Tribunal Federal tem feito das imunidades formais para autorizar, ou não, a aplicação das medidas cautelares dispostas nos artigos 312, 319 e 320 do CPP aos parlamentares – em especial quanto à prisão (art. 312, CPP) e à suspensão do exercício da função pública (art. 319, VI, CPP). De início, são descritas as medidas cautelares que compõem o ordenamento jurídico pátrio, seus requisitos e fundamentos. Após, é analisada a constitucionalidade de sua aplicação aos congressistas em razão das imunidades formais, perquirindo à história constitucional e aos entendimentos do STF incidentes à matéria. Em seguida, investiga-se, tendo o fim de setembro de 2019 como recorte temporal, quais são os principais argumentos utilizados nos votos dos Ministros e das Ministras no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5526 – que declarou a possibilidade de aplicação das medidas cautelares diversas da prisão aos congressistas e às congressistas – de que forma eles foram construídos e quais as suas fragilidades e as suas incoerências. Para melhor explorar esse tópico, são estudadas a Ação Cautelar nº 4039 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 497, relacionadas à gramática da excepcionalidade, que, julgadas prévia e posteriormente à ADI nº 5526, têm implicações diretas no exame da aplicação das medidas cautelares, inclusive de prisão cautelar, aos membros do Congresso Nacional.

Nessa medida, este trabalho se coloca na busca de uma convivência entre os poderes que resguarde o princípio constitucional estruturante, defendido por Eneida Desiree Salgado, do “livre exercício do mandato”,¹⁹ ou seja, que atente à “responsabilidade do mandatário” e necessariamente observe o estatuto constitucional dos congressistas em prol do respeito irrestrito às normas constitucionais.

¹⁹ SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios Constitucionais Eleitorais*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 75.

1. AS IMUNIDADES FORMAIS DOS PARLAMENTARES

1.1. Entre democracias e rupturas: a origem na Constituição de 1946, a ruptura na ordem política da Ditadura Militar e a consolidação das imunidades formais na Constituição vigente

O século XX foi batizado por Eric Hobsbawm como “A Era dos Extremos”.²⁰ No Brasil, do início da República à Constituição vigente, promulgada em 1988, os períodos democráticos do país foram curtos, rodeados de instabilidade política, social e institucional.²¹ O Parlamento, ora participante, ora coercitivamente distanciado da vida política, é uma figura central da história constitucional e democrática do país.

Neste tópico, o instituto das imunidades formais dos parlamentares e das parlamentares será lido a partir de sua formulação na Constituição de 1946, do tratamento dado a esse na ordem política da Ditadura Militar e de sua consolidação na Constituição vigente, dos debates na constituinte aos debates na aprovação da Emenda Constitucional nº 35, de 20 de dezembro de 2001.

Apesar das imunidades formais já serem previstas desde o Império, esta investigação parte da Constituição de 1946 porque, conforme ilustram Lilia Schwarcz e Heloisa Starling, até esse período de retomada democrática do Brasil vivia-se “numa República onde, até então, o povo fora mantido a uma distância segura dos mecanismos de condução do poder”.²² Alguns anos mais cedo, em 11 de novembro de 1937, Getúlio Vargas, após ter criado uma atmosfera propícia a um golpe, “cercou o Congresso e mandou seus membros para casa, jogou a Polícia Militar na rua, impôs uma nova Constituição ao país e batizou o golpe de Estado”.²³ Outorgada, a Constituição de 1937, alcunhada de “polaca”, sustentou a Ditadura do Estado Novo e só sairia de cena após quase uma década para uma transição democrática.

²⁰ A expressão foi utilizada no título da obra de Eric Hobsbawm que trata a respeito dos anos 1914 a 1991, com enfoque nas 2 Guerras Mundiais, na Guerra Fria e na Crise Mundial dos anos 70 (HOBSBAWM, Eric. *Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991*. Tradução: Marcos Santarrita; revisão técnica Maria Célia Paoli. São Paulo: Companhia das Letras, 1995).

²¹ Renan Guedes Sobreira apresenta um panorama das questões, sociais e democráticas, ainda não resolvidas desde o Primeiro Período Democrático (1946-1964) do Brasil após a redemocratização em 1988 (SOBREIRA, Renan Guedes. Canais de Diálogo Entre o Poder Público e as Variadas Vozes da Sociedade. In: *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná*, nº 42, jun. 2016, p. 293-325).

²² SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloisa Murgel. *Brasil: uma biografia*. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2015, p. 390.

²³ SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloisa Murgel. *Brasil: uma biografia*. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2015, p. 374.

Previamente ao golpe, Lilia Schwarcz e Heloisa Starling ainda identificam outras vigas mestras ao sistema de repressão: “a Lei de Segurança Nacional, de 1935, definia os crimes contra a ordem política e social e o Tribunal de Segurança Nacional, instalado em 1936, servia para julgar sumariamente os atos políticos cometidos e mandar os condenados para a prisão”.²⁴

Embora houvesse previsão no artigo 42 do texto constitucional de 1937 de que nenhum dos membros do Parlamento poderia ser preso ou processado criminalmente, sem licença da Casa respectiva, salvo em caso de flagrante de crime inafiançável – o dispositivo era claro em assentar a sua aplicação apenas ao período de funcionamento do Congresso Nacional. Conforme aponta Pinto Ferreira, “dissolvidos os partidos políticos e nunca se instaurando o Congresso, de nada adiantavam as ditas imunidades”.²⁵ Segundo ele, para aniquilar a oposição diversos parlamentares foram arbitrariamente presos – como os deputados Domingos Velasco e João Mangabeira. O crime desse deputado, segundo o jurista, “foi apenas o de requerer *habeas corpus* para alguns presos políticos”²⁶ da Ditadura Getulista.

Com a queda do Estado Novo, a Constituição de 1946 afastou qualquer previsão de não incidência das imunidades formais por fechamento arbitrário do Parlamento; no *caput* de seu artigo 45, estabelecia a impossibilidade de prisão dos membros do Congresso Nacional, salvo em caso de flagrante de crime inafiançável, desde a expedição do diploma até a inauguração da legislatura seguinte. De forma semelhante ao teor das Constituições Republicanas anteriores à de 1937, foi impedido o processamento criminal dos membros do Congresso Nacional, sem prévia licença de sua Câmara. Caso houvesse a prisão de algum parlamentar em flagrante de crime inafiançável, pelos parágrafos 1º e 2º do artigo 45, os autos seriam remetidos, dentro de quarenta e oito horas, à Câmara respectiva, para que, pelo voto (secreto, por disposição do artigo 43) de maioria absoluta, essa resolvesse sobre a prisão e autorizasse, ou não, a formação de culpa.

Em seus comentários a respeito da Constituição de 1946, Pontes de Miranda defendeu que a norma do artigo 45 é de Direito Constitucional Processual Formal, ou seja, não se exclui o crime (como nas imunidades materiais), mas “se imuniza o deputado ou senador à realização

²⁴ SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloisa Murgel. *Brasil: uma biografia*. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2015, p. 375.

²⁵ FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, vol. 2, 1989, p. 645.

²⁶ FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, vol. 2, 1989, p. 645. Conforme sustentam Lilia Schwarcz e Heloisa Starling, o projeto de inspiração fascista de Getúlio Vargas “envolvia, é claro, o estabelecimento de um sistema repressivo capaz de manter com sucesso a tampa sobre o caldeirão e impedir a ebulição de qualquer atividade oposicionista” (SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloisa Murgel. *Brasil: uma biografia*. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2015, p. 375).

do direito penal, ao *processo*²⁷ e à prisão tão-somente durante a investidura e em caráter pessoal, não se expandindo a corréus e cúmplices que não tenham a prerrogativa.²⁸ Para o jurista, esse processo especial que necessita de licença corresponde a direito público subjetivo do parlamentar decorrente da vontade popular e do princípio da independência dos poderes.²⁹ Direito esse que, por ser do parlamentar e da Câmara, é irrenunciável.³⁰ E, em caso de estado de sítio, insuspenível.³¹

Ao tecer comentários a respeito do instituto nessa ordem constitucional, Pedro Aleixo defende que o pedido de licença para o processamento de congressista caberia a qualquer um que tem o direito de mover a ação: nos crimes de ação pública, o Ministério Público; nos de ação privada, o ofendido ou o seu sucessor; na prisão em flagrante por crime inafiançável, a autoridade policial; e, em qualquer caso, o órgão do Poder Judiciário competente ao processo.³² Solicitada a licença, a matéria passaria a se constituir em uma proposição sujeita à deliberação, por escrutínio secreto, do Plenário, após a exposição de parecer sugestivo de sua concessão ou denegação.³³

No caso da prisão em flagrante de crime inafiançável, a imunidade formal cederia, para Pontes de Miranda, porque ficariam afastados os “intuitos de perseguição” ao parlamentar.³⁴ Contudo, haveria razão da análise posterior da Câmara por ser possível: “a) que o auto de flagrante não seja formalmente válido; b) que tenha sido simulado, ou fraudado e não represente a verdade; c) que os pressupostos para a classificação do crime como inafiançável não estejam satisfeitos”.³⁵ O juízo da Câmara, porém, seria de cunho político, não adstrito à prova jurídica dos autos.³⁶

²⁷ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, vol. 2, 1953, p. 242.

²⁸ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, vol. 2, 1953, p. 247. Em 1963 o Supremo Tribunal Federal aprovou a Súmula nº 245 que afirma: “a imunidade parlamentar não se estende ao corréu sem essa prerrogativa”.

²⁹ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, vol. 2, 1953, p. 242.

³⁰ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, vol. 2, 1953, p. 248.

³¹ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, vol. 2, 1953, p. 248.

³² ALEIXO, Pedro. Imunidades parlamentares. Belo Horizonte, Minas Gerais: Ed. UFMG, *Revista Brasileira de Estudos Sociais e Políticos*, nº 18, 1961, p. 19.

³³ ALEIXO, Pedro. Imunidades parlamentares. Belo Horizonte, Minas Gerais: Ed. UFMG, *Revista Brasileira de Estudos Sociais e Políticos*, nº 18, 1961, p. 21-22.

³⁴ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, vol. 2, 1953, p. 242.

³⁵ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, vol. 2, 1953, p. 245-246.

³⁶ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, vol. 2, 1953, p. 246.

Inobstante as garantias e prerrogativas constitucionais, alguns membros do Poder Legislativo não tardariam a serem novamente tolhidos do cenário político. Após o golpe de 1964 a autoproclamada “revolução vitoriosa” se autoinvestiu como poder constituinte ao baixar o Ato Institucional nº 1, em 9 de abril de 1964. Por esse, os Comandantes-em-Chefe no poder poderiam, sem as limitações previstas na Constituição de 1946, suspender direitos políticos pelo prazo de dez anos e cassar mandatos legislativos federais, estaduais e municipais no interesse da paz e da honra nacional, sendo excluída a apreciação judicial desses atos.

Além da suspensão dos direitos políticos e da cassação de mandatos, estabeleceu-se, com a Emenda Constitucional nº 9/1964, uma obrigatoriedade de inclusão do pedido de licença para o processamento criminal do parlamentar em ordem do dia da Câmara, independente de parecer, caso essa não estivesse resolvida em cento e vinte dias, contados da apresentação do pedido.

Na ordem política na Ditadura Militar, com a Constituição de 1967, mantiveram-se textualmente as imunidades formais de forma semelhante à da Constituição anterior, porém o prazo para a deliberação da licença para processamento criminal do parlamentar foi reduzido para noventa dias, sendo, com o seu decurso, incluída em ordem do dia por quinze sessões ordinárias consecutivas – e, não havendo deliberação, considerava-se concedida a licença, em uma inversão àquilo que vigia com a Constituição de 1946.

Logo após o início desse regime de exceção em 1964, segundo Luiz Maklouf Carvalho, uma Comissão de oito ilustres do Congresso, composta por Ulysses Guimarães, fez a proposta ao general Costa e Silva para que a própria Câmara dos Deputados tivesse a incumbência de cassar os mandatos parlamentares, com a condição de retirada dos militares do poder.³⁷ Para Fernando Henrique Cardoso, isso era “ingênuo, porque os militares não iriam se retirar”.³⁸ José Sarney narra que quando da entrega o general Costa e Silva afirmou “não, eu já tenho o meu ato institucional”.³⁹

Não se sabe se o general Costa e Silva deu à Comissão essa resposta; sabe-se, porém, que de fato ele possuía um ato institucional. Baixado em 13 de dezembro de 1968 como o Ato Institucional nº 5, foi o responsável por deixar no país “temperatura sufocante”, como dizia o

³⁷ CARVALHO, Luiz Maklouf. *1988: segredos da Constituinte. Os vinte meses que agitaram e mudaram o Brasil*. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Record, 2017, p. 58-59, p. 128.

³⁸ CARVALHO, Luiz Maklouf. *1988: segredos da Constituinte. Os vinte meses que agitaram e mudaram o Brasil*. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Record, 2017, p. 128.

³⁹ CARVALHO, Luiz Maklouf. *1988: segredos da Constituinte. Os vinte meses que agitaram e mudaram o Brasil*. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Record, 2017, p. 59.

Jornal do Brasil do seguinte.⁴⁰ Dentre outras coisas, o artigo 2º do AI nº 5 possibilitava ao Presidente da República decretar o recesso do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas e das Câmaras de Vereadores, por Ato Complementar, em estado de sítio ou fora dele, só voltando-os a funcionar quando convocados. Ainda, o artigo 4º desse Ato dava ao Presidente da República, “no interesse de preservar a Revolução”, a possibilidade de, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, e sem as limitações previstas na Constituição, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de dez anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais, sem a possibilidade de substitutos. Baixado em conjunto, o Ato Complementar nº 38 estabeleceu, de imediato, o recesso do Congresso Nacional por tempo indeterminado.

O pretexto para o AI nº 5 naquele contexto foi a recusa do Congresso Nacional para autorizar o processamento criminal do então deputado Márcio Moreira Alves por um discurso proferido no dia 3 de setembro de 1968, no Plenário da Câmara, que foi, segundo Lilia Schwarcz e Heloisa Starling, tido como “ofensivo às Forças Armadas”.⁴¹ Conforme narra Marcos Napolitano, a diferença de votos da recusa foi em torno de 75, tendo, inclusive, parte da ARENA, sustentáculo da Ditadura, votado contra o pedido de processamento criminal do deputado.⁴² Pela tentativa de criação de uma aparência legalidade da Ditadura, a “lógica”, conforme disse Delfim Netto, então Ministro da Fazenda de Costa e Silva, foi a de que “o Congresso legitimamente tomou sua decisão e legitimamente foi fechado”.⁴³

Conforme afirma Eneida Desiree Salgado, nesse período ditatorial de 1964 a 1985, as reformas constitucionais e legais “eram constantes e se dirigiam a evitar o crescimento da oposição nos órgãos representativos”.⁴⁴ Em sua visão, o AI nº 5 “aniquilou as liberdades políticas e preparou a outorga da chamada Emenda Constitucional nº 01/1969 (verdadeiramente uma nova Constituição)”.⁴⁵

À época, o então Vice-Presidente da República Pedro Aleixo, em entrevista para a Revista Veja sobre a reforma constitucional entregue ao General Costa e Silva em 9 de julho de 1969, afirmou que o Poder Legislativo era o que havia recebido maior números de Propostas

⁴⁰ SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloisa Murgel. *Brasil: uma biografia*. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2015, p. 455.

⁴¹ SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloisa Murgel. *Brasil: uma biografia*. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2015, p. 455.

⁴² *Canal TV FOLHA*. AI-5, 50 anos: Vozes no Palácio das Laranjeiras. 2018. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=eby7f5PL8eU>>. Acesso em 23 fev. de 2019.

⁴³ *Canal TV FOLHA*. AI-5, 50 anos: Vozes no Palácio das Laranjeiras. 2018. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=eby7f5PL8eU>>. Acesso em 23 fev. de 2019.

⁴⁴ SALGADO, Eneida Desiree, *Reforma Política*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2018, p. 15-16.

⁴⁵ SALGADO, Eneida Desiree, *Reforma Política*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2018, p. 16.

de Emendas, que possuíam, dentre outras, a finalidade de “modificar as prerrogativas de deputados e senadores e, notadamente, regular, de maneira mais severa, as imunidades parlamentares”.⁴⁶

Outorgada, a Constituição de 1969 estabelecia, no artigo 32, parágrafo 1º, que os deputados, as deputadas, os senadores e as senadoras não poderiam ser presos, salvo em flagrante de crime comum ou perturbação da ordem pública, apenas durante as sessões, quando para elas se dirigirem ou delas regressarem, submetendo-os a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal nos crimes comuns, pelo seu artigo 32, § 2º.

Modificado pela Emenda Constitucional nº 11/1978, o texto voltou a prever a impossibilidade de prisão dos membros do Congresso Nacional, salvo flagrante de crime inafiançável, desde a expedição do diploma até a inauguração da legislatura seguinte, e de processamento criminal, sem prévia licença de sua Câmara. O pedido da licença haveria de ser analisado em quarenta dias a contar de seu recebimento, sob pena de ser considerado tacitamente concedido. No caso de prisão em flagrante de crime inafiançável os autos seriam remetidos em quarenta e oito horas para a resolução da prisão. Ainda, em lugar da cassação de mandatos e da suspensão de direitos políticos pelo chefe do Poder Executivo, abria-se a possibilidade de o Procurador-Geral da República, nos crimes contra a Segurança Nacional, cujo processo independia de licença da respectiva Câmara, requerer a suspensão do exercício do mandato parlamentar, até a decisão final, de representação pelo Supremo Tribunal Federal.⁴⁷

Apesar da Emenda Constitucional nº 22/1982 ter trazido à Casa legislativa a possibilidade de, por maioria absoluta, sustar, a qualquer momento, o processo criminal de deputados e senadores por crime comum, essa possibilidade não se aplicava à suspensão por crimes contra a Segurança Nacional, segundo o entendimento à época do Supremo Tribunal Federal.⁴⁸

João Gilberto Lucas Coelho, que foi deputado do PMDB do Rio Grande do Sul de 1982 a 1986 e assessor informal da Constituinte, narra que o ditador João Figueiredo, na saída do regime, ainda tentou propor uma Emenda que “devolvia as prerrogativas dos parlamentares e

⁴⁶ *Abril Comunicações*. 30 anos da Constituição: a história da Carta – as origens, os bastidores e a herança do texto que fundou o Brasil democrático. Editado por Alexandre Salvador, Diogo Schelp e Thais Navarro. São Paulo: Abril, 2018, p. 13.

⁴⁷ Sobre a EC nº 11/1978, destaca Adriano Nervo Codato que “ao contrário do que ocorria no AI-5, o Presidente não estava autorizado a legislar, mas a imunidade parlamentar não foi totalmente restabelecida. Embora o chefe do Executivo não mais pudesse cassar mandatos e suspender direitos políticos, os parlamentares seriam processados pela Ditadura nos casos de “crimes contra a segurança nacional” (CODATO, Adriano Nervo. *Uma história política da transição brasileira: da Ditadura Militar à democracia*. Rev. Sociol. Polit., Curitiba, nº 25, p. 83-106, nov. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782005000200008&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 11 abr. de 2019).

⁴⁸ KURANAKA, Jorge. *Imunidades parlamentares*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 112-114.

mais uma série de mudanças, na linha da abertura política”.⁴⁹ Em seguida, porém, Figueiredo o retirou,⁵⁰ “sob o argumento de que não podia permitir “esse desvio clamoroso (as diretas-já) dos objetivos do projeto””.⁵¹

Em um primeiro momento, o “desvio clamoroso”, apresentado pela PEC nº 5, de 1983, de autoria do então deputado Dante de Oliveira (PMDB/MS), foi rejeitado pelo Congresso Nacional.⁵² Porém, com a eleição de 1984 e a promulgação da Emenda Constitucional nº 25/1985, inicia-se, conforme aponta Eneida Desiree Salgado, a “mudança do sistema constitucional antes da instauração da Assembleia Nacional Constituinte”.⁵³

Em 1987 a Assembleia Nacional Constituinte é instaurada e apresenta ao país uma nova Constituição – cuja elaboração é amplamente estudada pela carga de participação popular, de pluralidade e de controvérsias no processo constituinte.⁵⁴

Conforme narra Luiz Maklouf Carvalho, a Constituinte possuía 559 membros; 461 deputados, 26 deputadas e 72 senadores.⁵⁵ Segundo o Regimento Interno da Assembleia, o processo se dividiu em três etapas: primeiro, por oito comissões temáticas, divididas em três-subcomissões, compostas pelas indicações dos líderes; segundo, por uma Comissão de Sistematização, com 93 parlamentares; terceiro, pelo Plenário, para votação em dois turnos.⁵⁶ Após a aprovação, o texto foi encaminhado à Comissão de Redação, que foi “acusada de fazer alterações de conteúdo”.⁵⁷

⁴⁹ CARVALHO, Luiz Maklouf. *1988: segredos da Constituinte. Os vinte meses que agitaram e mudaram o Brasil*. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Record, 2017, p. 286.

⁵⁰ CARVALHO, Luiz Maklouf. *1988: segredos da Constituinte. Os vinte meses que agitaram e mudaram o Brasil*. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Record, 2017, p. 287.

⁵¹ *Folha de S. Paulo*. Notícia Figueiredo volta atrás e retira emenda; Tancredo já se prepara por Folha de S. Paulo em 29 jun. 1984. Disponível em: <http://almanaque.folha.uol.com.br/brasil_29jun1984.htm>. Acesso em 21 fev. de 2019.

⁵² SALGADO, Eneida Desiree, *Tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro*. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Paraná, p. 76-77.

⁵³ SALGADO, Eneida Desiree, *Tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro*. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Paraná, p. 76-77.

⁵⁴ Sobre isso, ver: CARVALHO, Luiz Maklouf. *1988: segredos da Constituinte. Os vinte meses que agitaram e mudaram o Brasil*. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Record, 2017 e SALGADO, Eneida Desiree, *Tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro*. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Paraná.

⁵⁵ CARVALHO, Luiz Maklouf. *1988: segredos da Constituinte. Os vinte meses que agitaram e mudaram o Brasil*. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Record, 2017, p. 18-19.

⁵⁶ CARVALHO, Luiz Maklouf. *1988: segredos da Constituinte. Os vinte meses que agitaram e mudaram o Brasil*. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Record, 2017, p. 21-22.

⁵⁷ CARVALHO, Luiz Maklouf. *1988: segredos da Constituinte. Os vinte meses que agitaram e mudaram o Brasil*. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Record, 2017, p. 24. Em citação a José Adércio Leite Sampaio, Eneida Desiree Salgado apresenta as mudanças textuais realizadas na fase de redação. Conforme aponta, ao final o projeto foi aprovado com 15 votos contrários (SALGADO, Eneida Desiree, *Tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro*. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Paraná, p. 165). Alguns constituintes, como Michel Temer

A subcomissão responsável por consolidar as imunidades formais no texto constitucional foi a do Poder Legislativo, com Bocaiúva Cunha como Presidente e José Jorge como Relator.⁵⁸ Essa subcomissão estava inserida na Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo, com Oscar Corrêa como Presidente e Egídio Ferreira Lima como Relator.⁵⁹

Dos anais da Assembleia Nacional Constituinte, vê-se que foram apresentadas cerca de 86 sugestões e 78 emendas às propostas de imunidade parlamentar.⁶⁰ Na subcomissão do Poder Legislativo discutiam-se a extensão (se a todos os crimes, ou excluídos alguns; se o processo seria sustado definitivamente ou temporariamente) e a abrangência (se apenas aos parlamentares de esfera federal ou também aos de esfera estadual e esfera municipal) das imunidades formais.⁶¹ Ao passo que havia a preocupação com a destituição do autoritarismo da Ditadura Militar, essa também se colocava em relação a uma descaracterização do instituto em privilégio.⁶² Nesse sentido, o constituinte Leopoldo Bessone demonstrou preocupação de “que (a imunidade formal) seja explicitada quanto ao seu conteúdo e finalidade, que é um julgamento de legitimidade em defesa do Poder, colocando-se as razões pelas quais pode ser negada e evitando que se torne causa de impunidade odiosa e incompatível com a democracia”.⁶³

Promulgada, a Constituição trata do Poder Legislativo no Capítulo I de seu Título IV (Da Organização dos Poderes). As garantias, prerrogativas e as proibições dos deputados, das deputadas, dos senadores e das senadoras estão reservadas à Seção V desse Capítulo, nos artigos 53 ao 56.

e Nelson Jobim, defendem que a votação final do dia 22 de setembro de 1988 teve um caráter homologatório de todo o texto (CARVALHO, Luiz Maklouf, *op. cit.*, p. 198, p. 393). Já Fernando Henrique Cardoso argumenta que “só os que estavam na Comissão de Redação é que sabiam (das alterações)”, mas que a questão deveria ser posta apenas após mais tempo, pois isso “põe muitas dúvidas sobre a Constituição” (CARVALHO, Luiz Maklouf, *op. cit.*, p. 126-127).

⁵⁸ CARVALHO, Luiz Maklouf. *1988: segredos da Constituinte. Os vinte meses que agitaram e mudaram o Brasil*. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Record, 2017, p. 36-37.

⁵⁹ CARVALHO, Luiz Maklouf. *1988: segredos da Constituinte. Os vinte meses que agitaram e mudaram o Brasil*. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Record, 2017, p. 36-37.

⁶⁰ BRASIL. Senado Federal. *Bases Históricas: Bases da Assembleia Nacional Constituinte 1987-1988*. Disponível em: <<http://www6g.senado.gov.br/apem/search?keyword=imunidade%20parlamentar;startDoc=>>>. Acesso em 23 fev. de 2019.

⁶¹ BRASIL. Senado Federal. *Bases Históricas: Bases da Assembleia Nacional Constituinte 1987-1988, Avulso, Subcomissão III-a, vol. 107*. Disponível em: <<http://www6g.senado.gov.br/apem/data/AVULSO/vol-107.pdf>>. Acesso em 23 fev. de 2019.

⁶² BRASIL. Senado Federal. *Bases Históricas: Bases da Assembleia Nacional Constituinte 1987-1988, Avulso, Subcomissão III-a, vol. 107*. Disponível em: <<http://www6g.senado.gov.br/apem/data/AVULSO/vol-107.pdf>>. Acesso em 23 fev. de 2019.

⁶³ BRASIL. Senado Federal. *Bases Históricas: Bases da Assembleia Nacional Constituinte 1987-1988, Avulso, Subcomissão III-a, vol. 107*. Disponível em: <<http://www6g.senado.gov.br/apem/data/AVULSO/vol-107.pdf>>. Acesso em 23 fev. de 2019, p. 393.

Dentre as garantias e prerrogativas parlamentares, o artigo 53 da Constituição dispõe a respeito das imunidades formais e materiais. As imunidades materiais são abarcadas pelo *caput* desse artigo, enquanto os seus parágrafos tratam das imunidades formais.

A redação original do artigo 53 estabelecia que os deputados, as deputadas, os senadores e as senadoras seriam submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, constituindo-se foro por prerrogativa de função, ou aforamento (art. 53, § 4º, CRFB). Desde a expedição do diploma não poderiam ser presos, salvo flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente, sem prévia licença da Casa a que o parlamentar pertence (art. 53, § 1º, CRFB). A licença seria concedida por maioria simples, estando, na deliberação, a maioria absoluta dos membros da casa (art. 47, CRFB). Caso a licença para o processamento criminal fosse indeferida, ou não houvesse deliberação sobre essa, a contagem do prazo prescricional seria suspensa enquanto durasse o mandato (art. 53, § 2º, CRFB). Na ocorrência de prisão de algum parlamentar em flagrante de crime inafiançável, os autos seriam remetidos, dentro de vinte e quatro horas, à Casa respectiva, para que – pelo voto secreto de maioria absoluta – resolvesse sobre a prisão e autorizasse, ou não, a formação de culpa (art. 53, § 3º, CRFB). Os deputados, as deputadas, os senadores e as senadoras ficavam desobrigados a testemunhar sobre informações recebidas ou prestadas em razão do exercício do mandato, como também sobre pessoas que lhes confiaram ou deles receberam informações (art. 53, § 5º, CRFB). Essas imunidades persistiriam no estado de sítio e só poderiam ser suspensas mediante o voto de dois terços dos membros da Câmara ou do Senado nos casos de atos praticados fora do recinto do Congresso que fossem incompatíveis com a execução da medida (art. 53, § 7º, CRFB).

Jorge Roberto Krieger, valendo-se das lições de Antônio Carlos Amorim, relembra que a exigência de licença prévia da Casa parlamentar era uma condição de procedibilidade da ação penal, permitindo-se à autoridade policial a instauração de inquérito policial e (não sendo outro tipo de investigação preliminar) a remessa dos autos para a apreciação do Ministério Público.⁶⁴ Caso o processo criminal em andamento fosse anterior à diplomação, com a expedição do diploma, o processo e a contagem do prazo prescricional seriam suspensos até o término definitivo do mandato.⁶⁵

Segundo o jurista, a partir de 1995, os debates em torno do artigo 53 se tornaram mais frequentes; destaca, pois, que ao final da legislatura em 1994, apenas 1 dos 89 pedidos do

⁶⁴ KRIEGER, Jorge Roberto. *Imunidade Parlamentar: histórico e evolução do instituto no Brasil*. Santa Catarina: Letras Contemporâneas, Oficina Editora Ltda., Coleção Alicerce Jurídico, vol. 1, 2004, p. 67.

⁶⁵ KRIEGER, Jorge Roberto. *Imunidade Parlamentar: histórico e evolução do instituto no Brasil*. Santa Catarina: Letras Contemporâneas, Oficina Editora Ltda., Coleção Alicerce Jurídico, vol. 1, 2004, p. 68.

Supremo Tribunal Federal para o processamento de parlamentares havia sido concedido e, em maio de 1995, 26 pleitos na Câmara dos Deputados e 9 suplicatórios no Senado Federal estavam pendentes de apreciação.⁶⁶ Pela menção que Jorge Kuranaka faz de levantamento da Folha de S. Paulo, publicado em 2001, dos 151 pedidos de licença prévia feitos pelo Supremo Tribunal Federal à Câmara dos Deputados no período entre 1991 e 1999, 2 foram concedidos, 62 negados e 87 não foram analisados antes dos congressistas terem deixado o mandato.⁶⁷

Frente a esses fatos, Jorge Roberto Krieger se debruça nas Propostas de Emendas à Constituição de nº 34/1995, nº 101/1995, nº 178/1995 e nº 518/1997,⁶⁸ que buscaram modificar a extensão da prerrogativa.

A PEC nº 34/1995, foi apresentada pelo então deputado Domingos Dutra (PT/MA) e outros, em março de 1995, sob a justificativa de que o instituto da imunidade formal “tem sido desfigurado e confundido com impunidade”, razão pela qual haveria de se regulamentar os casos atingidos por ela “como forma de resguardar os legisladores sérios, responsáveis, honestos e comprometidos com os reais anseios da sociedade brasileira”.⁶⁹ A proposta retirava a necessidade de licença prévia da Casa legislativa para o processamento criminal de parlamentar, excetuados os casos previstos em Lei Complementar, e exigia a presença do Ministério Público e de um advogado constituído pelo parlamentar para a formação da culpa.⁷⁰

Por sua vez, a PEC nº 101, proposta em maio de 1995 pelo então deputado Álvaro Gaudêncio Neto (PFL/PB) e outros, almejava “pôr termo à impunidade no país” propondo a supressão da licença prévia da Casa legislativa em todos os casos.⁷¹

⁶⁶ KRIEGER, Jorge Roberto. *Imunidade Parlamentar: histórico e evolução do instituto no Brasil*. Santa Catarina: Letras Contemporâneas, Oficina Editora Ltda., Coleção Alicerce Jurídico, vol. 1, 2004, p. 73.

⁶⁷ KURANAKA, Jorge. *Imunidades parlamentares*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 166. Pela leitura da Folha de S. Paulo, publicada após a aprovação da EC nº 35/2001, “os pedidos de licença do STF geralmente ficam engavetados” (MADUEÑO, Denise; ULHÔA, Raquel. *Notícia Senadores aprovam fim da imunidade. Folha de S. Paulo*, 20 dez. 2001. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc2012200120.htm>>. Acesso em 22 fev. de 2019.).

⁶⁸ KRIEGER, Jorge Roberto. *Imunidade Parlamentar: histórico e evolução do instituto no Brasil*. Santa Catarina: Letras Contemporâneas, Oficina Editora Ltda., Coleção Alicerce Jurídico, vol. 1, 2004, p. 86-107. Na Câmara, ainda havia sido apresentada a Proposta de Emenda à Constituição nº 1/1999 (KURANAKA, Jorge. *Imunidades parlamentares*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 169).

⁶⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda à Constituição 34/95*, Autor Domingos Dutra e outros, apresentada em: 23/03/1995. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14282>>. Acesso em 22 fev. de 2019.

⁷⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda à Constituição 34/95*, Autor Domingos Dutra e outros, apresentada em: 23/03/1995. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14282>>. Acesso em 22 fev. de 2019.

⁷¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda à Constituição 101/95*, Autor Álvaro Gaudêncio Neto e outros, apresentada em: 23/05/1995. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14382>>. Acesso em 22 fev. de 2019.

Mais singela, a PEC nº 178, apresentada em junho de 1995 pela então deputada Célia Mendes (PPR/AC), propôs limitar a incidência das imunidades formais aos ilícitos penais praticados durante a expedição do diploma, cujo processo tramitaria em segredo de justiça.⁷² Segundo a justificativa apresentada, essa alteração era necessária pela incongruência da imunidade parlamentar produzir efeitos retroativos, imperioso para que os detentores de mandatos eletivos se apresentem “à Nação como dignos da outorga recebida, exibindo de forma límpida e transparente, vida pregressa que os legitimam para o exercício desse mesmo mandato”.⁷³

Após mais de dois anos, em setembro de 1997, a PEC nº 518, de autoria do então deputado Ibrahim Abi-ackel (PPB/MG) e outros, entrou em tramitação na Câmara dos Deputados. Essa proposta “invertia o procedimento previsto no § 1º do artigo 53”, ou seja, retirava a necessidade de licença prévia da Casa legislativa para o processamento criminal do parlamentar no Supremo Tribunal Federal, mas dava à Casa a possibilidade de sustar o processo, por iniciativa da Mesa ou de partido político, por deliberação de maioria absoluta dos votos. Em caso de sustação, a contagem do prazo prescricional seria suspensa ao tempo do mandato. Ainda, estabelecia a prevalência do Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVIII, CRFB) sobre o foro por prerrogativa de função, ou aforamento.⁷⁴

As Propostas de Emenda à Constituição nº 101/1995, nº 178/1995 e nº 518/1997 foram apensadas à PEC nº 34/1995 e submetidas à análise da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, que, após a apresentação de parecer que recomendava substitutivos para a correção de alguns erros de técnica legislativa nas propostas, admitiu-a como PEC 34-A/95 no dia 16 de outubro de 1997.⁷⁵

⁷² BRASIL. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda à Constituição 178/95*, Autora Célia Mendes e outros, apresentada em: 23/08/1995. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14505>>. Acesso em 22 fev. de 2019.

⁷³ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda à Constituição 178/95*, Autora Célia Mendes e outros, apresentada em: 23/08/1995. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14505>>. Acesso em 22 fev. de 2019.

⁷⁴ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda à Constituição 518/97*, Autor Ibrahim Abi-ackel e outros, apresentada em: 09/09/1997. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14801>>. Acesso em 22 fev. de 2019.

⁷⁵ KRIEGER, Jorge Roberto. *Imunidade Parlamentar: histórico e evolução do instituto no Brasil*. Santa Catarina: Letras Contemporâneas, Oficina Editora Ltda., Coleção Alicerce Jurídico, vol. 1, 2004, p. 93 e BRASIL. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda à Constituição 34/95*, Autor Domingos Dutra e outros, apresentada em: 23/03/1995. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14282>>. Acesso em 22 fev. de 2019.

Encaminhada à Comissão Especial da Câmara dos Deputados, em março de 1998, o parecer do Relator, deputado Jaime Martins (PSD/MG), promoveu uma síntese das manifestações feitas na Comissão: a OAB se manifestou de forma favorável à abolição das imunidades formais e contrária à prevalência do Tribunal do Júri sobre o foro por prerrogativa de função; o então Ministro do STF Nelson Jobim afirmou que haveria de ser decidido entre a manutenção da licença prévia, como na Constituição de 1946, o trancamento de pauta com o decurso de noventa dias para a deliberação, como na Constituição de 1967, ou a inversão proposta pela PEC nº 518/97, de forma que “quem quer interromper o processo tem que ter maioria”.⁷⁶ A manifestação do Relator acolhia as PEC nº 101/1995, nº 178/1995 e nº 518/1997, mas com ajustes.⁷⁷

Aprovado o parecer, a Mesa Diretora da Câmara dos Deputados determinou o apensamento das propostas à PEC nº 610/1998, de origem no Senado Federal e de autoria do então Senador Ronaldo Cunha Lima (PMDB/PB).⁷⁸ Essa, que havia sido remetida à Câmara dos Deputados após apreciação pelo Senado Federal, em dois turnos, foi aprovada, em duas votações, na forma de Emenda aglutinativa, e voltou ao Senado.⁷⁹ Nele, foi novamente aprovada, com 74 votos em primeiro turno e com 67 votos em segundo turno (nesse, a unanimidade dos presentes).⁸⁰

Quando da votação, o então Presidente do Senado Federal, Pedro Tebet (PMDB/MS), afirmou que se estava ali “respondendo a uma exigência da sociedade e a um imperativo da ética”.⁸¹ Na promulgação sustentou que o “fim da imunidade significa o fim da impunidade e é isso que a sociedade estava esperando e o Congresso Nacional fez”.⁸²

⁷⁶ KRIEGER, Jorge Roberto. *Imunidade Parlamentar: histórico e evolução do instituto no Brasil*. Santa Catarina: Letras Contemporâneas, Oficina Editora Ltda., Coleção Alicerce Jurídico, vol. 1, 2004, p. 96-99.

⁷⁷ KRIEGER, Jorge Roberto. *Imunidade Parlamentar: histórico e evolução do instituto no Brasil*. Santa Catarina: Letras Contemporâneas, Oficina Editora Ltda., Coleção Alicerce Jurídico, vol. 1, 2004, p. 100.

⁷⁸ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda à Constituição 34/95*, Autor Domingos Dutra e outros, apresentada em: 23/03/1995. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14282>>. Acesso em 22 fev. de 2019. No Senado, ainda haviam sido apresentadas as Propostas de Emenda à Constituição nº 12/1998 e nº 14/1998 (KURANAKA, Jorge. *Imunidades parlamentares*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 168).

⁷⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda à Constituição 610/98 (No Senado, 2/1995)*, Autor Ronaldo Cunha Lima e outros, apresentada em: 19/06/1998. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14848>>. Acesso em 22 fev. de 2019.

⁸⁰ *Jornal do Senado*. Notícia Congresso promulga hoje a restrição à imunidade por *Jornal do Senado* em 20 dez. 2001. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/noticias/jornal/arquivos_jornal/arquivosPdf/011220.pdf>. Acesso em 23 fev. de 2019.

⁸¹ *Jornal do Senado*. Notícia Congresso promulga hoje a restrição à imunidade por *Jornal do Senado* em 20 dez. 2001. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/noticias/jornal/arquivos_jornal/arquivosPdf/011220.pdf>. Acesso em 23 fev. de 2019.

⁸² ROMEO, Adriana. Notícia Congresso promulga emenda da Imunidade Parlamentar. *Agência Câmara*, 20 dez. 2001. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/NAO-INFORMADO/14388->

Dessa forma, em 20 de dezembro de 2001, a proposta foi promulgada como a Emenda Constitucional nº 35/2001.⁸³ Com isso, a numeração de todos os parágrafos do artigo 53 da Constituição foi alterada, sendo a esse acrescido um parágrafo, o 8º. O foro por prerrogativa de função, ou aforamento, dos deputados, das deputadas, dos senadores e das senadoras passou a ser instaurado, por acréscimo expresso do poder de reforma da Constituição, desde a expedição do diploma (art. 53, § 1º, CRFB). Foi mantida a proibição de prisão dos parlamentares, salvo flagrante de crime inafiançável, a partir da diplomação (art. 53, § 2º, CRFB), mas deixou de ser prevista a necessidade de licença prévia da Casa para o processamento criminal do parlamentar. A partir do recebimento da denúncia contra ele a Casa, notificada pelo Supremo Tribunal Federal, pode até a decisão final sustar o andamento do processo por voto de maioria absoluta em apreciação de pedido de iniciativa de partido político nela representado (art. 53, § 3º, CRFB) – o qual deve ser analisado no prazo improrrogável de quarenta e cinco dias de seu recebimento pela Mesa Diretora (art. 53, § 4º, CRFB). Sustado o processo, suspende-se a contagem do prazo prescricional enquanto durar o mandato; sendo, com o termo final, retomado o andamento do processo (art. 53, § 5º, CRFB). No caso da prisão de parlamentar em flagrante de crime inafiançável, continuou a ser prevista a remessa dos autos, dentro de vinte e quatro horas, à Casa respectiva, para a resolução sobre a prisão pelo voto – sem mais o vocábulo “secreto” – de maioria absoluta (art. 53, § 2º, CRFB).

A desobrigação dos parlamentares a testemunhar sobre informações recebidas ou prestadas em razão do exercício do mandato e sobre as pessoas que lhes confiaram ou deles receberam informações permaneceu inalterada (art. 53, § 6º, CRFB). De igual sorte, manteve-se hígida a previsão de manutenção das imunidades no estado de sítio, com a possibilidade de suspensão apenas mediante o voto de dois terços dos membros da Casa respectiva, nos casos de atos, praticados fora do recinto do Congresso, que sejam incompatíveis com a execução da medida (art. 53, § 8º, CRFB).

A proibição da prisão do parlamentar, salvo flagrante de crime inafiançável, a partir da diplomação, abrange tanto a prisão penal, como a prisão civil por inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia (art. 5º, LXVII, CRFB).⁸⁴ Além disso, conforme pontua

CONGRESSO-PROMULGA-EMENDA-DA-IMUNIDADE-PARLAMENTAR.html>. Acesso em 23 fev. de 2019.

⁸³ A possibilidade, aventada pelo então Presidente do STF, Ministro Marco Aurélio, em reportagem à Folha de S. Paulo, de aplicação retroativa da EC nº 35/2001 aos casos que já tiveram a licença negada pela Casa legislativa não será tratada neste trabalho (MADUEÑO, Denise; ULHÔA, Raquel. Notícia Senadores aprovam fim da imunidade. *Folha de S. Paulo*, 20 dez. 2001. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc2012200120.htm>>. Acesso em 22 fev. de 2019.).

⁸⁴ Esta, atualmente, é a única hipótese de prisão por dívida no Brasil, por entendimento do Supremo Tribunal Federal, que no julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.346 obstou a possibilidade de prisão do depositário

Jorge Roberto Krieger, enquanto proibição de restrição “à liberdade de ir, vir e permanecer”, abrange as penas privativas e as restritivas de liberdade.⁸⁵

Veda-se, portanto, qualquer tipo de prisão do congressista, com uma única exceção: o flagrante de crime inafiançável.⁸⁶

A prisão em flagrante, pelo entendimento de Aury Lopes Jr., “está justificada nos casos excepcionais, de necessidade e urgência, indicados taxativamente no art. 302 do CPP e constitui uma forma de medida pré-cautelares processual que se distingue da verdadeira medida cautelar pela sua absoluta precariedade”.⁸⁷ Dessa forma, pelo referido artigo, para que se caracterize um flagrante delito, é necessário que a pessoa se enquadre em uma dessas hipóteses: (i) esteja cometendo a infração penal; (ii) tenha acabado de cometê-la; (iii) seja perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; (iv) seja encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.⁸⁸ Em caso de crime permanente – cuja “consumação se prolonga no tempo” – considera-se que há flagrância “enquanto durar a permanência” (art. 302, I, CPP).⁸⁹

Por sua vez, para que se possibilite a prisão, é ainda necessário que o crime seja inafiançável, ou seja, não esteja sujeito ao pagamento de fiança para a concessão de liberdade. No Brasil, são considerados inafiançáveis a prática do racismo (art. 5º, XLII, CRFB), a prática de tortura (art. 5º, XLIII, CRFB), o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins (art. 5º, XLIII, CRFB), o terrorismo (art. 5º, XLIII, CRFB), os crimes definidos por lei como hediondos (art. 5º, XLIII, CRFB) e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV, CRFB). Por interpretação integrada ao artigo 5º, LXVI, da Constituição, José Afonso da Silva defende que seja vedada a prisão do parlamentar no caso

infiel por interpretação do artigo 5º, LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da Constituição, à luz do artigo 7º, § 7º, da Convenção Americana de Direitos Humanos (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 466.343/DF*, Relator Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em: 03/12/2008, DJ: 05/06/2009).

⁸⁵ KRIEGER, Jorge Roberto. *Imunidade Parlamentar: histórico e evolução do instituto no Brasil*. Santa Catarina: Letras Contemporâneas, Oficina Editora Ltda., Coleção Alicerce Jurídico, vol. 1, 2004, p. 65-66.

⁸⁶ Importante anotar que o STF “admite a possibilidade de um congressista ser preso diante de uma decisão judicial com trânsito em julgado” (KURANAKA, Jorge. *Imunidades parlamentares*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 147). Como será explanado no item 2.1 do capítulo 2, essa interpretação não será debatida neste trabalho por estar fora do recorte do objeto analisado.

⁸⁷ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 601.

⁸⁸ Sobre isso, ver: LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 26, p. 55-60.

⁸⁹ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 61.

de crimes que admitam a liberdade provisória, com ou sem fiança.⁹⁰ Esse entendimento, contudo, não é o dominante no Supremo Tribunal Federal.

Outrossim, a partir da EC nº 35/2001, a sustação do processo criminal, substitutiva da licença prévia, pode-se aplicar, pela dicção do parágrafo 3º do artigo 53, apenas aos processos criminais decorrentes de “crime ocorrido após a diplomação”. Com isso, os que estiverem em andamento antes desse fato passam a não mais serem suspensos com a expedição do diploma ao parlamentar,⁹¹ tampouco se sujeitando à sustação pelo Poder Legislativo.

Caso a maioria absoluta da Casa legislativa suste o andamento de processo posterior à diplomação, por apreciação de pedido de iniciativa de partido político nela representado, o termo inicial da suspensão da contagem do prazo prescricional consiste no momento em que o Ministro Relator suspende o processo criminal no Supremo Tribunal Federal após a comunicação da Casa legislativa.⁹²

Essa alteração levou ao aumento vertiginoso de tramitação de processos criminais no Tribunal. Segundo a apuração de Felipe Recondo e de Luiz Weber: de 1988 a 2001, seis processos criminais tramitaram no Supremo; depois da Emenda a 2019, seiscentos e sessenta e um foram instaurados.⁹³ A proteção, mesmo mitigada, sujeitou-se e sujeita-se à críticas, como se verá adiante.

1.2. Críticas às imunidades formais

Conforme visto no tópico anterior, o instituto das imunidades formais existe no Direito pátrio desde o Império e sofreu, entre democracias e rupturas do sistema democrático do país,

⁹⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 41. ed., rev. e atual. até a Emenda Constitucional nº 99, de 14.12.2017. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 540.

⁹¹ KRIEGER, Jorge Roberto. *Imunidade Parlamentar: histórico e evolução do instituto no Brasil*. Santa Catarina: Letras Contemporâneas, Oficina Editora Ltda., Coleção Alicerce Jurídico, vol. 1, 2004, p. 106-107. Nesse sentido, disse o meio jornalístico do Senado Federal quando da aprovação da EC nº 35/2001: “o texto aprovado pela Câmara também acaba com a imunidade para crimes que tenham sido cometidos antes da diplomação do parlamentar” (*Jornal do Senado*. Notícia Congresso promulga hoje a restrição à imunidade por Jornal do Senado em 20 dez. 2001. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/noticias/jornal/arquivos_jornal/arquivosPdf/011220.pdf>. Acesso em 23 fev. de 2019).

⁹² KURANAKA, Jorge. *Imunidades parlamentares*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 182. Caso o delito narrado não esteja na competência do Supremo Tribunal Federal, por não ser um crime praticado em razão do exercício do cargo, como o STF entendeu na AP 937 QO/RJ (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP 937 QO/RJ, Relator Min. Roberto Barroso, Revisor Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em: 03/05/2018, DJE: 11/12/2018), aplica-se esse entendimento, por analogia, à decisão do juízo competente que susta o processo criminal.

⁹³ Nas palavras de Felipe Recondo e de Luiz Weber: “De 1988 a 2001, seis ações penais tramitaram no Supremo. De 1996 e 2001 nenhum processo dessa natureza foi aberto. Depois da emenda constitucional e até 2019, 661 ações penais foram instauradas no STF” (RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. *Os onze: O STF, seus bastidores e as suas crises*. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 49, 242).

alterações, ampliações e restrições. Na literatura e no Parlamento, são vastas as críticas às imunidades formais, inclusive frente à ordem constitucional inaugurada com a promulgação da Constituição em 1988.

Neste tópico, alocam-se as críticas ao instituto em dois momentos: antes e depois da promulgação da Emenda Constitucional nº 35/2001, de 20 de dezembro de 2001. Isso porque as imunidades formais foram severamente modificadas, o que levou à perda (ou ganho) de relevância de alguns argumentos anteriormente postos em debate.

Previamente à EC nº 35/2001, Jorge Roberto Krieger sustentou, com relação à deliberação da Casa legislativa após a prisão de parlamentar em flagrante de crime inafiançável, ser “um absurdo” que o Parlamento pudesse soltar quem foi preso em flagrante delito em decisão não fundamentada e por voto secreto.⁹⁴

Com relação à licença prévia, também se acumulavam críticas entre os juristas. Para Carlos Eduardo Lima Passos da Silva, “justificar-se a denegação ao pedido de licença sob essa caolha sustentação (das prerrogativas e garantias parlamentares) é tarefa irresponsável e pouco digna, além de afrontatória aos preceitos éticos e morais da gente brasileira”.⁹⁵ Por sua vez, Flávia Piovesan, em coluna da Folha de S. Paulo datada de julho de 2001, apresentou um caso submetido à Comissão Interamericana de Direitos Humanos de um deputado estadual, em quinto mandato consecutivo, acusado de homicídio da estudante Márcia Barbosa de Souza, de 20 anos, cujo corpo “foi encontrado, em junho de 1998, num terreno baldio nas proximidades de João Pessoa”.⁹⁶ A submissão à Comissão IDH se deu porque a Assembleia Legislativa da Paraíba havia negado, por duas vezes, autorização para a instauração de processo criminal (que se dá com o recebimento da ação penal) contra o deputado estadual.⁹⁷

Na coluna, a jurista argumenta que a imunidade formal, cujo apogeu se deu no final do século XVIII, com a Revolução Francesa, “só se justifica como garantia da instituição e como prerrogativa que objetiva assegurar o bom exercício da função parlamentar”.⁹⁸ Em sua visão, o

⁹⁴ KRIEGER, Jorge Roberto. *Imunidade Parlamentar: histórico e evolução do instituto no Brasil*. Santa Catarina: Letras Contemporâneas, Oficina Editora Ltda., Coleção Alicerce Jurídico, vol. 1, 2004, p. 69.

⁹⁵ SILVA, Carlos Eduardo Lima Passos da. A Imunidade Parlamentar: Razões de Supressão. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos – Divisão Jurídica, Instituição Toledo de Ensino*, nº 22, ago./nov. 1998, p. 296.

⁹⁶ PIOVESAN, Flávia. Artigo Prerrogativa ou privilégio? *Folha de S. Paulo*, 04 jul. 2001. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0407200110.htm>>. Acesso em 18 fev. de 2019. Submetido à Comissão, o Caso 12263 também é tratado por Flávia Piovesan em: PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 16. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 156.

⁹⁷ PIOVESAN, Flávia. Artigo Prerrogativa ou privilégio? *Folha de S. Paulo*, 04 jul. 2001. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0407200110.htm>>. Acesso em 18 fev. de 2019.

⁹⁸ PIOVESAN, Flávia. Artigo Prerrogativa ou privilégio? *Folha de S. Paulo*, 04 jul. 2001. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0407200110.htm>>. Acesso em 18 fev. de 2019.

risco de ingerências indevidas no Poder Legislativo não subsiste na ordem contemporânea com a existência de um Poder Judiciário “autônomo e independente”.⁹⁹

Ainda, para ela o instituto afrontaria o princípio da igualdade de todos perante a lei e a exigência de responsabilização de todos os agentes públicos pelas ações que cometerem.¹⁰⁰ Pelo regime constitucional adotado, essa responsabilização seria um dever do Estado, garantindo-se à vítima o livre acesso ao Poder Judiciário, segundo o artigo 5º, XXXV, da Constituição, em caso de lesão ou de ameaça a direito.¹⁰¹

Segundo levantamento feito pelo deputado Nelson Pelegrino (PT-BA), então Presidente da Comissão de Direitos Humanos da Câmara, “de 1995 a 1999, foram rejeitados 109 dos 137 pedidos de autorização para que deputados fossem criminalmente processados”, razão pela qual Flávia Piovesan defende que se deve combater a impunidade no país com o fim da imunidade parlamentar para os crimes comuns.¹⁰²

Em obra doutrinária, a jurista aponta o Caso 12263 perante a Comissão IDH como um dos que trouxe relevante impacto na proteção de direitos humanos em âmbito interno, pois foi essencial para a adoção da EC nº 35/2001.¹⁰³

Conforme exposto no item 1.1 do capítulo 1, uma de suas alterações foi deixar de prever a necessidade de licença prévia da Casa para o processamento criminal do parlamentar, com a possibilidade dela, provocada, sustar o andamento da ação. Ainda, nesse item foram expostas parte das críticas feitas às imunidades formais por parte dos parlamentares quando da discussão de Propostas de Emenda à Constituição com o fito de alterar o artigo 53 da Constituição. Baseados na necessidade de “ouvir os reais anseios da sociedade brasileira” e de “pôr termo à impunidade no país”, as proposições, em menor ou maior medida, buscaram relativizar o alcance do instituto. Contudo, mesmo com as alterações promovidas pela EC nº 35/2001, persistem severas críticas na literatura a respeito das imunidades formais.

Com a retirada da previsão de votação secreta na deliberação da Casa legislativa acerca da prisão do parlamentar em flagrante delito de crime inafiançável, não subsiste a crítica de

⁹⁹ PIOVESAN, Flávia. Artigo Prerrogativa ou privilégio? *Folha de S. Paulo*, 04 jul. 2001. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0407200110.htm>>. Acesso em 18 fev. de 2019.

¹⁰⁰ PIOVESAN, Flávia. Artigo Prerrogativa ou privilégio? *Folha de S. Paulo*, 04 jul. 2001. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0407200110.htm>>. Acesso em 18 fev. de 2019.

¹⁰¹ PIOVESAN, Flávia. Artigo Prerrogativa ou privilégio? *Folha de S. Paulo*, 04 jul. 2001. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0407200110.htm>>. Acesso em 18 fev. de 2019.

¹⁰² No artigo, Flávia Piovesan também defende o fim do foro por prerrogativa de função, ou aforamento, por violação ao princípio da igualdade, e do voto secreto no Parlamento, por violação do princípio da publicidade e da transparência (PIOVESAN, Flávia. Artigo Prerrogativa ou privilégio? *Folha de S. Paulo*, 04 jul. 2001. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0407200110.htm>>. Acesso em 18 fev. de 2019).

¹⁰³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 16. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 466-467.

Jorge Roberto Krieger quanto ao voto secreto.¹⁰⁴ Por sua vez, a decisão não pode ser carente de fundamentação por força dos princípios do devido processo legal e da motivação. Nesse sentido, deve-se aplicar à decisão de relaxamento da prisão pelos parlamentares por voto aberto igual necessidade de fundamentação pública advogada pelo autor na decisão parlamentar de sustação do processo criminal.¹⁰⁵

Contudo, Jorge Kuranaka sustenta que a própria impossibilidade de o parlamentar ser preso, salvo em flagrante delito, contribui para a impunidade.¹⁰⁶ Para ele, as garantias constitucionais de liberdade de locomoção e os seus sucedâneos, reconhecidas a todos os cidadãos, bastariam por si só.¹⁰⁷ Em caso de ilegalidades, poderia se recorrer ao *habeas corpus* e, também, ao Ministério Público, a quem se atribui o controle externo da atividade policial.¹⁰⁸ Sugere que, por uma Emenda Constitucional, a proibição de prisão do parlamentar, salvo em flagrante de crime inafiançável, poderia ser substituída pela possibilidade da Casa legislativa “em manifestação posterior, por voto de maioria absoluta de seus membros, sustar a ordem de prisão caso constatasse motivações políticas ou abusivas, o que representaria mecanismo de freio e contrapeso”.¹⁰⁹

Já Marcelo dos Santos Teixeira defende que a proibição de prisão do parlamentar, salvo em flagrante de crime inafiançável, não pode ser interpretada de forma literal, mas à luz do princípio republicano, que “traz ínsitos diversos elementos, entre eles a igualdade de todos e a responsabilidade política, além de servir como norte interpretativo das normas constitucionais e legais”.¹¹⁰ Assim, se o parlamentar praticasse condutas que poderiam ensejar na decretação de sua prisão preventiva por tornar a “jurisdição penal inócua ou inviável”, pugna que seja aplicado o artigo 53, § 3º, da Constituição, decretando-se a prisão preventiva de parlamentar, seguida do rito previsto nesse parágrafo.¹¹¹ Essa hipótese se assemelha à defesa da alteração da

¹⁰⁴ KRIEGER, Jorge Roberto. *Imunidade Parlamentar: histórico e evolução do instituto no Brasil*. Santa Catarina: Letras Contemporâneas, Oficina Editora Ltda., Coleção Alicerce Jurídico, vol. 1, 2004, p. 69.

¹⁰⁵ KRIEGER, Jorge Roberto. *Imunidade Parlamentar: histórico e evolução do instituto no Brasil*. Santa Catarina: Letras Contemporâneas, Oficina Editora Ltda., Coleção Alicerce Jurídico, vol. 1, 2004, p. 103. Em citação a Raul Machado Horta, Jorge Kuranaka advoga que na análise da licença parlamentar exigida até 2001 “deveria-se atentar para o fato de o eventual processo instaurado contra o parlamentar se inspirava em motivos políticos, como forma de intimidação, caso em que se a denegaria”, impedindo-se, assim, uma decisão política puramente discricionária (KURANAKA, Jorge. *Imunidades parlamentares*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 154-157).

¹⁰⁶ KURANAKA, Jorge. *Imunidades parlamentares*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 184.

¹⁰⁷ KURANAKA, Jorge. *Imunidades parlamentares*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 184.

¹⁰⁸ KURANAKA, Jorge. *Imunidades parlamentares*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 184.

¹⁰⁹ KURANAKA, Jorge. *Imunidades parlamentares*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 241.

¹¹⁰ TEIXEIRA, Marcelo Santos. Artigo Prisão preventiva de parlamentares: ativismo ou republicanismo? *Jota*, 20 abr. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/prisao-preventiva-de-parlamentares-ativismo-ou-republicanismo-20042018>>. Acesso em 23 fev. de 2019.

¹¹¹ TEIXEIRA, Marcelo Santos. Artigo Prisão preventiva de parlamentares: ativismo ou republicanismo? *Jota*, 20 abr. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/prisao-preventiva-de-parlamentares-ativismo-ou-republicanismo-20042018>>. Acesso em 23 fev. de 2019.

proibição de prisão do parlamentar, salvo em flagrante de crime inafiançável, de Jorge Kuranaka,¹¹² mas clama em ser aplicada por Marcelo Teixeira sem a aprovação de uma Emenda Constitucional. Em reescrita ao texto constitucional, passaria o Poder Judiciário a ser competente para decretação de prisão preventiva do parlamentar – sem tempo definido de duração – contra a proibição expressa do constituinte à prisão do congressista.¹¹³

Por sua vez, a crítica de Flávia Piovesan quanto à não subsistência de risco de ingerências indevidas no Poder Legislativo na ordem contemporânea¹¹⁴ é reforçada por diversos juristas. Jorge Roberto Krieger chega a idêntica conclusão.¹¹⁵ Divani Alves dos Santos defende que “no atual Estado Democrático de Direito, a possibilidade de intervenções indevidas são mínimas, não havendo mais razão para manter-se a imunidade formal”, sendo nela existente, mesmo com as alterações promovidas pela EC nº 35/2001, uma “abertura para que impunidades aconteçam”.¹¹⁶ No mesmo sentido, Jorge Kuranaka vê as imunidades formais como um instituto desnecessário e anacrônico,¹¹⁷ “em vista do grau de avanço e consolidação democrática”.¹¹⁸

Portanto, verificam-se que as críticas às imunidades formais feitas por juristas e parlamentares estudiosos do tema se centram em três aspectos. Afirma-se que como (i) há de se impedir a impunidade dos parlamentares que eventualmente praticarem crimes e (iii) a imunidade fere o princípio da igualdade é necessária uma interpretação para além da literalidade do artigo 53 da Constituição. Além disso, sustenta-se que (iii) em um Estado de Direito, não há o que se falar em perseguição política ou injusta de um Poder Judiciário imparcial e independente aos membros do Poder Legislativo.

¹¹² KURANAKA, Jorge. *Imunidades parlamentares*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 241.

¹¹³ Conforme será visto no capítulo 2, o STF, apesar de assentar a inaplicabilidade das prisões cautelares aos parlamentares na ADI nº 5526, já prendeu preventivamente um parlamentar na Ação Cautelar nº 4039.

¹¹⁴ PIOVESAN, Flávia. Artigo Prerrogativa ou privilégio? *Folha de S. Paulo*, 04 jul. 2001. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0407200110.htm>>. Acesso em 18 fev. de 2019.

¹¹⁵ KRIEGER, Jorge Roberto. *Imunidade Parlamentar: histórico e evolução do instituto no Brasil*. Santa Catarina: Letras Contemporâneas, Oficina Editora Ltda., Coleção Alicerce Jurídico, vol. 1, 2004, p. 112.

¹¹⁶ SANTOS, Divani Alves dos. *Imunidade parlamentar à luz da Constituição Federal de 1988*. 2009. Monografia (Especialização em Processo Legislativo) – Programa de Pós-Graduação do Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento da Câmara dos Deputados, Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento (Cefor) da Câmara dos Deputados, Brasília, p. 57.

¹¹⁷ KURANAKA, Jorge. *Imunidades parlamentares*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 198-199.

¹¹⁸ KURANAKA, Jorge. *Imunidades parlamentares*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 240.

1.3. Recolocação do debate: as imunidades formais são prerrogativas ou privilégios no atual sistema constitucional?

Como visto no tópico anterior, as críticas às imunidades formais feitas por juristas e parlamentares estudiosos do tema se centram em aspectos importantes para recolocar a questão ao debate: afinal, as imunidades formais são prerrogativas ou privilégios no atual sistema constitucional? Essa questão será debatida com foco nos pontos centrais das críticas abordadas.

Em primeiro lugar, não se defende uma interpretação restrita à literalidade do texto constitucional. Ao contrário, há, ao lado dela, importantes métodos de interpretação constitucional que devem ser considerados na transformação do texto constitucional em norma jurídica,¹¹⁹ como o histórico, o sistemático e o teleológico. Na hermenêutica constitucional, conforme afirma Regina Maria Macedo Nery Ferrari, “a aplicação de um método não exclui a utilização de outro”.¹²⁰

Além disso, importa destacar que, a Constituição erigiu, em seu artigo 5º, § 2º, cláusula de abertura que confere natureza (ao menos materialmente) constitucional aos demais direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição e pelos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte.¹²¹ Apesar de hierarquicamente serem consideradas como infraconstitucionais, mas supralegais, no ordenamento pátrio, pelo Supremo Tribunal Federal¹²² – há de se reconhecer uma ordem jurídica multinível no qual as normas internacionais de direitos humanos formam o chamado “bloco de constitucionalidade”.¹²³

Nesse sentido, frente ao baixíssimo número de autorizações concedidas pelas Casas legislativas para o processamento dos parlamentares,¹²⁴ que ensejou até mesmo o Caso 12263

¹¹⁹ Conforme aponta Eros Roberto Grau, “a norma encontra-se (parcialmente) em estado de potência, involucrada no enunciado (*texto* ou *disposição*). O intérprete a desnuda” (GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes* (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 6. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2014, p. 45).

¹²⁰ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 95.

¹²¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 16. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 124-125.

¹²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 466.343/DF*, Relator Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em: 03/12/2008, DJ: 05/06/2009.

¹²³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 16. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 124-125.

¹²⁴ Conforme exposto no tópico 1.1, na Câmara dos Deputados, dos 151 pedidos de licença prévia feitos pelo Supremo Tribunal Federal no período entre 1991 e 1999, 2 foram concedidos, 62 negados e 87 não foram analisados antes dos congressistas terem deixado o mandato. (KURANAKA, Jorge. *Imunidades parlamentares*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 166). Detalham Felipe Recondo e Luiz Weber: “De 1988 a 2001, seis ações penais tramitaram no Supremo. De 1996 e 2001 nenhum processo dessa natureza foi aberto. Depois da emenda constitucional e até 2019, 661 ações penais foram instauradas no STF” (RECONDO, Felipe; Weber, Luiz. *Os onze: O STF, seus bastidores e as suas crises*. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 49, 242).

perante a Comissão IDH, demonstrou-se certo desvirtuamento da prerrogativa que, conforme aponta Jorge Roberto Krieger, visa a “colocar o congressista a salvo de prisões e processos tendenciosos, arbitrários, sem justa causa, frutos da paixão política de seus desafetos”.¹²⁵ Por essa razão, as alterações promovidas nas imunidades formais pela EC nº 35/2001 despontaram como positivas ao deixarem de prever a necessidade de licença prévia da Casa para o processamento criminal do parlamentar, mas possibilitarem a essa um mecanismo de controle para, se provocada por partido político, sustar o andamento da ação.¹²⁶

Há, porém, de se observar que no Caso 12263 perante a Comissão IDH os dois indeferimentos da Assembleia Legislativa da Paraíba não foram os únicos óbices para a persecução penal dos envolvidos, como narra o relatório de admissibilidade do caso:

Não obstante isso (promulgação da EC nº 35/2001), as autoridades competentes da Paraíba não reiniciaram a ação penal até março de 2003. Transcorridos mais de 4 (quatro) anos do envio das últimas informações, a causa ainda não foi julgada e tramitada (*sic*) com extrema lentidão. A decisão que se venha a obter, passados mais de 8 (oito) anos da ocorrência do fato, será passível de vários recursos revisivos, o que amplia a impunidade relacionada com o fato.¹²⁷

Nesse, a grave demora na persecução dos fatos, mesmo após a dispensa de autorização para o processamento criminal do deputado denota como as imunidades formais não se apresentaram como único óbice ao grave estado de violação a direitos humanos que a Comissão IDH vislumbrou na análise de admissão do caso.

De qualquer sorte, com relação à alegação de que o instituto favorece a impunidade, cabe, primeiramente, ressaltar que diferentemente das imunidades materiais, que possuem eficácia temporal permanente ou absoluta, as imunidades formais têm eficácia limitada ao tempo do mandato parlamentar.¹²⁸ Isso porque, conforme aponta Pontes de Miranda e José Afonso da Silva, a prerrogativa processual das imunidades formais, apesar de poder impedir (temporariamente) o processo, não exclui o crime, como nas imunidades materiais.¹²⁹ Dessa

¹²⁵ KRIEGER, Jorge Roberto. *Imunidade Parlamentar: histórico e evolução do instituto no Brasil*. Santa Catarina: Letras Contemporâneas, Oficina Editora Ltda., Coleção Alicerce Jurídico, vol. 1, 2004, p. 79.

¹²⁶ Em sentido diverso: MONTEIRO, Maurício Gentil. A limitação da imunidade parlamentar: apontamentos sobre a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 35/2001. *Revista da Esmese*, Temas de Direito na Modernidade, nº 2, Aracaju, p. 347-360, jul. 2002.

¹²⁷ Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Relatório de Admissibilidade nº 38/07*, Vítima Márcia Barbosa de Souza, 26 jul. 2007. Disponível em: <<https://cidh.oas.org/annualrep/2007port/Brasil12.263port.htm>>. Acesso em 24 fev. de 2019.

¹²⁸ KRIEGER, Jorge Roberto. *Imunidade Parlamentar: histórico e evolução do instituto no Brasil*. Santa Catarina: Letras Contemporâneas, Oficina Editora Ltda., Coleção Alicerce Jurídico, vol. 1, 2004, p. 19-20; SOBREIRA, Renan Guedes. *Inviolabilidad de opinión parlamentaria en España*. Curitiba: Editora Íthala, 2019, p. 54-55.

¹²⁹ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, vol. 2, 1953, p. 242 e SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 41. ed., rev. e atual. até a Emenda Constitucional nº 99, de 14.12.2017. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 540.

forma, mesmo que a Casa legislativa suste o processo criminal, após o recebimento da denúncia pelo Supremo Tribunal Federal, esse será retomado com o “encerramento definitivo do mandato por qualquer motivo, incluindo a não reeleição”,¹³⁰ período em que a contagem do prazo prescricional ficará suspensa (art. 53, § 5º, CRFB). Ainda, pelo entendimento do Supremo Tribunal Federal, após o cancelamento da Súmula nº 4, poderá haver a não aplicação das imunidades formais ao tempo em que o parlamentar exercer cargo no Poder Executivo – como Ministro de Estado, por exemplo – voltando ele a usufruir da prerrogativa em caso de exoneração.¹³¹

A argumentação jurídica não pode ser reduzida ao binômio “imunidade-impunidade”, com uma busca (inacabável) de moralização da política por meio do Direito. Nesse caminho, Jorge Roberto Krieger, em 2004, lamenta o fato da EC nº 35/2001 não ter incluído hipóteses de “interdição dos direitos políticos”, impedindo a reeleição aos congressistas que possuam processos criminais.¹³²

Com relação à violação ao princípio da igualdade, importante destacar que ao fazer referências às obras de João Barbalho (1924) e de Aurelino Leal (1925), Pedro Aleixo demonstra que a argumentação de que as imunidades formais ferem o princípio da igualdade é invocada desde o início do século XX.¹³³ Em 1961, o jurista defendeu que as imunidades concedidas aos representantes do povo não ferem o princípio da igualdade, pois constituem em “uma garantia para o exercício de direitos de que todo o povo é o beneficiário”, impossibilitando a concessão de tratamento igual àqueles que possuem “elementos desiguais”.¹³⁴ Como

¹³⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 41. ed., rev. e atual. até a Emenda Constitucional nº 99, de 14.12.2017. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 540.

¹³¹ KURANAKA, Jorge. *Imunidades parlamentares*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 232-234.

¹³² KRIEGER, Jorge Roberto. *Imunidade Parlamentar: histórico e evolução do instituto no Brasil*. Santa Catarina: Letras Contemporâneas, Oficina Editora Ltda., Coleção Alicerce Jurídico, vol. 1, 2004, p. 111. Em 2010, sob o viés moralizante a que o autor assinala, foi sancionada a Lei Complementar nº 135/2010, denominada de “Lei Ficha Limpa”, que, conforme leciona Eneida Desiree Salgado: “Embora não tenha sido respeitado o rito constitucional do processo legislativo (pois houve mudança na casa revisora e o projeto de lei não retornou à Câmara de Deputados) e as novas hipóteses desafiarem diretamente a Constituição e notadamente a teoria dos direitos fundamentais (com interpretação pela aplicação a fatos anteriores e com prazos de restrição sem termo legal) e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (pela possibilidade de impedimento decorrente de decisão de órgão profissional e pela inexigibilidade de trânsito em julgado), a maioria do Supremo Tribunal Federal decidiu validar a lei. Seus principais argumentos foram o pedigree democrático da lei (facilmente recusável face ao procedimento de coleta de assinaturas e ante as emendas durante o processo legislativo) e sua caracterização como o “Estatuto da Ética e da Moralidade da Cidadania Política Brasileira”, que deve assim ser interpretado buscando garantir a “proteção dos interesses maiores de toda a coletividade”” (SALGADO, Eneida Desiree, *Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos*. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, nº 117, jul./dez. 2018, p. 204-205).

¹³³ ALEIXO, Pedro. *Imunidades parlamentares*. Belo Horizonte, Minas Gerais: Ed. UFMG, *Revista Brasileira de Estudos Sociais e Políticos*, nº 18, 1961, p. 29-30.

¹³⁴ ALEIXO, Pedro. *Imunidades parlamentares*. Belo Horizonte, Minas Gerais: Ed. UFMG, *Revista Brasileira de Estudos Sociais e Políticos*, nº 18, 1961, p. 31. Importante destacar que, apesar da defesa enfática do instituto,

conquistas históricas, esse instituto teria por função “proteger e resguardar, por intermédio das pessoas dos representantes, apenas ostensivamente protegidas e resguardadas, o regime democrático”.¹³⁵

Para Pedro Aleixo, as imunidades dos parlamentares são garantias de independência do Poder Legislativo, assim como as garantias dos magistrados de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios são garantias da independência do Poder Judiciário, cuja competência para mitigá-las reside aos órgãos desse Poder, através, por exemplo, da remoção do juiz por interesse público a outra comarca.¹³⁶ Na visão do autor, porém, “ninguém ousará dizer que as prerrogativas citadas representam privilégio de pessoa, exceção odiosa e irritante a romper com o princípio da igualdade de todos perante a lei, negação dos cânones fundamentais que estruturam o regime democrático”.¹³⁷

Sem adentrar na analogia feita entre as garantias e prerrogativas dos demais Poderes da República, o princípio da igualdade deve ter tomado, conforme expôs Jorge Kuranaka, “na simetria entre direitos e obrigações. Direitos em porção maior que as obrigações refundarão em privilégios, assim como obrigações em maior peso acarretam discriminações”.¹³⁸ Nessa medida, para que as imunidades formais se justifiquem hodiernamente, há de se averiguar se persiste a possibilidade de injustas perseguições serem perpetradas a alguns dos membros do Poder Legislativo.

Na época do Império, João Barbalho, político e ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal, havia afirmado: “já não estamos mais em tempos em que um chefe de Estado, um Jaime VI, quando se irritava com a oposição, fazia prender os membros do parlamento que o contrariavam”.¹³⁹ Sua constatação foi colacionada na justificativa da PEC nº 518/1997, pois, no início da República, os governos de Deodoro da Fonseca e de Floriano Peixoto não tardariam em demonstrar o equívoco da fala.¹⁴⁰ Ao menos aos opositores.

Pedro Aleixo se tornaria Vice-Presidente da República no governo do general Costa e Silva, que restringiu sobremaneira as imunidades formais com o AI nº 5 e outras normas do regime de exceção.

¹³⁵ ALEIXO, Pedro. Imunidades parlamentares. Belo Horizonte, Minas Gerais: Ed. UFMG, *Revista Brasileira de Estudos Sociais e Políticos*, nº 18, 1961, p. 54-55.

¹³⁶ ALEIXO, Pedro. Imunidades parlamentares. Belo Horizonte, Minas Gerais: Ed. UFMG, *Revista Brasileira de Estudos Sociais e Políticos*, nº 18, 1961, p. 63-64.

¹³⁷ ALEIXO, Pedro. Imunidades parlamentares. Belo Horizonte, Minas Gerais: Ed. UFMG, *Revista Brasileira de Estudos Sociais e Políticos*, nº 18, 1961, p. 63.

¹³⁸ KURANAKA, Jorge. *Imunidades parlamentares*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 191.

¹³⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda à Constituição 518/97*, Autor Ibrahim Abi-ackel e outros, apresentada em: 09/09/1997. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14801>>. Acesso em 22 fev. de 2019.

¹⁴⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda à Constituição 518/97*, Autor Ibrahim Abi-ackel e outros, apresentada em: 09/09/1997. Disponível em: <

De forma semelhante, mas em momento completamente diverso do país, Flávia Piovesan e outros juristas se colocam contra as imunidades formais por não subsistir contemporaneamente o risco de ingerências indevidas no Poder Legislativo pela existência de um Poder Judiciário “autônomo e independente”.¹⁴¹

Conforme aponta Eneida Desiree Salgado, após mais de três décadas de vigência da Constituição,¹⁴² era isso que se esperava: “contava-se com o Poder Judiciário para cumprir a Constituição e fazer cumprir a Constituição, impondo aos demais poderes o que a decisão constituinte determinava”.¹⁴³ O que não se esperava, mas que segundo a autora vem ocorrendo, é que esse poder decidisse e atuasse “na desconsideração da Constituição, do desprezo às cláusulas pétreas, na assunção de um discurso moralista que despreza direitos políticos, prerrogativas parlamentares e a separação de poderes”.¹⁴⁴

Não se imaginava que um magistrado divulgaria “conversa telefônica envolvendo a Presidenta da República interceptada após a determinação da interrupção da escuta em processo que tinha outro objeto, (que) apesar de claramente desafiar o ordenamento jurídico, era moralmente desejado”,¹⁴⁵ em desrespeito ao dever de imparcialidade inerente à atividade judicante.¹⁴⁶ Tampouco se esperava que o Poder Judiciário, mais especificamente o STF, decidisse como decidiu nas Ações Cautelares nº 4039 e nº 4070, tomando-se “o lugar da Constituição, do ordenamento jurídico, da vontade popular”,¹⁴⁷ cuja análise se dará no próximo capítulo.

De igual forma, aplica-se a lógica ao Ministério Público. Não se esperava que membros de uma instituição concebida para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, CRFB) apoiassem de forma

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14801>>. Acesso em 22 fev. de 2019.

¹⁴¹ PIOVESAN, Flávia. Artigo Prerrogativa ou privilégio? *Folha de S. Paulo*, 04 jul. 2001. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0407200110.htm>>. Acesso em 18 fev. de 2019.

¹⁴² Em 2018, a Constituição, promulgada em 1988, fez 30 anos de vigência.

¹⁴³ SALGADO, Eneida Desiree. Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, nº 117, jul./dez. 2018, p. 202.

¹⁴⁴ SALGADO, Eneida Desiree. Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, nº 117, jul./dez. 2018, p. 202..

¹⁴⁵ SALGADO, Eneida Desiree. Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, nº 117, jul./dez. 2018, p. 206.

¹⁴⁶ Cabe destacar que o Portal *The Intercept Brasil*, desde junho de 2019, tem publicado mensagens que colocam em dúvida a imparcialidade dos membros envolvidos na Operação Lava Jato, em especial do então magistrado Sérgio Moro.

¹⁴⁷ SALGADO, Eneida Desiree. Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, nº 117, jul./dez. 2018, p. 206.

pública projetos inconstitucionais de cerceamento das liberdades, como o Escola sem Partido¹⁴⁸ e as Dez Medidas Contra a Corrupção,¹⁴⁹ ou atuassem politicamente às vésperas das eleições com pedidos de prisão preventiva a determinados candidatos por desejar vê-los fora da arena política.¹⁵⁰

Ainda, por interpretação do Supremo Tribunal Federal, no julgamento de uma questão de ordem na Ação Penal nº 937, a despeito do que afirma o texto constitucional, o foro por prerrogativa de função foi restringido aos deputados federais e senadores tão-somente “aos crimes praticados no cargo e em razão dele”.¹⁵¹ Caso o crime comum cometido não tenha sido praticado em razão do cargo, são os juízes de primeira instância que tomarão às rédeas do processo criminal, em um desequilíbrio não autorizado constitucionalmente no sistema de freios e contrapesos.

Assim, em um país no qual a democracia sempre esteve, conforme aponta Eneida Desiree Salgado, entre velhos e novos inimigos,¹⁵² não é possível que se afirme estar o Poder Legislativo livre de quaisquer ingerências. Se se mostra livre da ingerência daquele poder que “legitimamente” o fechava; não se tem mostrado livre a um poder a que a Constituição delineou outro papel.¹⁵³

Por evidente, uma das condições fundamentais da democracia representativa é um Parlamento composto pelo voto popular que seja livre para tomar decisões na esfera democrática, respeitadas a pluralidade de ideias e as limitações constitucionais. As recentes intromissões do Poder Judiciário na esfera legislativa fazem acertada a constatação de Renan Guedes Sobreira, apesar de relativa à imunidade material, de que da origem monárquica do instituto à democracia “esses riscos se alteraram, mas persistem”.¹⁵⁴

¹⁴⁸ LEORATTI, Alexandre. Notícia Mais de 110 membros do MP defendem constitucionalidade da Escola sem Partido. *Jota*, 09 nov. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/justica/estudantes-professores-militantes-mp-09112018>>. Acesso em 24 fev. de 2019.

¹⁴⁹ Sobre isso, ver: SOBREIRA, Renan Guedes; DE VARGAS, Tuany Baron. Improbidade e novos inimigos: o Direito Administrativo frente à 5ª Medida Contra a Corrupção. In: LIBÓRIO, Daniela; GUIMARÃES, Edgar; GABARDO, Emerson (coord.). Eficiência e ética no Direito Administrativo. 1. ed. Curitiba: Íthala, 2017, p. 179-197; FACHIN, Melina Girardi. Uma medida de constitucionalidade nas 10 medidas contra corrupção. *Empório do Direito*, 27 ago. 2016. Disponível em: <<https://emporiiodireito.com.br/leitura/uma-medida-de-constitucionalidade-nas-10-medidas-contracorrupcao>>. Acesso em 10 nov. de 2019.

¹⁵⁰ TEIXEIRA, Matheus. Notícia Gilmar diz que há abusos em decisões contra candidatos em época de eleição. *Jota*, 12 set. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/eleicoes-2018/gilmar-abusos-decisoes-candidatos-eleicao-12092018>>. Acesso em 24 fev. de 2019.

¹⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP 937 QO/RJ, Relator Min. Roberto Barroso, Revisor Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em: 03/05/2018, DJE: 11/12/2018, p. 1.

¹⁵² SALGADO, Eneida Desiree. Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, nº 117, jul./dez. 2018.

¹⁵³ SALGADO, Eneida Desiree. Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, nº 117, jul./dez. 2018.

¹⁵⁴ Tradução livre de “los riesgos han cambiado, pero persisten” (SOBREIRA, Renan Guedes. *Inviolabilidad de opinión parlamentaria en España*. Curitiba: Editora Íthala, 2019, p. 113). Para o autor, isso porque, de acordo com

Por essas razões, há de se ter cautela ao caracterizar as imunidades formais como privilégios a serem eliminados, ainda que seja esse o “clamor popular” da vez. Sem dúvida, há a necessidade de melhor observância do Código de Ética e Decoro Parlamentar por parte das Casas legislativas, a fim de que possam, de forma interna, coibir o abuso de seus membros.¹⁵⁵ E, nesse caso, a Constituição determina que o abuso das prerrogativas asseguradas aos membros do Congresso Nacional pode se configurar como incompatível com o decoro parlamentar capaz de ensejar à perda do mandato por decisão por voto aberto (a partir da EC nº 76/2013) de maioria absoluta da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, mediante provocação da Mesa ou de partido representado no Congresso Nacional, assegurada a ampla defesa (art. 55, II, §§ 1º, 2º, CRFB).

Em igual medida, não devem ser tidas como absurdas eventuais Propostas de Emenda à Constituição que venham a modificar as imunidades formais, reduzindo-se mais o seu alcance, desde que atentem aos fatos acima expostos. Por meio da aprovação delas, seria possível, por exemplo, aumentar o *quórum* necessário para a sustação de processo criminal contra o parlamentar e para o relaxamento da prisão em flagrante de crime inafiançável ou estabelecer, por decisão da Casa legislativa, a suspensão temporária do parlamentar sujeito à processo criminal de suas funções legislativas, como o fazem alguns países da América do Sul, como Argentina, Paraguai, Uruguai, Chile.¹⁵⁶

De forma mais polêmica, alguns autores defendem que se permita a renúncia da imunidade formal ao parlamentar que assim queira. A controvérsia decorre do fato de que, conforme sustentou Pontes de Miranda, a imunidade formal, por ser do parlamentar e da Câmara, é irrenunciável.¹⁵⁷ Nesse sentido, o STF assentou, em 1991, que a imunidade não é

o pensamento de Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, “las fuerzas políticas en la democracia son hábiles en utilizar las querellas judiciales para alcanzar fines políticos, lo que puede dirigirse a perturbar la actividad del parlamentario” (SOBREIRA, Renan Guedes. *Inviolabilidad de opinión parlamentaria en España*. Curitiba: Editora Íthala, 2019, p. 113).

¹⁵⁵ KRIEGER, Jorge Roberto. *Imunidade Parlamentar: histórico e evolução do instituto no Brasil*. Santa Catarina: Letras Contemporâneas, Oficina Editora Ltda., Coleção Alicerce Jurídico, vol. 1, 2004, p. 114. Nesse sentido, Renan Guedes Sobreira destaca o entendimento do Tribunal Constitucional Espanhol de que “la Cámaras parlamentarias deben ejercer el poder disciplinario en atención a los principios generales del Derecho, como la proporcionalidad y la legalidad, así como la motivación de los actos administrativos, lo que no podría ser diferente, una vez que todos los poderes y órganos constitucionales están sometidos al Estado de Derecho enunciado en el preámbulo y en artículo 1 de la Constitución de 1978” (SOBREIRA, Renan Guedes. *Inviolabilidad de opinión parlamentaria en España*. Curitiba: Editora Íthala, 2019, p. 97-98). Fugindo ao senso comum, Jorge Kuranaka faz menção a um estudo da antropóloga Carla Costa Teixeira que verificou que o Legislativo possuía uma “grande agilidade para punir, mas era muito lento para mudar as regras que, no final, permitem a corrupção e a prática dos autos enquadráveis em quebra de decoro parlamentar” ao analisar os processos de cassação dos deputados federais por quebra do decoro desde 1993 (KURANAKA, Jorge. *Imunidades parlamentares*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 164).

¹⁵⁶ KURANAKA, Jorge. *Imunidades parlamentares*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 100-101.

¹⁵⁷ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, vol. 2, 1953, p. 248.

uma prerrogativa de ordem subjetiva do parlamentar, mas “de caráter institucional, inerente ao Poder Legislativo, que só é conferida ao parlamentar *ratione muneris*, em função do cargo e do mandato que exerce”.¹⁵⁸ Por isso, não teria o congressista, por si só, a faculdade de renunciar à prerrogativa.¹⁵⁹

Apesar de reconhecer esse aspecto de ordem pública e de irrenunciabilidade do instituto, Jorge Kuranaka defende que se possa permitir a renúncia da imunidade formal ao parlamentar, pois “a proteção formal vai se revelando não apenas desnecessária, mas demasiada e ensejadora de abusos e impunidades”.¹⁶⁰ Com isso, romperia-se com a ideia de prerrogativa relacionada à defesa do Parlamento, porquanto passa a ser direito subjetivo do parlamentar.

Inobstante a essas discussões, é imprescindível que todas as eventuais alterações que sejam feitas no instituto passem pelo rito próprio das Propostas de Emenda à Constituição (art. 60, CRFB) com, de preferência, amplo debate público a respeito do assunto.

Dáí tem-se um ponto tão elementar quanto importante: as imunidades formais, mesmo com as críticas a elas dirigidas, estão previstas na Constituição – localizada, como norma jurídica, no cume da pirâmide normativa, ainda que, conforme aponta Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento, o direito contemporâneo seja concebido “em termos mais pluralistas e horizontais, verificando-se a crescente interação entre diferentes sistemas jurídicos”.¹⁶¹ E, segundo essa, só podem as imunidades serem suspensas no estado de sítio, momento de legalidade excepcional, e na forma prevista na Constituição (art. 53, § 8º, CRFB).

A interpretação da Constituição não tem de ser literal, nem deve ignorar o bloco de constitucionalidade formado pelas normas internacionais de direitos humanos, mas não pode, a pretexto de interpretá-la, reescrevê-la. A permanência da supremacia constitucional implica no respeito à Constituição nas decisões judiciais – seja em casos concretos, seja em discussões abstratas de constitucionalidade.

Ao assumir um pré-compromisso semelhante à da história grega de Ulisses, de se amarrar ao mastro do navio para não sucumbir ao canto das sereias,¹⁶² novos desafios abroham

¹⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inq 510/DF*, Relator Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em: 01/02/1991, DJ: 19/04/1991, p. 1 (86). Sobre a finalidade das prerrogativas parlamentares, em específico da imunidade material, ver: SOBREIRA, Renan Guedes. *Inviolabilidad de opinión parlamentaria en España*. Curitiba: Editora Íthala, 2019, p. 49-53.

¹⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inq 510/DF*, Relator Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em: 01/02/1991, DJ: 19/04/1991, p. 1 (86).

¹⁶⁰ KURANAKA, Jorge. *Imunidades parlamentares*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 179-180, p. 187-190.

¹⁶¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 23.

¹⁶² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 25. Sobre o tema, ver: STRECK, Lenio Luiz. Ulisses

à teoria constitucional, como nos casos em que, à primeira vista, há a necessidade de aplicação das medidas cautelares previstas no CPP para a garantia da efetividade do processo penal. Da aplicação dessas medidas, o segundo capítulo deste trabalho promoverá um estudo acerca da(s) leitura(s) que o Supremo Tribunal Federal fez e faz das imunidades formais.

2. APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES DE PRISÃO E DE SUSPENSÃO DO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO PÚBLICA AOS PARLAMENTARES: LEITURA(S) DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

2.1. A vedação constitucional à aplicação das medidas cautelares aos parlamentares em face das imunidades formais

Pela dicção legal, a aplicação das medidas cautelares de prisão e das medidas diversas da prisão, como a de suspensão do exercício da função pública, pode ocorrer no transcurso do processo penal, incluída a fase recursal, ou de forma prévia a ele, nas investigações preliminares, por decisão fundamentada do magistrado. Por esse motivo, tais medidas se diferem da execução definitiva da pena pelo condenado, iniciada após a expedição de guia de recolhimento, ou guia de execução, após o término do processo com o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (artigos 105 e 106, LEP).¹⁶³

Dessa forma, este trabalho se restringe à análise da aplicação das medidas cautelares dispostas nos artigos 312, 319 e 320 do CPP aos parlamentares – em especial quanto à prisão (art. 312, CPP) e à suspensão do exercício da função pública (art. 319, IV, CPP).

Não se versa sobre os entendimentos da literatura e do STF quanto aos efeitos incidentes ao mandato eletivo por sentença criminal transitada em julgado (art. 55, VI, CRFB),¹⁶⁴ por perda ou suspensão, enquanto durarem os efeitos da condenação criminal, dos direitos políticos (artigos 15, III, e 55, IV, CRFB), e por possível execução definitiva da pena privativa de liberdade (art. 92, I, CP).¹⁶⁵

¹⁶³ André Ribeiro Giamberardino esclarece que para a expedição de guia de recolhimento pelo juízo da condenação, o pressuposto é “a existência do respectivo título executivo com trânsito em julgado” (GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Comentários à Lei de Execução Penal*. Belo Horizonte: CEI, 2018, p. 151).

¹⁶⁴ As Turmas do Supremo Tribunal Federal oscilam entre teses antagônicas quanto aos efeitos de condenação criminal transitada em julgado, que ora preveem a perda automática do mandato parlamentar, ora preveem a necessidade de deliberação da Mesa da Casa legislativa. Na Ação Penal nº 694, julgada em maio de 2017, a Primeira Turma do STF decidiu, nos termos do voto do Ministro Roberto Barroso, que, em regra, é necessária a deliberação da Casa. Porém, caso a condenação impuser o cumprimento da pena em regime fechado que impossibilite o cumprimento da fração mínima de 1/6 da pena que autorize o condenado a obter o benefício de trabalho externo antes de se ausentar a 1/3 das sessões ordinárias da Casa a que pertencer – hipótese de perda automática do mandato (art. 55, III, CRFB) – a perda do mandato deve apenas declarada pela Mesa (art. 55, III e § 3º, CRFB) (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AP 694/MT*, Relator Min. Rosa Weber, Revisor Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em: 02/05/2017, DJE: 31/08/2018). Contudo, na Ação Penal nº 996, julgada em maio de 2018, a Segunda Turma do STF, por divergência aberta pelo Ministro Dias Toffoli, não acolheu esse entendimento. Consignou-se não ser automática a perda do mandato parlamentar em razão de condenação criminal, cumprindo oficial-se à Mesa Diretora da Casa para que delibere a respeito (art. 55, VI e § 2º, da CRFB) (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AP 996/DF*, Relator Min. Edson Fachin, Revisor Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em: 29/05/2018, DJE: 08/02/2019).

¹⁶⁵ Faz-se tal restrição porque o STF já se manifestou no sentido de que “a garantia jurídico-institucional da imunidade parlamentar formal não obsta, observado o *due process of law*, a execução de penas privativas de

Tampouco se discute a inconstitucional aplicação que se possa dar a uma eventual execução “antecipada” da pena pelos parlamentares, nos casos em que, julgados sem o foro por prerrogativa de função,¹⁶⁶ profere-se acórdão penal condenatório em grau de apelação. Mesmo não se tratando de medida cautelar, não há como transpor os efeitos incidentes aos parlamentares por sentença criminal transitada em julgado (art. 55, VI, CRFB) por um acórdão criminal pendente de recurso que, desde logo, possa vir a ser “antecipadamente” executada.

A possibilidade de execução “antecipada” da pena foi admitida pelo Plenário do STF no período de fevereiro de 2016, com o julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292,¹⁶⁷ a novembro de 2019, quando o Tribunal exarou entendimento diverso em julgamento definitivo das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, nº 44 e nº 54.¹⁶⁸

O *Habeas Corpus* nº 126.292 havia alterado o entendimento firmado pelo STF em 2009 de que é inconstitucional a execução da pena antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.¹⁶⁹ Para Daniel Wunder Hachem, a decisão se baseou em frágeis argumentos jurídicos e relativizou “texto expresso da Constituição em matéria de direitos fundamentais para restringir a esfera jurídica do cidadão”, incorrendo em “uma grave ameaça ao Estado Democrático”.¹⁷⁰ No artigo, o jurista promove uma distinção entre sofrer execução da pena, a que a Constituição exige que a pessoa seja considerada culpada por sentença condenatória irrecorrível, e sofrer uma medida cautelar, como a prisão cautelar (temporária ou preventiva) que “se destina a outras finalidades descritas no Código de Processo Penal (como garantir a instrução do processo, por exemplo)”.¹⁷¹

liberdade definitivamente impostas ao membro do Congresso Nacional”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inq 510/DF*, Relator Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em: 01/02/1991, DJ: 19/04/1991, p. 2 (87)).

¹⁶⁶ Conforme exposto no item 1.3 do capítulo 1, por interpretação do Supremo Tribunal Federal, no julgamento de uma questão de ordem na Ação Penal nº 937, a despeito do que afirma o texto constitucional, o foro por prerrogativa de função, ou aforamento, foi restringido aos deputados federais e senadores tão-somente “aos crimes praticados no cargo e em razão dele” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AP 937 QO/RJ*, Relator Min. Roberto Barroso, Revisor Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em: 03/05/2018, DJE: 11/12/2018, p. 1).

¹⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 126.292/DF*, Relator Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em: 17/02/2016, DJE: 17/05/2016. Conforme aponta André Ribeiro Giamberardino, é importante não confundir a expressão “execução provisória da pena” que esse julgado utiliza com a figura da execução provisória *pro reo* quando pendente recurso da acusação – pois são “duas discussões diferentes e com objetivos distintos” (GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Comentários à Lei de Execução Penal*. Belo Horizonte: CEI, 2018, p. 153).

¹⁶⁸ Supremo Tribunal Federal. Notícia STF decide que cumprimento da pena deve começar após esgotamento de recursos por Imprensa em 07 nov. 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=429359&ori=1>>. Acesso em 10 nov. 2019.

¹⁶⁹ O entendimento firmado pelo STF, a partir de fevereiro de 2009, era de que a execução “antecipada” da pena é inconstitucional por violar o princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CRFB) e o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB) (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 84.078/MG*, Relator Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em: 05/02/2009, DJE: 26/02/2010).

¹⁷⁰ HACHEM, Daniel Wunder. Sepultamento da presunção de inocência pelo STF (e os funerais do Estado Democrático de Direito). *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, nº 86, fev. 2016.

¹⁷¹ HACHEM, Daniel Wunder. Sepultamento da presunção de inocência pelo STF (e os funerais do Estado Democrático de Direito). *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, nº 86, fev. 2016.

As medidas cautelares penais pessoais não atestam a culpa do acusado, mas “buscam garantir o normal desenvolvimento do processo e, como consequência, a eficaz aplicação do poder de punir”, nas palavras de Aury Lopes Jr.¹⁷² Diversas da execução da pena, buscam garantir a efetividade do processo penal, mesmo que não se possa considerar o réu culpado, pois, pelo princípio da presunção de inocência, não há sentença penal condenatória transitada em julgado (art. 5º, LVII, CRFB). Esse princípio também é aludido no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, o qual afirma que toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa (art. 14.2, PIDCP), e na Convenção Americana de Direitos Humanos, que prevê aos acusados o direito a que se presuma sua inocência enquanto não comprovada legalmente sua culpa (art. 8.2, CADH).

Por isso mesmo, esse jurista identifica uma “difícil coexistência” entre as medidas cautelares e o princípio da presunção de inocência.¹⁷³ Às cautelares, o princípio implica uma dimensão interna – que dê ao acusador “a carga de prova inteiramente” e que trate o acusado como inocente – e uma dimensão externa, que “exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu”.¹⁷⁴ Também se impede a aplicação de cautelar mais gravosa do que a sanção a ser (eventualmente) cominada ao final do processo (art. 283, § 1º, CPP)¹⁷⁵ e, para parte da doutrina, inadmite-a quando os crimes imputados admitirem transação penal e quando seja aceita a suspensão condicional do processo.¹⁷⁶

O preso provisório, ou seja, o mantido em custódia por prisão cautelar, deve ficar separado do preso condenado (art. 84, *caput*, LEP) e, ainda, ser separado, segundo André Ribeiro Giamberardino, por “classificação pretensamente científica e objetiva da lei” (art. 84, §§ 1º, 4º, LEP).¹⁷⁷ Determinados sujeitos elencados em lei ficarão em prisão especial (art. 295,

¹⁷² LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 24. Para o autor, não há um processo cautelar, mas medidas cautelares, porque essas são medidas incidentais que podem ser tomadas em qualquer fase do processo, mesmo na pré-processual (LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 27). De natureza diversa, as medidas cautelares podem ainda ser patrimoniais, ou seja, de caráter assecuratório, como as medidas “à restituição de bens, ao arresto, ao sequestro e à instituição de hipoteca legal”, ou probatórias, quando se tratar de quebra de inviolabilidades pessoais, em “interceptações e busca e apreensão”, por exemplo (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 17. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014, p. 496).

¹⁷³ LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 19-24. Para o autor, para que coexistam, nesse sistema, as medidas cautelares, devem ser observados os princípios (estruturantes) de: “jurisdicionalidade e motivação, contraditório quando possível, excepcionalidade (prisão cautelar como *ultima ratio*), proporcionalidade, provisoriedade (tempo) e provisionalidade (situação)” (LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 22).

¹⁷⁴ LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 20.

¹⁷⁵ LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 47.

¹⁷⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 17. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014, p. 495.

¹⁷⁷ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Comentários à Lei de Execução Penal*. Belo Horizonte: CEI, 2018, p. 139-140. Tal previsão legal, contudo, é diuturnamente descumprida (GIAMBERARDINO, André Ribeiro.

CP; art. 7º, V, Lei nº 8.906/94). Ao preso provisório se aplica a Lei de Execução Penal (art. 2º, § único, LEP) no que for cabível, pois apesar de possuir os mesmos direitos e deveres dos demais presos, sendo passível de sofrer sanções administrativas, veda-se a “projeção de consequências para o (eventual) futuro processo judicial de execução”.¹⁷⁸

Aury Lopes Jr. compreende, por seguir doutrina diversa da teoria geral do processo para o processo penal, o *fumus comissi delicti* como requisito das prisões cautelares e o *periculum libertatis* como o seu fundamento.¹⁷⁹ Ambas devem estar presentes concomitantemente para a manutenção da prisão.¹⁸⁰

O *fumus comissi delicti* consiste na “probabilidade de ocorrência do delito” através da “prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria”.¹⁸¹ Desde o Império, conforme aponta Marco Aurélio Nunes da Silveira em referência à Antonio Acir Breda, esses requisitos têm sido utilizado para o “preenchimento dos requisitos fático-normativos das prisões processuais” – sendo adotado como condição genérica à admissibilidade da acusação (art. 195, II, III, CPP) a partir da decretação do CPP em 1941.¹⁸²

Por sua vez, o *periculum libertatis* “assume o caráter de perigo ao normal desenvolvimento do processo (perigo de fuga, destruição de prova) em virtude do estado de liberdade do sujeito passivo”.¹⁸³ Dessa forma, a decretação de medida cautelar deve ter como fundamento uma conduta atual do acusado que leve ou à frustração da punição ou à frustração ao processo.¹⁸⁴

Conforme visto no item 1.1 do capítulo 1, a prisão em flagrante não é, propriamente uma medida cautelar – mas uma “medida pré-cautelar processual”¹⁸⁵ que é excepcionalmente autorizada quando alguém se encontra em flagrante delito (art. 302, CPP). Em caso de crime

Comentários à Lei de Execução Penal. Belo Horizonte: CEI, 2018, p. 140; LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 84).

¹⁷⁸ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Comentários à Lei de Execução Penal*. Belo Horizonte: CEI, 2018, p. 34-35.

¹⁷⁹ LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 24-27.

¹⁸⁰ LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 35.

¹⁸¹ LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 25.

¹⁸² SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. *As condições da ação no direito processual penal: sobre a inadequação das condições da ação processual civil ao juízo de admissibilidade da acusação*. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 194. Pela proposta do autor, elaborada com base nos aportes teóricos desenvolvidos por Fernando N. Bittencourt Fowler, por Antonio Acir Breda e por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, “são condições genéricas (isto é, que se aplicam a todos os casos) da ação penal em sentido estrito: a) tipicidade aparente (então prevista no art. 43, I, do Código de Processo Penal); b) punibilidade concreta (art. 43, II, do Código de Processo Penal); c) legitimidade da parte (art. 43, III, 1ª parte, do Código de Processo Penal); d) justa causa (art. 43, III, 2ª parte, c/c art. 18, ambos do Código de Processo Penal)” (SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. *As condições da ação no direito processual penal: sobre a inadequação das condições da ação processual civil ao juízo de admissibilidade da acusação*. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 175).

¹⁸³ LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 26.

¹⁸⁴ LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 26, p. 35.

¹⁸⁵ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 601.

permanente – cuja “consumação se prolonga no tempo” – considera-se que há flagrância “enquanto durar a permanência” (art. 302, I, CPP).¹⁸⁶

Nesses casos de “*fumus comissi delicti* patente e inequívoco” há uma obrigatoriedade ao Poder Público e uma faculdade aos particulares de deter o indivíduo (art. 301, CPP).¹⁸⁷ É pré-cautelar porque, em até vinte e quatro horas após a prisão, o Auto de Prisão em Flagrante, lavrado nos termos do artigo 304 do CPP, deverá ser encaminhado ao juiz competente (art. 306, CPP) para que esse “adote ou não uma verdadeira medida cautelar”.¹⁸⁸

O juiz poderá relaxar a prisão, se ilegal,¹⁸⁹ convertê-la em preventiva, presentes os requisitos e inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão, ou conceder liberdade provisória, com ou sem fiança – em decisão escrita e fundamentada (art. 5º, LXV, LXVI, CRFB; art. 310, CPP).¹⁹⁰ Para Aury Lopes Jr., essa decisão deve ocorrer no momento da Audiência de Custódia – que, em razão do disposto no art. 7.5 da CADH – urge em se tornar obrigatória (a toda prisão, detenção ou retenção, inclusive).¹⁹¹ Em sua visão, apesar de os Tribunais aceitarem a conversão de ofício da prisão provisória em prisão preventiva, em um processo acusatório essa apenas poderia ocorrer por pedido do Ministério Público ou da autoridade policial.¹⁹² No sistema em que foi inicialmente albergada em 1941, a prisão em flagrante consistia em razão automática para a manutenção da prisão do acusado durante o processo criminal; o que não pode mais subsistir.¹⁹³

Como explanado no item 1.1 do capítulo 1, a única exceção à proibição de prisão do congressista se dá em flagrante de crime inafiançável (art. 53, § 2º, CRFB), que também necessita de análise judicial, com posterior controle da Casa legislativa. Essa exceção foi objeto

¹⁸⁶ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 61.

¹⁸⁷ LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 26, p. 49-50.

¹⁸⁸ LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 26, p. 50. No caso da infração supostamente cometida ter pena privativa de liberdade inferior a quatro anos, quando o acusado, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança (art. 69, § único, Lei nº 9.099/1995).

¹⁸⁹ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 935-936. Há grande arcabouço doutrinário sobre a ilegalidade dos flagrantes forjado, provocado, preparado, esperado e sobre a extensão do protelado ou diferido (artigos 8º e 9º, Lei nº 12.850/2013). Sobre isso, ver: LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 63-67.

¹⁹⁰ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 935-936; LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 70-72.

¹⁹¹ LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 74-80, p. 82-84.

¹⁹² LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 26, p. 53, p. 80-81, p. 92-93.

¹⁹³ LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de Processo Penal comentado*. 3. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 833.

de uma subsunção inconstitucional do STF à norma na Ação Cautelar nº 4039 – subvertendo-a em prisão preventiva – conforme será visto no item 2.3 do capítulo 2.¹⁹⁴

Por sua vez, as prisões cautelares propriamente ditas se dividem em temporária e preventiva. A prisão temporária foi instituída pela Lei nº 7.960/1989, fruto da conversão da Medida Provisória nº 111/1989 (prévia à instituição do § 1º do art. 62 da CRFB pela EC nº 32/2001). Seu cabimento se restringe à fase de investigações preliminares, quando não há processo penal, e o inquérito policial, não sendo outro tipo de investigação preliminar, não foi encerrado.¹⁹⁵ Apesar de ter sido criada para possibilitar o desenrolar de investigações complexas de determinadas infrações graves, descritas na lei,¹⁹⁶ na visão de Aury Lopes Jr. essa é fruto da pressão da polícia pela impossibilidade gradual, a partir da promulgação da Constituição, em 1988, de prisão para averiguação e de prisão para identificação de suspeitos.¹⁹⁷

Como *fumus comissi delicti*, exige-se que haja fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado em quinze crimes elencados taxativamente na Lei nº 7.960/89 (art. 1º, III, Lei nº 7.960/89).¹⁹⁸ O *periculum libertatis* decorre da imprescindibilidade da prisão para as investigações do inquérito policial (art. 1º, I, Lei nº 7.960/89) – cujo fundamento é objeto de inúmeras controvérsias jurídicas.¹⁹⁹

Essa prisão pode ser decretada pelo juiz em vinte e quatro horas após a representação da autoridade policial, depois de ouvido o Ministério Público, ou após o requerimento da Promotoria (art. 2º, *caput* e § 2º, Lei nº 7.960/89).

A prisão temporária “é a única prisão cautelar cujo prazo máximo está previsto na lei”.²⁰⁰ Em regra é de 5 dias, prorrogáveis por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade (art. 2º, *caput*, Lei nº 7.960/89), sendo para crimes hediondos de 30 dias, também

¹⁹⁴ SALGADO, Eneida Desiree. Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, nº 117, jul./dez. 2018, p. 208-209.

¹⁹⁵ LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 179; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 17. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014, p. 499.

¹⁹⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 17. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014, p. 544, p. 549.

¹⁹⁷ LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 174. Na literatura, discute-se fartamente sobre a inconstitucionalidade da prisão temporária, por vícios formais e materiais da Lei nº 7.960/89, com a pendência, inclusive, de julgamento da ADI nº 4109, de Relatoria da Ministra Cármen Lúcia, no STF.

¹⁹⁸ LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 178.

¹⁹⁹ LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 180. Para o autor, é inconstitucional e ilegal que daí decorra uma prisão por falta de colaboração do imputado ou para a disponibilização de seu corpo para a produção de provas, pois “o suspeito também está protegido pela presunção de inocência e, principalmente, pelo *nemo tenetur se detegere*, ou seja, não está ele obrigado a praticar nenhum ato de prova que lhe possa prejudicar” (LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 180-181).

²⁰⁰ LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 176.

prorrogáveis uma vez (art. 2º, § 4º, Lei nº 8.072/90).²⁰¹ Decorrido esse prazo, a prisão passa a ser ilegal, podendo, contudo, o juiz dar lugar a uma prisão preventiva.²⁰²

A prisão preventiva é ainda mais repleta de incertezas. É cabível aos crimes dolosos previstos no artigo 313 do CPP ou aos demais crimes dolosos pelo descumprimento das medidas cautelares impostas (art. 312, § único, CPP), na fase de investigações preliminares, no curso do processo e até mesmo na fase recursal (art. 312, *caput*, CPP).²⁰³ Caso seja decretada pelo descumprimento de medida cautelar, denomina-se prisão preventiva substitutiva de medida cautelar; caso seja decretada com base no *caput* do artigo 313 do Código de Processo penal, é prisão preventiva autônoma.²⁰⁴

No curso do processo a decretação pode se dar pelo juiz ou pelo Tribunal de ofício; nas investigações preliminares por requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente ou por representação da autoridade policial (art. 311, CPP).²⁰⁵

Nesse caso, o *fumus comissi delicti* advém da “prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria” (art. 312, *caput*, CPP) em grau de probabilidade, ou seja, para além da mera possibilidade, ante a gravidade da medida.²⁰⁶ E o *periculum libertatis* da necessidade de garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal (art. 312, *caput*, CPP) - situações amplas e genéricas, cujas interpretações que, por vezes, são tidas como inconstitucionais na literatura especializada.²⁰⁷

A prisão preventiva não tem um prazo definido de duração, pois, conforme explica Aury Lopes Jr., mantém-se “até a revogação, substituição (por medidas cautelares diversas da prisão) ou trânsito em julgado da sentença, quando, se condenatória, dará lugar à execução da pena”.²⁰⁸

Relevante anotar que caso haja condenação de alguém “que já se encontra preso cautelarmente” André Ribeiro Giamberardino defende ser possível, tendo em vista as Súmulas

²⁰¹ LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 176.

²⁰² LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 176.

²⁰³ LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 91, p. 103-113.

²⁰⁴ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 926.

²⁰⁵ Sobre o tema, ver: LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 26, p. 53, p. 80-81, p. 92-93. Paulo Rangel afirma que o texto legal apenas permite a decretação de prisão preventiva de ofício pelo juiz durante o processo, não nas investigações preliminares (RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 834). Ainda, para Eugênio Pacelli de Oliveira a legislação permite que a decretação se dê pelo juiz, no curso do processo, e pelo Tribunal, na fase recursal (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 17. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014, p. 500).

²⁰⁶ Sobre isso, ver: LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 93-97.

²⁰⁷ Sobre isso, ver: LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 113-131.

²⁰⁸ LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 132.

nº 716 e nº 717 do STF, a “execução provisória *pro reo* quando pendente recurso da acusação”.²⁰⁹ Cumpridos os requisitos, expede-se a guia de recolhimento provisório que “se sobrepuja e torna sem efeito a prisão cautelar”.²¹⁰ Com isso, “caso seja possível a manutenção de regime aberto ou semiaberto, mesmo com a nova unificação (das penas), esta não poderá ser obstada por prisão cautelar em processo que já se encontra em fase de execução”.²¹¹ Para isso, é necessário que haja “prisão cautelar nos autos da nova condenação”, constituindo-se ilegal a execução provisória de preso recluso por cumprimento de pena por outras condenações.²¹²

Por sua vez, as medidas cautelares diversas da prisão tiveram origem das propostas de reformas do Código de Processo Penal feitas pela Comissão Grinover, constituída pelo Ministério da Justiça pela Portaria nº 61, de 20/01/2000.²¹³ Dela, foi encaminhada a proposta de alteração das medidas cautelares pessoais – inclusive das prisões cautelares – por meio do Projeto de Lei nº 4.208, na Câmara dos Deputados. Aprovada, converteu-se no Projeto de Lei da Câmara nº 111, de 2008 e, após a sua aprovação do Senado, foi promulgada como Lei nº 12.403/2011,²¹⁴ entrando em vigor no dia 4 de julho de 2011, sessenta dias após a sua publicação.²¹⁵

Com a promulgação da Lei nº 12.403/2011, o artigo 319 (com os seus nove incisos) e o artigo 320 passaram a elencar medidas cautelares diversas da prisão – dando-se ao juiz um “modelo polimorfo” para além da prisão cautelar ou da liberdade provisória.²¹⁶ Como o princípio estruturante da legalidade específica, para Eneida Desiree Salgado, alcança os ramos do Direito “relacionados intimamente com o núcleo essencial dos direitos fundamentais”,²¹⁷

²⁰⁹ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Comentários à Lei de Execução Penal*. Belo Horizonte: CEI, 2018, p. 151. Isso não se confunde com a execução “antecipada” da pena, que vem sendo admitida pelo Plenário do STF desde o julgamento, em fevereiro de 2016, do Habeas Corpus nº 126.292 – pois são “duas discussões diferentes e com objetivos distintos” (GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Comentários à Lei de Execução Penal*. Belo Horizonte: CEI, 2018, p. 153).

²¹⁰ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Comentários à Lei de Execução Penal*. Belo Horizonte: CEI, 2018, p. 152.

²¹¹ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Comentários à Lei de Execução Penal*. Belo Horizonte: CEI, 2018, p. 152.

²¹² GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Comentários à Lei de Execução Penal*. Belo Horizonte: CEI, 2018, p. 152. Para o autor, “a unificação da pena nesses casos o prejudicará, pois pode ensejar regressão de regime e alterar os cálculos das frações para os direitos de execução penal” (GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Comentários à Lei de Execução Penal*. Belo Horizonte: CEI, 2018, p. 152). Caso seja feita essa execução provisória, discute-se se a impetração de *habeas corpus* seria a via adequada para ceifar a ilegalidade.

²¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Manifestação da Presidência da República, 08/06/2016, p. 7 (4).

²¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Manifestação da Presidência da República, 08/06/2016, p. 7 (4).

²¹⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 17. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014, p. 493.

²¹⁶ LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 16, p. 29-31.

²¹⁷ SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios Constitucionais Eleitorais*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 233.

por certo, o Direito Processual Penal a esse se submete quando se restringe, ainda que em diferentes graus, o direito à liberdade. Por isso, as medidas cautelares pessoais são taxativamente elencadas em lei.²¹⁸ Daí decorre a impossibilidade jurídica de aplicação do poder geral de cautela do Direito Processual Civil, através das medidas atípicas.²¹⁹

Porém, essa não é a interpretação unânime encontrada na literatura e nas decisões judiciais. Na TV Justiça, por exemplo, veiculou-se no programa Grandes Julgamentos sobre a ADI nº 5526, por meio da entrevista de Thiago Soares, que o juiz tem legitimidade para fixar medidas cautelares para além das existentes na lei.²²⁰ No julgamento dessa ação, também foi esse o posicionamento de alguns Ministros, como o do Ministro Luiz Fux.²²¹

Diferente das prisões cautelares, as medidas cautelares cabem aos crimes dolosos para fora dos previstos no artigo 313 do CPP – mas exigem o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis* de igual forma à preventiva por seu caráter substitutivo, embora haja, na doutrina e na jurisprudência, entendimento pela desnecessidade de caracterização idêntica à preventiva.²²² Essas também podem ser empregadas a qualquer tempo, ou seja, mesmo na fase de investigações preliminares, de forma cumulativa, ou não, às outras medidas diversas da prisão e à liberdade provisória.²²³ Durante o processo, podem ser decretadas de ofício pelo juiz ou a requerimento das partes; nas investigações preliminares por requerimento do Ministério Público ou por representação da autoridade policial (art. 282, § 2º, CPP).²²⁴ E, de igual forma à preventiva, não tem um prazo definido de duração.²²⁵

Dentre às (provavelmente) mais gravosas, se aplicadas ao parlamentar, se encontram: a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares para evitar o risco de novas infrações (art. 319, II, CPP), a proibição de manter contato com pessoa determinada (art. 319, III, CPP),

²¹⁸ LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 16, p. 29-31; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 17. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014, p. 522-523; RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 928.

²¹⁹ LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 16, p. 28.

²²⁰ Canal TV JUSTIÇA. Grandes Julgamentos do STF - Aplicação das medidas cautelares a parlamentar (28/11/17). 2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=185MPj907gk>>. Acesso em 11 abr. de 2019.

²²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Relator Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em: 11/10/2017, DJE: 07/08/2018, p. 106-108 (3).

²²² Aury Lopes Jr. defende o preenchimento do pressuposto e do requisito das prisões cautelares para a decretação das medidas cautelares previstas nos artigos 319 e 320 do CPP pelo caráter substitutivo dessas medidas (LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 153-154). Em sentido diverso, Paulo Rangel entende que essas medidas cautelares são autônomas, ou seja, podem ser decretadas independentemente de ser possível prisão cautelar, pela dicção do artigo 282, I, do CPP (RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 922). Conforme será visto no item 2.2 do capítulo 2, tal questão ensejou posições divergentes nos votos dos Ministros do STF na ADI nº 5526.

²²³ LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 155.

²²⁴ Nesse sentido, Paulo Rangel afirma que o texto legal apenas permite a decretação das medidas cautelares pessoais de ofício pelo juiz durante o processo, não nas investigações preliminares (RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 919-920).

²²⁵ LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 157.

a proibição de ausentar-se da comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução (art. 319, IV, CPP), o recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga (art. 319, V, CPP), a suspensão do exercício de função pública quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais (art. 319, VI, CPP) e a proibição de se ausentar do país, com a entrega do passaporte (art. 320, CPP) – sem prejuízo daquelas que possam ser determinadas pelo juiz, a depender da inquisitorialidade do magistrado, inclusive fora do rol legal.

Em tese, todas as medidas cautelares, diversas da prisão ou – em último caso – de prisão temporária ou preventiva, devem ser aplicadas de acordo com a necessidade (art. 282, I, CPP), a adequação e a proporcionalidade (art. 282, II, CPP) daquela(s) medida(s) cautelar(es) no caso concreto – sendo dever do juiz decretar, dentro das possíveis, a(s) menos gravos(as) ao acusado.²²⁶

No cenário pátrio posterior à 2011, porém, pende grande e crescente número de prisões preventivas no universo penitenciário²²⁷ e tem-se receio da “utilização massiva e indevida” das medidas cautelares diversas da prisão.²²⁸ Isso fere drasticamente o princípio da presunção de inocência, pois, conforme visto, essas medidas deveriam ser aplicadas apenas em casos excepcionais.

Além disso, por disposição constitucional expressa, é vedada a prisão dos parlamentares, salvo flagrante de crime inafiançável, a partir da diplomação (art. 53, § 2º, CRFB) – sendo incabível, a despeito da leitura do STF na Ação Cautelar nº 4039, a decretação de prisões cautelares, temporárias ou preventivas.

Porém, nem a Constituição nem a EC nº 35/2001 dizem expressamente sobre a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão – e nem poderiam, pois foram instituídas posteriormente, com a Lei nº 12.403, em 2011.

Na exceção constitucional de prisão do congressista em flagrante de crime inafiançável (art. 53, § 2º, CRFB), há, como visto, a necessidade da análise judicial prévia ao controle da Casa legislativa. Nessa primeira etapa, a prisão ilegal do parlamentar será relaxada pela autoridade judiciária e, apesar de não se admitir a conversão da prisão em preventiva, seria

²²⁶ LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 173; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 17. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014, p. 504-506.

²²⁷ Sobre isso, ver: CHOUKR, Fauzi Hassan. As medidas cautelares no processo penal brasileiro. *Empório do Direito*, 25 mar. 2015. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/as-medidas-cautelares-pessoais-no-processo-penal-brasileiro-panorama-dos-tres-anos-da-lei-n-12-403-11-por-fauzi-hassan-choukr>>. Acesso em 12 abr. de 2019.

²²⁸ LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 153; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 17. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014, p. 496.

razoável – por ser menos gravosa – admitir a substituição da prisão em flagrante pelas medidas cautelares diversas da prisão ou a concessão de liberdade provisória sem fiança – em decisão escrita e fundamentada (art. 5º, LXV, LXVI, CRFB; art. 310, CPP), remetida à Casa legislativa para deliberação. Também é razoável admitir a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão quando essas não interfiram ao exercício do mandato parlamentar – como, por exemplo, por aplicação das medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha (art. 22, Lei nº 11.340/2006).²²⁹

Porém, quando houver atingimento ao exercício do mandato, não. Isso porque havia, na Constituinte instaurada em 1987, conforme visto no item 1.1 do capítulo 1, grande preocupação com a destituição do autoritarismo da Ditadura Militar durante a discussão sobre as imunidades formais. Da manifestação trazida pela Câmara dos Deputados nos autos da ADI nº 5526, tem-se que José Jorge, Relator da subcomissão do Poder Legislativo, expressou, em seu relatório, a preocupação de:

- b) excluir quaisquer possibilidades de afastamento cautelar do parlamentar do exercício de seu mandato por forças exógenas ao Congresso Nacional, como sucedia na hipótese do § 5º acima transcrito; e
- c) conferir às Casas do Congresso Nacional não apenas a resolução quanto à prisão em flagrante, cujo prazo para comunicação se reduzia para 24 horas, como também a autorização para formação da culpa, evitando que outras "medidas intimidatórias pudessem ser praticadas"²³⁰

O § 5º citado é do artigo 32 da Constituição anterior, em que se abria, em lugar da cassação de mandatos e da suspensão de direitos políticos pelo chefe do Poder Executivo, a possibilidade de o Procurador-Geral da República, nos crimes contra a Segurança Nacional, cujo processo independe de licença da respectiva Câmara, requerer a suspensão do exercício do mandato parlamentar, até a decisão final, de representação pelo Supremo Tribunal Federal²³¹ –

²²⁹ Essas hipóteses foram aventadas pelos Ministros Roberto Barroso e Gilmar Mendes, quando do julgamento da ADI nº 5526 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Relator Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em: 11/10/2017, DJE: 07/08/2018, p. 82 (13), p. 170 (14), p. 178 (22)).

²³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Manifestação da Câmara dos Deputados, 17/06/2016, p. 7-8.

²³¹ “Ao contrário do que ocorria no AI-5, o Presidente não estava autorizado a legislar, mas a imunidade parlamentar não foi totalmente restabelecida. Embora o chefe do Executivo não mais pudesse cassar mandatos e suspender direitos políticos, os parlamentares seriam processados pela Ditadura nos casos de "crimes contra a segurança nacional" (CODATO, Adriano Nervo. *Uma história política da transição brasileira: da Ditadura Militar à democracia*. Rev. Sociol. Polit., Curitiba, nº 25, p. 83-106, nov. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782005000200008&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 11 abr. de 2019).

processo esse que, segundo o entendimento à época do STF, não poderia a Casa legislativa sustar.²³²

Houve, portanto, na Constituinte, o intuito de afastar medidas suspensivas do exercício do mandato parlamentar pela atuação de poderes exógenos, seja do Poder Executivo, seja do Poder Judiciário. Por isso, como visto anteriormente, a finalidade da imunidade formal é vista pela literatura como uma proibição de restrição “à liberdade de ir, vir e permanecer” que abrange tanto as penas privativas, como as restritivas de liberdade.²³³ Apesar de não serem penas, podem ser as medidas cautelares diversas da prisão graves restrições ao direito à liberdade e ao livre exercício do mandato.

Nesse sentido, Eugênio Pacelli de Oliveira afirma que embora alcance todas as atividades exercidas junto à Administração Pública a suspensão do exercício de função pública (art. 319, VI, CPP) não pode levar à suspensão do mandato eletivo, titular da soberania do voto popular, ante a ausência de autorização constitucional.²³⁴ Admitindo-as, a depender da decisão do caso concreto, pois essas medidas pessoais admitem aplicação cumulativa, estará o mandato parlamentar suspenso – em uma espécie de “recriação” do ditatorial artigo 32, § 5º, da Constituição de 1969, com a redação dada pela EC nº 11/1978.

Mas não só. Consoante cediço, as medidas cautelares diversas da prisão podem ser empregadas a qualquer tempo por decisões interlocutórias, inclusive nas investigações preliminares, prévias à futura (e eventual) existência de um processo criminal – a pedido ou, durante o processo criminal, de ofício pelo juiz – e com duração indefinida.

Em estudo sobre os inquéritos e os processos penais que tramitaram no STF entre 2002 e 2016, o “V Relatório Supremo em Números” demonstrou que além do crescimento do tempo médio de tramitação dos processos penais, desde 2002, eles, “em casos limite, chegam a ficar mais de quatro anos aguardando providência do Relator, um ano do revisor e dois anos em vista à PGR”.²³⁵ Pelo que os dados demonstram, caso sejam aplicadas medidas cautelares diversas da prisão, no STF, como a suspensão do exercício de função pública (art. 319, VI, CPP), pode

²³² KURANAKA, Jorge. *Imunidades parlamentares*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 112-114.

²³³ KRIEGER, Jorge Roberto. *Imunidade Parlamentar: histórico e evolução do instituto no Brasil*. Santa Catarina: Letras Contemporâneas, Oficina Editora Ltda., Coleção Alicerce Jurídico, vol. 1, 2004, p. 65-66.

²³⁴ Para Eugênio Pacelli de Oliveira, estaria apenas autorizada a suspensão de mandato eletivo “em caso de condenação criminal e nas hipóteses constantes da legislação complementar eleitoral e no Código Eleitoral”, pela dicção dos artigos 14, §§ 9º e 10 e 15 (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 17. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014, p. 513).

²³⁵ FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar; ALMEIDA, Guilherme da Franca Couto Fernandes de; CHAVES FILHO, Luciano de Oliveira [et al.]. *V Relatório Supremo em Números: o foro privilegiado*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2017, p. 10 (9).

isso significar a suspensão do mandato até o seu término. Em termos práticos, à cassação do mandato em total desconformidade com o § 2º do artigo 55 da Constituição.

Some-se a isso o fato da decretação não se restringir à decisão colegiada do Supremo Tribunal Federal; frente aos poderes individuais dos Ministros, cada uma das “onze ilhas” pode individualmente decretar o afastamento de um parlamentar de seu mandato.²³⁶ E, em razão do julgamento da questão de ordem na AP nº 937, a aplicação dessas medidas poderá passar a ser decidida pelos juízes de primeira instância, sendo o STF competente ao processamento e julgamento dos deputados federais e senadores tão-somente “aos crimes praticados no cargo e em razão dele”.²³⁷ De acordo com o “V Relatório Supremo em Números”, apenas 5,44% das ações penais envolvem um crime que tenha sido cometido em razão do cargo e após a investidura.²³⁸

Assim, vai-se além da recriação da suspensão da Ditadura. Na grande maioria dos casos, será o juiz singular que decidirá – durante o processo criminal sem a necessidade de requerimento das partes, do MP ou da autoridade policial – por cognição sumária e argumentação aberta, a qualquer tempo, se, em que medida e durante quanto tempo ferirá a presunção de inocência e o exercício do mandato do parlamentar pela aplicação das medidas cautelares diversas da prisão ao congressista. Por mais inacreditável que possa parecer, o Plenário do STF chancelou – com algumas peculiaridades – essa aplicação na ADI nº 5526, que será esmiuçada no tópico seguinte.

²³⁶ RECONDO, Felipe; Weber, Luiz. *Os onze: O STF, seus bastidores e as suas crises*. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 290-293. Sobre o tema, ver: ARHEGAS, João Victor. *Colegiado deserto: poderes individuais no STF e teoria constitucional contemporânea*. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2018.

²³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AP 937 QO/RJ*, Relator Min. Roberto Barroso, Revisor Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em: 03/05/2018, DJE: 11/12/2018, p. 1.

²³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AP 937 QO/RJ*, Relator Min. Roberto Barroso, Revisor Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em: 03/05/2018, DJE: 11/12/2018, p. 1.

2.2. O entendimento consolidado pelo STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5526

“Nós estamos produzindo decisões aberrantes em série”.

Ministro Gilmar Mendes, *ADI nº 5526/DF*.²³⁹

No dia 4 de maio de 2016, o Ministro Teori Zavascki proferiu uma decisão monocrática com grande repercussão no mundo político. Atendendo a um pedido da Procuradoria-Geral da República, no âmbito dos Inquéritos nº 3.983 e nº 4.146, de dezembro de 2015, foi decretada a suspensão do exercício do mandato do então Presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha (PMDB/RJ), pela aplicação de uma medida cautelar pessoal diversa da prisão (art. 319, VI, CPP).²⁴⁰

Embora a decretação da medida exija provas que demonstrem um receio da prática de novos delitos, além do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*, o Ministro, ampliando indevidamente a hipótese legal, considerou-a cabível pelo “risco de (prática da) delinquência no poder e o risco (de uso) do poder para delinquir”.²⁴¹ Risco esse que, de tão urgente, pôde aguardar por cinco meses, após a votação do *impeachment* de Dilma Rousseff, presidida por Eduardo Cunha (PMDB/RJ), e semanas antes do julgamento do pedido cautelar de proibição de réu ocupar cargo integrado à linha de substituição da Presidência da República formulado pela Rede Sustentabilidade, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 402.²⁴²

Apesar de reconhecer que a decisão sobre a perda de mandato compete, exclusivamente, às Casas Legislativas, o Ministro afirmou que essa “tem como pressuposto a ultimação dos trabalhos da Justiça Criminal, na forma de uma sentença transitada em julgado”.²⁴³ Por isso, nesse campo, a atuação jurisdicional permitiria, por uma leitura restritiva das imunidades formais, apenas a interferência do Poder Legislativo para deliberar sobre “a prisão e a avaliação

²³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Relator Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em: 11/10/2017, DJE: 07/08/2018, p. 67 (29).

²⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AC 4070/DF*, Decisão Min. Teori Zavascki, 04/05/2016, p. 73.

²⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AC 4070/DF*, Decisão Min. Teori Zavascki, 04/05/2016, p. 13.

²⁴² RECONDO, Felipe. Artigo O xeque-mate de Teori Zavascki: a decisão de afastar Eduardo Cunha da Presidência da Câmara e do mandato parlamentar. *Jota*, 05 mai. 2016. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-xeque-mate-de-teori-zavascki-05052016>>. Acesso em 12 abr. de 2019. Sobre o contexto desta decisão, ver: RECONDO, Felipe; Weber, Luiz. *Os onze: O STF, seus bastidores e as suas crises*. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 11-14; p. 61-67.

²⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AC 4070/DF*, Decisão Min. Teori Zavascki, 04/05/2016, p. 14-15.

a respeito da suspensão do processo penal” (art. 53, §§ 2º e 3º, CRFB) – e não sobre as medidas cautelares diversas da prisão.²⁴⁴

A decisão afirma que caso um parlamentar seja investigado por crime comum, perante o foro apropriado, haverá ele 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”.²⁴⁵

Ao narrar os fatos imputados ao então deputado Eduardo Cunha (PMDB/RJ), e frente à circunstância concorrente do parlamentar ter denúncia aceita pelo STF por crime comum, causa possivelmente inibitória do exercício da Presidência da República, ante a pendência de julgamento definitivo da ADPF nº 402, o Ministro decidiu, e o Plenário do STF no dia seguinte referendou, que a suspensão do mandato seria, no caso, “necessária, adequada e suficiente para neutralizar os riscos”.²⁴⁶

O Tribunal, quando do referendo da medida cautelar, consignou que a providência era cabível tão-somente “em face da situação de franca excepcionalidade”.²⁴⁷ Nessa toada, o próprio Relator afirmou expressamente que:

Mesmo que não haja previsão específica, com assento constitucional, a respeito do afastamento, pela jurisdição criminal, de parlamentares do exercício de seu mandato, ou a imposição de afastamento do Presidente da Câmara dos Deputados quando o seu ocupante venha a ser processado criminalmente, está demonstrado que, no caso, ambas se fazem claramente devidas.²⁴⁸

Frente a essa decisão, o Partido Progressista (PP), o Partido Social Cristão (PSC) e o Solidariedade (SD) ajuizaram a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5526.

Para esses partidos políticos, o reconhecimento inédito pelo STF, na AC nº 4070, da possibilidade de afastamento temporário de parlamentar de suas funções, com base no artigo 319, VI, do CPP requer uma compatibilização com as prerrogativas constitucionais conferidas aos membros do Poder Legislativo.²⁴⁹ Partindo da premissa de que a aplicação das medidas cautelares do artigo 319 do CPP “pressupõe a possibilidade de decretação de prisão preventiva contra o acusado”, os partidos vislumbram que o entendimento da AC nº 4070 pode levar à

²⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AC 4070/DF*, Decisão Min. Teori Zavascki, 04/05/2016, p. 15-16.

²⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AC 4070/DF*, Decisão Min. Teori Zavascki, 04/05/2016, p. 15-16.

²⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AC 4070/DF*, Decisão Min. Teori Zavascki, 04/05/2016, p. 73; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AC 4070/DF*, Relator Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em: 05/05/2016.

²⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AC 4070/DF*, Relator Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em: 05/05/2016, p. 1.

²⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AC 4070/DF*, Decisão Min. Teori Zavascki, 04/05/2016, p. 72-73.

²⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Petição Inicial dos partidos PP, PSC e PSD, 12/05/2016, p. 9-11.

aplicação pelo Poder Judiciário (como um todo) das medidas cautelares (art. 319, CPP) e da prisão preventiva (art. 312, CPP) aos parlamentares.²⁵⁰

Tendo em vista a possibilidade dessas medidas impedirem o “regular exercício do mandato parlamentar”, pediu-se a interpretação conforme dos artigos 312 e 319 do CPP à Constituição, “para que se reconheça que tais medidas cautelares, quando aplicadas a parlamentares, devem contar com a confirmação, no prazo de vinte e quatro horas, pela Casa legislativa correspondente” – nos moldes da remessa dos autos à Casa legislativa em caso de prisão de parlamentar em flagrante de crime inafiançável (art. 53, § 2º, CRFB).²⁵¹

A fundamentação do pedido se centrou na ideia de que como o artigo 53, § 2º, da Constituição dá ao Parlamento mecanismo impeditivo de “afastamento indevido de seus membros”, sua utilização seria “natural” quando a aplicação das medidas cautelares de prisão e das medidas diversas da prisão levem ao afastamento (total ou parcial) do parlamentar de suas funções legislativas.²⁵²

Da exordial da ADI nº 5526, vê-se que o pedido consiste em estratégia processual dos proponentes para minimizar os danos decorrentes da aplicabilidade das medidas cautelares. Nela se afirma repetidamente que a Constituição não autoriza a medida,²⁵³ mas que, “a partir do momento em que se passa a admitir a aplicação do inciso VI do artigo 319 do CPP – bem como de seus demais incisos”,²⁵⁴ há de se adotar uma “conjugação possível”.²⁵⁵

A urgência da adoção dessa conjugação se denota do pedido dos proponentes para o deferimento de medida cautelar com eficácia *ex tunc* (art. 102, II, *p*, CRFB; artigos 10 e 12, Lei nº 9.868/1999). Tendo-se a preservação das imunidades parlamentares formais como *fumus boni iuris*, fez-se expressa referência ao afastamento do então deputado Eduardo Cunha (PMDB/RJ), sem a submissão à Câmara, na AC nº 4070, como uma possibilidade de “quebra

²⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Petição Inicial dos partidos PP, PSC e PSD, 12/05/2016, p. 12-13.

²⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Petição Inicial dos partidos PP, PSC e PSD, 12/05/2016, p. 13.

²⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Petição Inicial dos partidos PP, PSC e PSD, 12/05/2016, p. 16-17.

²⁵³ Vê-se isso, por exemplo, dos seguintes trechos: “O STF criou ou reconheceu a existência de uma hipótese de afastamento temporário das funções parlamentares, a despeito da reconhecida falta de norma constitucional que autorizasse (expressamente) a medida (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Petição Inicial dos partidos PP, PSC e PSD, 12/05/2016, p. 11); (...) até o dia 5 de maio de 2016, não se aventava sua aplicação a membros do Poder Legislativo, constitucionalmente considerados “invioláveis” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Petição Inicial dos partidos PP, PSC e PSD, 12/05/2016, p. 15).

²⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Petição Inicial dos partidos PP, PSC e PSD, 12/05/2016, p. 12.

²⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Petição Inicial dos partidos PP, PSC e PSD, 12/05/2016, p. 16.

de autonomia institucional” por meio, inclusive, da possibilidade de igual aplicação da medida a outros parlamentares a nível federal e a nível estadual.²⁵⁶

Por estar vigente a decisão tomada na AC nº 4070, o Ministro Edson Fachin, ao reconhecer a relevância da matéria e a sua importância para a ordem social e jurídica, solicitou informações à Câmara, ao Senado e à Presidência da República e, após, a manifestação da AGU e da PGR para submeter o julgamento definitivo da matéria ao Plenário do STF (art. 12, Lei nº 9.868/1999).²⁵⁷

Em sede de informações, a Presidência da República se limitou a afirmar inexistirem vícios formais, que não haviam sido arguidos, de competência e de iniciativa da Lei nº 12.403/2011 e a defender a constitucionalidade da aplicação genérica, pois fora do âmbito parlamentar, das medidas cautelares – sem adentrar ao objeto da ação e ao pedido de interpretação conforme à Constituição.²⁵⁸

O Senado Federal repudiou o entendimento de que a AC nº 4070 abre a possibilidade de “aplicação ampla da prisão cautelar prevista no artigo 312 (do CPP) aos membros do Poder Legislativo”,²⁵⁹ exarada pelos proponentes, porque não houve menção à prisão do então Presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha (PMDB/RJ), mas à suspensão ao exercício de seu mandato.²⁶⁰ Em realidade, a expressão equívoca de “aplicação ampla da prisão cautelar” foi (aparentemente) utilizada pelos proponentes pelo receio de que em casos futuros o Poder Judiciário vislumbrasse situação em que, presentes os fundamentos da prisão preventiva, as medidas cautelares – menos onerosas – seriam insuficientes à tutela do processo ante os princípios da necessidade, da adequação e da proporcionalidade utilizados no Direito Processual Penal e que, por isso, a prisão seria necessária.²⁶¹ Novamente, soou como uma estratégia dos proponentes para amenizar eventuais e futuras prisões preventivas decretadas contra os parlamentares.

Na peça, o Senado argumentou que nem na Ação Cautelar nº 4039 considerou-se cabível a prisão preventiva, pois se chegou à conclusão que havia ali flagrante de crime inafiançável.

²⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Petição Inicial dos partidos PP, PSC e PSD, 12/05/2016, p. 18-19.

²⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Despacho do Relator Min. Edson Fachin, 18/05/2016, p. 3-4.

²⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Manifestação da Presidência da República, 08/06/2016, p. 7 (4).

²⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Petição Inicial dos partidos PP, PSC e PSD, 12/05/2016, p. 10.

²⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Manifestação do Senado Federal, 09/06/2016, p. 5 (3).

²⁶¹ Tema tratado no item 2.1 do capítulo 2. Sobre isso, ver: LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 153-171.

Por isso, em qualquer caso seria inaplicável a prisão preventiva (art. 312, CPP).²⁶² Para esse, em vista do “interesse público da aplicação da lei penal”, concretizador do direito à segurança, seriam aplicáveis as medidas cautelares previstas no CPP desde que, no caso concreto, se houver “afastamento da atividade parlamentar”, haja a remessa dos autos à Casa legislativa para que essa resolva sobre a medida cautelar.²⁶³

A Câmara dos Deputados colacionou aos autos enfática manifestação sobre o tema. Ao fazer referência ao expurgo que a Constituinte promoveu à possibilidade de o STF, por pedido da PGR, suspender o exercício do mandato parlamentar – conforme visto no item 2.1 do capítulo 1 – afirmou-se preocupada com uma autoproclamação de poderes constituídos como “perenes constituintes de plantão”.²⁶⁴

Ressaltou que a Constituição resguarda de tal maneira o livre exercício do mandato que exige o *quórum* de dois terços dos membros da Casa legislativa para a suspensão das imunidades formais na vigência de estado de sítio (art. 53, § 8º, CRFB).²⁶⁵ Para essa, a admissão da prisão preventiva e das medidas cautelares diversas da prisão por “decisões judiciais monocráticas proferidas em todas as instâncias de jurisdição” sem o controle político das Casas legislativas poderiam reduzir a democracia representativa a “frangalhos”.²⁶⁶

Por sua vez, também a Advocacia-Geral da União entendeu que é inadmitida constitucionalmente a prisão preventiva de parlamentares.²⁶⁷ Contudo, ao fazer menção à interpretação restritiva das imunidades formais preconizada pelo Ministro Teori Zavascki na AC nº 4070, afirmou não ser cabível o envio à Casa legislativa da aplicação das medidas cautelares – pois a Constituição apenas o determina no caso de prisão em flagrante de crime inafiançável e o “desenvolvimento constitucional” se coloca à “progressiva redução e eliminação dos círculos de imunidade de poder”.²⁶⁸

²⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Manifestação do Senado Federal, 09/06/2016, p. 4-5 (2-3), p. 7-9 (5-7). De fato, o STF, na Ação Cautelar nº 4039, alegou que a prisão de senador ocorria em flagrante de crime inafiançável. Porém, isso não procede. Conforme será visto no item 2.3 do capítulo 2, a subsunção feita subverteu a prisão em flagrante delito de crime inafiançável em uma espécie de “prisão preventiva em flagrância de crime inafiançável”. Portanto, na ocasião, prendeu-se preventivamente um parlamentar.

²⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Manifestação do Senado Federal, 09/06/2016, p. 9-14 (7-12).

²⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Manifestação da Câmara dos Deputados, 17/06/2016, p. 3-4, p. 7-9.

²⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Manifestação da Câmara dos Deputados, 17/06/2016, p. 10.

²⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Manifestação da Câmara dos Deputados, 17/06/2016, p. 15-16.

²⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Manifestação da Advocacia-Geral da União, Fábio Medina Osório, 27/06/2016, p. 8.

²⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Manifestação da Advocacia-Geral da União, Fábio Medina Osório, 27/06/2016, p. 12-13.

Ao mesmo entendimento se filiou a Procuradoria-Geral da República, então sob o comando do Procurador Rodrigo Janot. Para essa, as imunidades formais, que devem ser interpretadas de forma restrita, impedem as prisões cautelares – mas não as medidas cautelares diversas da prisão, pois a aplicação delas é decorrência do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CRFB), na medida em que o provimento jurisdicional final não pode perder a utilidade.²⁶⁹ Nesse sentido, o envio à Casa legislativa da aplicação dessas medidas instituiria “procedimento absolutamente novo, não previsto pelo constituinte de 1988”.²⁷⁰ Por sua vez, argumentaram os proponentes ser esse entendimento falho, pois consiste em “interpretar ampliativamente as hipóteses de interferência de um Poder sobre outro e restritivamente as prerrogativas desse Poder que sofre a intervenção externa”.²⁷¹

Após a inclusão do feito em pauta para o dia 11 de outubro de 2017 pela Ministra Cármen Lúcia, à época Presidente do STF, a Câmara, o Senado e a AGU apresentaram, nos autos, novas manifestações.²⁷² Todos requereram pedido de sustentação oral e passaram a defender a inaplicabilidade das medidas cautelares diversas da prisão que afetem o exercício do mandato aos parlamentares – haja vista que a função precípua das imunidades formais é a de impedir limitações ao parlamentar que firam o exercício de seu mandato.²⁷³ A regra apenas seria excetuada, para a Câmara, no caso da conversão pela autoridade judicial da prisão em flagrante de crime inafiançável em medidas cautelares diversas da prisão, posteriormente submetidas à Casa.²⁷⁴ A argumentação dessas instituições se centrou na ideia, colacionada pela manifestação do Senado, de que a Constituição “jamais falou em suspensão de mandato, porque jamais pretendeu autorizar tais providências”.²⁷⁵

²⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Manifestação da Procuradoria-Geral da República, Rodrigo Janot, 19/12/2016, p. 7-13.

²⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Manifestação da Procuradoria-Geral da República, Rodrigo Janot, 19/12/2016, p. 7-13.

²⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Manifestação dos partidos PP, PSC e PSD, 28/06/2017, p. 4.

²⁷² A inclusão deste feito em pauta foi feita em clima de alta tensão entre os Poderes em face do possível descumprimento da nova decisão de afastamento do mandato do Senador Aécio Neves, decretada pela Primeira Turma do STF, tendo sido sugerida à Presidente do Tribunal pelo “comando do Senado”. Sobre o contexto desta decisão, ver: RECONDO, Felipe; Weber, Luiz. *Os onze: O STF, seus bastidores e as suas crises*. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 252-256. No dia 17 de outubro de 2017, em vista da conclusão do decidido na *ADI* nº 5526, o Senado derrubou essa decisão judicial.

²⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Manifestação da Câmara dos Deputados, 05/10/2017; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Manifestação do Senado Federal, 05/10/2017; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Manifestação da Advocacia-Geral da União, Grace Maria Fernandes Mendonça, 06/10/2017.

²⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Manifestação da Câmara dos Deputados, 05/10/2017, p. 9.

²⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Manifestação do Senado Federal, 05/10/2017, p. 10.

Frente a essas manifestações, os votos dos Ministros e das Ministras do STF no julgamento definitivo da ADI nº 5526 podem ser analisados em duas questões centrais: (i) a aplicabilidade, ou não, das medidas cautelares de prisão e das medidas diversas da prisão aos parlamentares; (ii) em caso de aplicabilidade, a necessidade de remessa, ou não, dos autos à Casa legislativa para deliberação das medidas cautelares que afetem, direta ou indiretamente, o exercício do mandato – nos moldes da remessa em caso de prisão de parlamentar em flagrante de crime inafiançável (art. 53, § 2º, CRFB).

Nessa assentada, o Pleno decidiu, por unanimidade, que é inconstitucional a decretação de prisões cautelares, temporárias ou preventivas, aos parlamentares por ser vedada pela Constituição a prisão dos parlamentares, salvo flagrante de crime inafiançável, a partir da diplomação (art. 53, § 2º, CRFB).

Porém, o Tribunal decidiu serem aplicáveis as medidas cautelares diversas da prisão aos parlamentares, mesmo quando afetem, direta ou indiretamente, o exercício do mandato parlamentar, vencidos os Ministros Alexandre de Moraes, Dias Toffoli (em parte) e Marco Aurélio. Quanto à aplicabilidade, a posição majoritária se firmou em quatro principais argumentos.

Em primeiro, fez referência à liminar do Ministro Teori Zavascki na AC nº 4070 como uma das razões de decidir, sobretudo pelo seu referendo pelo Plenário do Tribunal à unanimidade.

Por esse ângulo, o Ministro Edson Fachin, Relator originário da ADI nº 5526, apontou que na AC nº 4070 o Plenário do STF, por unanimidade, “assentou a possibilidade de se determinar o afastamento das funções de parlamentares em situações pontuais e excepcionais”.²⁷⁶ Essa menção se repetiu nos votos dos Ministros Roberto Barroso,²⁷⁷ Rosa Weber,²⁷⁸ Ricardo Lewandowski²⁷⁹ e Celso de Mello.²⁸⁰

Essas referências foram criticadas pelos Ministros Alexandre de Moraes e Marco Aurélio; aquele, porque não participou do referendo da cautelar na AC nº 4070, esse, porque

²⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Relator Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em: 11/10/2017, DJE: 07/08/2018, p. 16 (2).

²⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Relator Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em: 11/10/2017, DJE: 07/08/2018, p. 82 (13) - 85 (16).

²⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Relator Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em: 11/10/2017, DJE: 07/08/2018, p. 97 (7).

²⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Relator Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em: 11/10/2017, DJE: 07/08/2018, p. 139 (2) - 141 (4), p. 142 (5) - 143 (6).

²⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Relator Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em: 11/10/2017, DJE: 07/08/2018, p. 226 (25) - 230 (29), p. 234 (33)-236 (35).

afirmou ter, ao refletir sobre a Constituição, entendimento diverso.²⁸¹ Também os Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes, disseram que, na Ação, acompanharam o Relator apenas em razão da singularidade/excepcionalidade da situação.²⁸²

Em segundo, baseou-se na ideia de que o princípio republicano deve implicar em uma interpretação das imunidades formais restrita à literalidade texto constitucional, sob pena de violação ao princípio da igualdade.

Nesse sentido, o Ministro Edson Fachin, sustentou que o princípio republicano (art. 1º, *caput*, CRFB), na medida em que proíbe tratamentos discriminatórios, veda a instituição de privilégios e acarreta a responsabilização dos agentes públicos pelos seus atos, leva a necessidade de interpretação das imunidades formais “rigidamente circunscrita às razões pelas quais foram concebidas e sem que possam ser tidas por privilégios pessoais ou símbolos de distinção entre cidadãos”.²⁸³

Por isso, para ele, deve a interpretação se vincular aos “estritos limites em que postas no Texto Constitucional” – como fez o STF ao vincular a imunidade material à obrigatoriedade de conexão da manifestação com o mandato, pois seria essa “a finalidade justificadora do tratamento constitucional diferenciado ao parlamentar”.²⁸⁴ A pretensão dos proponentes consistiria em estender regras constitucionais (imunidades formais) que regulam hipóteses diversas das medidas cautelares penais.²⁸⁵

Da mesma forma, o Ministro Roberto Barroso defendeu a leitura restrita das imunidades porque “privilégios são interpretados estritamente” e “pelo princípio republicano, parlamentares, como quaisquer pessoas, só têm regime especial naquelas situações em que isso esteja expressamente previsto na Constituição”.²⁸⁶

Para a Ministra Rosa Weber, que subscreve o “vetor hermenêutico” de interpretação do Relator originário da ação, também descabe exegese ampliativa, ou seja, “conceber ou interpretar como se privilégios fossem as prerrogativas ligadas a determinados cargos ou

²⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Relator Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em: 11/10/2017, DJE: 07/08/2018, p. 82 (13) - 85 (16).

²⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Relator Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em: 11/10/2017, DJE: 07/08/2018, p. 124 (13), p. 181 (25).

²⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Relator Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em: 11/10/2017, DJE: 07/08/2018, p. 15 (1), p. 21 (7).

²⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Relator Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em: 11/10/2017, DJE: 07/08/2018, p. 21 (7) - 22 (8).

²⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Relator Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em: 11/10/2017, DJE: 07/08/2018, p. 24 (10).

²⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Relator Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em: 11/10/2017, DJE: 07/08/2018, p. 78 (9), p. 80 (11).

funções”, devendo-se perquirir sobre seu sentido e alcance, pois o princípio republicano busca “a preservação da instituição, e não o interesse pessoal do indivíduo ocupante do cargo”.²⁸⁷

Em igual posição se colocaram os Ministros Ricardo Lewandowski,²⁸⁸ Celso de Mello²⁸⁹ e Cármen Lúcia.²⁹⁰ A Ministra, por interpretação teleológica da norma, entendeu que apesar do constituinte ter impedido que os parlamentares sejam “afastados de sua função legislativa sem o consentimento da Casa a que pertencem, protegendo-os contra perseguições e abusos”, não conferiu a eles “acobertamento jurídico para se escusar do acatamento do direito, menos ainda do direito penal”.²⁹¹

Por essa leitura restrita, a corrente majoritária do Tribunal entendeu que não seria uma violação às imunidades formais a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão abarcada “porque não se revestem elas de caráter privativo da liberdade”, nas palavras do Ministro Celso de Mello.²⁹² Vale dizer: veda-se tão-somente a prisão cautelar do parlamentar porque assim teria restringido o constituinte.

Em terceiro, afirmou-se que a aplicabilidade dessas medidas é uma decorrência do princípio da independência do Poder Judiciário, da inafastabilidade da jurisdição e da necessidade de se garantir a efetividade do processo penal.

Nessa ideia, o Ministro Edson Fachin sustentou que não há norma que derogue o princípio republicano (art. 1º, *caput*, CRFB), o princípio da inafastabilidade da jurisdição e o da independência do Poder Judiciário – devendo-se todos serem aplicados à matéria.²⁹³

Na visão da Ministra Rosa Weber, o princípio da inafastabilidade da jurisdição implica que o Poder Judiciário possa decretar “as medidas necessárias para fazer valer o império do direito, observados, por óbvio, o devido processo legal, as demais normas da Constituição e a

²⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Relator Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em: 11/10/2017, DJE: 07/08/2018, p. 95 (5), p. 98 (8), p. 102 (12).

²⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Relator Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em: 11/10/2017, DJE: 07/08/2018, p. 143 (6) - 144 (7).

²⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Relator Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em: 11/10/2017, DJE: 07/08/2018, p. 230 (29) - 233 (32).

²⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Relator Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em: 11/10/2017, DJE: 07/08/2018, p. 252 (11) - 260 (19), p. 268 (27).

²⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Relator Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em: 11/10/2017, DJE: 07/08/2018, p. 260 (19).

²⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Relator Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em: 11/10/2017, DJE: 07/08/2018, p. 225 (24).

²⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Relator Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em: 11/10/2017, DJE: 07/08/2018, p. 24 (10).

legalidade”.²⁹⁴ Para o Ministro Luiz Fux, deve ser assim porque o Poder Judiciário deve impedir “que se frustre a futura tutela jurisdicional de natureza penal”.²⁹⁵

Esses argumentos, em especial do Ministro Relator originário da ADI nº 5526, também foram também colacionados pelos Ministros Gilmar Mendes,²⁹⁶ Ricardo Lewandowski,²⁹⁷ Celso de Mello²⁹⁸ e Cármen Lúcia.²⁹⁹

De forma pouco afeta à Constituição e sem enfrentar propriamente o alcance das imunidades formais, o Ministro Roberto Barroso afirmou que “não há uma gota de ativismo” nessa decisão, pois o Código de Processo Penal expressamente prevê as medidas cautelares diversas da prisão e, portanto, está-se “aplicando o Direito existente, criado pelo próprio Congresso”.³⁰⁰

Ainda, parte dos Ministros e das Ministras utilizaram da argumentação, recorrente nas críticas às imunidades formais como visto no item 1.2 do capítulo 2, de que a imunidade não pode se converter em impunidade. Fora da arena da política democrática, alguns conclamaram a necessidade de transformar o país por meio da adjudicação.

“Imunidade não é sinônimo de impunidade”, disse a Ministra Cármen Lúcia.³⁰¹ “Quando invocada perante o cidadão, essa prerrogativa pode converter-se em privilégio, o que é de todo incompatível com os princípios da República”, afirmou o Ministro Ricardo Lewandowski.³⁰²

Por sua vez, para o Ministro Roberto Barroso, frente ao “momento de revelação de esquemas espantosos de corrupção sistêmica e endêmica”, resta saber “se a Constituição deve ser interpretada de modo a permitir que a sociedade brasileira enfrente esse mal ou se ela deve ser interpretada, ao contrário, de modo a se criar o máximo de embaraço ao aprimoramento, à

²⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Relator Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em: 11/10/2017, DJE: 07/08/2018, p. 103 (13).

²⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Relator Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em: 11/10/2017, DJE: 07/08/2018, p. 107 (1) - 108 (2).

²⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Relator Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em: 11/10/2017, DJE: 07/08/2018, p. 167 (11).

²⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Relator Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em: 11/10/2017, DJE: 07/08/2018, p. 144 (7).

²⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Relator Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em: 11/10/2017, DJE: 07/08/2018, p. 205 (4) - 212 (11), p. 239 (38).

²⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Relator Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em: 11/10/2017, DJE: 07/08/2018, p. 248 (7), p. 264 (23) - 265 (24).

³⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Relator Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em: 11/10/2017, DJE: 07/08/2018, p. 87 (18).

³⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Relator Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em: 11/10/2017, DJE: 07/08/2018, p. 248 (7).

³⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Relator Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em: 11/10/2017, DJE: 07/08/2018, p. 143 (6) - 144 (7).

transformação dos costumes no País”.³⁰³ Esse magistrado se aproxima da sua ideia perfeccionista do Direito ao defender a aplicação das medidas cautelares aos parlamentares pelo Poder Judiciário porque “não impedir o cometimento de um crime que esteja em curso é a negação do Estado de Direito”, bem como que não gostaria viver em um país em que “o crime é permitido para algumas pessoas”.³⁰⁴

Em referência à Ação Cautelar nº 4.327, na qual a Primeira Turma aplicou medidas cautelares diversas da prisão ao então senador Aécio Neves (PSDB/MG), dentre as quais a suspensão do mandato,³⁰⁵ afirmou que “manter os três peixes pequenos presos e não aplicar nenhuma medida restritiva de direito ao peixe grande, que seria o suposto mandante (...) seria uma injustiça extrema, que afrontaria a todos nós”.³⁰⁶

Em sua visão, a decisão se justifica porque “há uma imensa demanda na sociedade brasileira por integridade, por idealismo, por patriotismo”.³⁰⁷ Da mesma forma, o Ministro Celso de Mello conclama ao Plenário a, “mais do que nunca”, proclamar “que o direito ao governo honesto constitui prerrogativa inafastável da cidadania” e “que nenhum cidadão da República pode ser constrangido a viver em uma comunidade moralmente corrompida”.³⁰⁸

Conforme aponta Renan Guedes Sobreira, afirmações como essa depositam “uma confiança absoluta no Poder Judiciário, que se assemelha às descrições arquetípicas, contraposta com uma desconfiança nada ideal, mas material, em relação ao Poder Legislativo”.³⁰⁹ Apesar de talvez atingirem o clamor social a que se destinam, essas teses não se sustentam no Direito Constitucional, como apontado pela posição vencida do Tribunal.

³⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Relator Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em: 11/10/2017, DJE: 07/08/2018, p. 76 (7) - 77 (8).

³⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Relator Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em: 11/10/2017, DJE: 07/08/2018, p. 83 (14) - 85 (16).

³⁰⁵ Sobre isso, ver: RECONDO, Felipe; Weber, Luiz. *Os onze: O STF, seus bastidores e as suas crises*. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 252-256.

³⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Relator Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em: 11/10/2017, DJE: 07/08/2018, p. 89 (20).

³⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Relator Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em: 11/10/2017, DJE: 07/08/2018, p. 87 (18).

³⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Relator Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em: 11/10/2017, DJE: 07/08/2018, p. 239 (38).

³⁰⁹ Tradução livre de “Esta afirmación demuestra una confianza absoluta en el Poder Judicial, que se asemeja a las descripciones arquetípicas, contrapuesta a una desconfianza nada ideal, pero sí material, en relación al Poder Legislativo” (SOBREIRA, Renan Guedes. *Inviolabilidad de opinión parlamentaria en España*. Curitiba: Editora Íthala, 2019, p. 115). Diz o autor: “De un lado, se afirma la adecuación, en tesis perfecta e impasible de máculas, del control judicial sobre la prerrogativa de la inviolabilidad, y de otro se abandona el idealismo para traer una objeción bastante concreta a los legisladores. (...) En tesis, Poder Judicial y Poder Legislativo funcionan con perfección, independencia y fidelidad constitucional. En la práctica, los dos poderes presentan problemas” (SOBREIRA, Renan Guedes. *Inviolabilidad de opinión parlamentaria en España*. Curitiba: Editora Íthala, 2019, p. 115).

Em primeiro lugar, a utilização genérica de princípios estruturantes do Direito Constitucional e de limpeza ética do país concebe como pressuposto que as imunidades devem ser interpretadas à luz – unicamente – da literalidade do texto constitucional e das formas como foram concebidas.

Na ADI nº 5526, explicita o Ministro Gilmar Mendes que, sendo uma garantia, não devem as imunidades formais ser interpretadas de forma restritiva, pois “não dimana do texto constitucional qualquer ideia de diminuição da imunidade parlamentar em nome de qualquer republicanismo que se queira, porque essa é uma garantia que não é da pessoa do parlamentar, é da instituição, é da democracia”.³¹⁰

Nessa medida, o Ministro Alexandre de Moraes afirmou que as imunidades formais:

(...) não podem ser reduzidas, ignoradas, desprezadas ou interpretadas a partir de meras normas ordinárias ou pela aplicação vaga, imprecisa e genérica de princípios, que apesar de estruturantes da República e importantíssimos na Constituição Federal, em tempos recentes, passaram a servir para justificar quaisquer posicionamentos, mesmo que totalmente opostos e antagônicos e, várias vezes, sem relação com o caso concreto, simplesmente como uma resposta a determinados posicionamentos de parcela da opinião pública.³¹¹

Adotando-se esse critério, ressaltou que desde a Constituição Imperial, à exceção aos momentos ditatoriais regidos pelas Cartas de 1937 e 1969, construiu-se no Brasil a ideia de que a imunidade formal “somente permite o afastamento cautelar do parlamentar federal no exercício de seu mandato conferido pelo povo em uma única hipótese, qual seja, o flagrante delito por crime inafiançável” de forma que se obstaculiza qualquer embaraço ao exercício do mandato pela privação à liberdade do parlamentar de ir e vir.³¹²

Existente a vedação, seria desnecessário e impreciso que o constituinte estabelecesse “de forma específica todas as demais hipóteses em que se vedam prisões, detenções ou

³¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Relator Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em: 11/10/2017, DJE: 07/08/2018, p. 65 (27). Na mesma linha, Renan Guedes Sobreira dispõe que “Una vez más es necesario recordar que las restricciones a los derechos y garantías constitucionales no pueden ser extraídas del arbitrio del juzgador sin autorización de la propia Constitución o por norma infraconstitucional cuando el texto constitucional lo establece. La solución jurídica indicada por Luis Portero García se revela precisa. Los reproches a una conducta ofensiva no se limitan a aquellos judiciales, ya que la sociedad, la persona o las instituciones ofendidas disponen de medios de difundir la contra información, de realizar el desagravio, o sea, la irresponsabilidad judicial no significa total irresponsabilidad social” (SOBREIRA, Renan Guedes. *Inviolabilidad de opinión parlamentaria en España*. Curitiba: Editora Íthala, 2019, p. 62).

³¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Relator Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em: 11/10/2017, DJE: 07/08/2018, p. 43 (5).

³¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Relator Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em: 11/10/2017, DJE: 07/08/2018, p. 49 (11) - 57 (19).

subtrações ao exercício da atuação parlamentar”, pois novas poderiam surgir na legislação infraconstitucional, como se sucedeu com a promulgação da Lei nº 12.403/2011.³¹³

Dessa forma, as medidas que cautelarmente afastassem ou interferissem, direta ou indiretamente, no exercício dos “mandatos populares concedidos aos congressistas, antes do devido processo legal e da condenação final, seriam atos extremos e seríssimos de desequilíbrio entre os Poderes, afetando o Estado de Direito e a Democracia, sem expressa previsão constitucional”.³¹⁴

Assim, teve-se, com base no clamor por uma transformação do país, a adoção de uma equivocada interpretação histórica pela posição majoritária do Tribunal. Reduziu-se a busca pelo constituinte de proteção a qualquer medida que constranja o mandato parlamentar às penas privativas de liberdade e ignorou-se que a finalidade teleológica da norma é, em si, a de impossibilitar quaisquer medidas exógenas de restrição do livre exercício do mandato popular.

Mesmo defesas de leituras restritas das imunidades, como a do Ministro Edson Fachin, admitiram a expansão da leitura do artigo 53, § 2º, para que a resolução da Casa legislativa à prisão em flagrante do parlamentar não afaste a análise do juiz natural da causa (art. 310, CPP), pois é esse direito de todos os cidadãos ante a pré-cautelaridade da prisão em flagrante.³¹⁵ Nada obstante, em matéria das medidas cautelares diversas da prisão, disse o Tribunal que a leitura deveria ser restrita. Restrita à vontade deturpada do constituinte e à finalidade reduzida da norma.

Nesse ponto, o Ministro Dias Toffoli colacionou proposta peculiar e temerária. Para ele, as imunidades formais – por protegerem o livre exercício do mandato – impedem a decretação de quaisquer medidas cautelares diversas da prisão que possam nele interferir, de qualquer modo, salvo no caso de flagrante de crime inafiançável.³¹⁶ Porém, em “situações de superlativa excepcionalidade”, seriam autorizadas.³¹⁷ A princípio, a proposição ganhou apoio expresso dos Ministros Roberto Barroso³¹⁸ e Alexandre de Moraes, que, vencido, passou a acompanhar a

³¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Relator Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em: 11/10/2017, DJE: 07/08/2018, p. 58 (20).

³¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Relator Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em: 11/10/2017, DJE: 07/08/2018, p. 58 (20) - 59(21), p. 62 (24).

³¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Relator Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em: 11/10/2017, DJE: 07/08/2018, p. 28 (14) - 33 (19).

³¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Relator Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em: 11/10/2017, DJE: 07/08/2018, p. 121 (10).

³¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Relator Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em: 11/10/2017, DJE: 07/08/2018, p. 122 (11), p. 124 (13), p. 132 (21).

³¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Relator Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em: 11/10/2017, DJE: 07/08/2018, p. 137.

maioria pela aplicabilidade das medidas, com a necessidade de remessa dos autos para a decisão da Casa legislativa.³¹⁹

Como, porém, com as adaptações dos votos dos Ministros Alexandre de Moraes e Dias Toffoli, formou-se o entendimento de que as medidas cautelares diversas da prisão aos parlamentares, mesmo quando afetem, direta ou indiretamente, o exercício do mandato parlamentar, são aplicáveis (com exceção ao posicionamento do Ministro Marco Aurélio) – a proposta perdeu o sentido.

Sendo as medidas cautelares diversas da prisão consideradas cabíveis pelo STF aos parlamentares, discutiu-se a necessidade, ou não, de remessa dos autos à Casa legislativa para deliberação das medidas cautelares que afetem, direta ou indiretamente, o exercício do mandato. Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux e Celso de Mello, o Tribunal decidiu que caso “as medidas cautelares impossibilitem, direta ou indiretamente, o pleno e regular exercício do mandato parlamentar e de suas funções legislativas, serão remetidos dentro de vinte e quatro horas a Casa respectiva, nos termos do §2º do artigo 53 da Constituição, para que, pelo voto nominal e aberto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão ou a medida cautelar”.³²⁰

Nesse caso, a posição dissidente, que no ponto anterior foi a majoritária, buscou sustentar a inaplicabilidade do artigo 53, § 2º, da Constituição sob dois fundamentos: da diferença entre suspensão e cassação do mandato parlamentar e da necessidade de aplicação restritiva das hipóteses dos §§ 2º e 3º do artigo 53 da Constituição.

Quanto à diferenciação, sustentou o Ministro Edson Fachin que como o constituinte apenas condicionou a cassação do mandato, definitiva e irreversível, à manifestação do Poder Legislativo (art. 55, § 2º, IV, CRFB) “não se pode extrair competência, mesmo implícita, para subtrair a submissão de parlamentar à medida cautelar penal, decretada pelo Poder Judiciário”.³²¹

De igual monta, a Ministra Rosa Weber³²² e o Ministro Ricardo Lewandowski³²³ fazem essa distinção. Não se poderia, nas palavras da Ministra Rosa Weber, confundir a cassação com

³¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Relator Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em: 11/10/2017, DJE: 07/08/2018, p. 184, p. 287, p. 290 (3) - 291 (4).

³²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Relator Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em: 11/10/2017, DJE: 07/08/2018, p. 2.

³²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Relator Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em: 11/10/2017, DJE: 07/08/2018, p. 27 (13).

³²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Relator Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em: 11/10/2017, DJE: 07/08/2018, p. 97 (7).

³²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Relator Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em: 11/10/2017, DJE: 07/08/2018, p. 142 (5).

o “eventual afastamento do cargo ou da função – por definição temporário, instrumental e limitado – quando decretado à evidência de que necessário para assegurar o resultado útil do processo”.³²⁴

Os Ministros Gilmar Mendes e Cármen Lúcia criticaram esse entendimento porque sequer há prazo para a suspensão do mandato.³²⁵ Expõe ela que “como não há tempo definido para a cautelaridade de vigência da medida penal adotada, poder-se-ia chegar à extinção do mandato” - em violação aos princípios democrático e da cidadania livre.³²⁶

Quanto à leitura dos §§ 2º e 3º do artigo 53 da Constituição, a posição minoritária defendeu uma leitura restrita. Para o Ministro Edson Fachin, não haveria como aplicar o § 2º do artigo 53 às medidas diversas da prisão porque a Constituição conferiu ao Poder Legislativo um juízo político de relaxamento, que se soma ao juízo técnico-jurídico feito pelo juiz natural da causa, apenas em caso de prisão em flagrante delito de crime inafiançável do parlamentar.³²⁷ Por isso, a norma “nem de longe confere ao Poder Legislativo o poder de revisar juízos técnico-jurídicos emanados do Poder Judiciário”, como são as medidas cautelares penais, porque isso ofenderia o postulado republicano e à independência do Poder Judiciário.³²⁸

Para a Ministra Rosa Weber, não cabe a aplicação desse parágrafo porque é esse restrito à prisão.³²⁹ Em suas razões, ela, o Ministro Dias Toffoli³³⁰ e o Ministro Gilmar Mendes³³¹ defendem – em oposição ao sustentado pelos proponentes e por parte da doutrina sobre o tema³³² – que as medidas cautelares do artigo 319 do CPP não são substitutivas à prisão preventiva; vale dizer, independem do preenchimento dos requisitos da prisão para serem decretadas e não exigem, nas palavras da magistrada, os mesmos rigores da decretação da prisão, ante o menor grau de lesividade à esfera de liberdade do indivíduo, aliada à finalidade

³²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Relator Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em: 11/10/2017, DJE: 07/08/2018, p. 97 (7).

³²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Relator Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em: 11/10/2017, DJE: 07/08/2018, p. 66 (28), p. 280 (39).

³²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Relator Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em: 11/10/2017, DJE: 07/08/2018, p. 280 (39).

³²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Relator Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em: 11/10/2017, DJE: 07/08/2018, p. 28 (14) - 33 (19).

³²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Relator Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em: 11/10/2017, DJE: 07/08/2018, p. 33 (19).

³²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Relator Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em: 11/10/2017, DJE: 07/08/2018, p. 101(11).

³³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Relator Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em: 11/10/2017, DJE: 07/08/2018, p. 114 (3) - 118 (7).

³³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Relator Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em: 11/10/2017, DJE: 07/08/2018, p. 177 (21).

³³² Em sentido diverso ao deste trabalho, para Paulo Rangel essas medidas cautelares são autônomas, ou seja, podem ser decretadas independentemente de ser possível prisão cautelar, pela dicção do artigo 282, I, do CPP (RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 922).

da medida alternativa.³³³ Os Ministros Alexandre de Moraes³³⁴ e Marco Aurélio divergem desse posicionamento – para quem “não podendo haver a prisão, não pode também ser imposta uma das medidas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal”.³³⁵

Ainda, para o Ministro Edson Fachin, não seria aplicável o artigo 53, § 3º, da Constituição porque a sustação do processo pressupõe que a denúncia tenha sido recebida e as medidas cautelares podem ser decretadas previamente a esse fato.³³⁶ Seria, no caso, incabível o argumento *maiori ad minus* porque a possibilidade de sustar a ação “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”.³³⁷ A extensão desses dispositivos não deve ser expandida, para o Ministro Luiz Fux, porque o Congresso “se satisfaz com essas duas prerrogativas: relaxar prisão e sustar ação penal”.³³⁸

Também nesse sentido, afirmou o Ministro Celso de Mello; para ele, sujeitar as decisões do STF ao controle das Casas Legislativas levaria à degradação da independência do Poder Judiciário – que teria o “monopólio da última palavra” quanto à interpretação constitucional e ao desempenho de sua atividade jurisdicional – bem como ao postulado da separação de poderes.³³⁹

A essa visão do § 3º do artigo 53 da Constituição, opuseram-se expressamente os Ministros Alexandre de Moraes,³⁴⁰ Dias Toffoli,³⁴¹ Ricardo Lewandowski,³⁴² cujos votos defenderam que em caso de medidas cautelares diversas da prisão que interfiram/afastem o exercício do mandato parlamentar os autos sejam remetidos dentro de vinte e quatro horas a

³³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Relator Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em: 11/10/2017, DJE: 07/08/2018, p. 101 (11).

³³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Relator Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em: 11/10/2017, DJE: 07/08/2018, p. 68 (30).

³³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Relator Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em: 11/10/2017, DJE: 07/08/2018, p. 68 (30).

³³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Relator Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em: 11/10/2017, DJE: 07/08/2018, p. 34 (20) - 35 (21).

³³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Relator Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em: 11/10/2017, DJE: 07/08/2018, p. 35 (21) - 37 (23).

³³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Relator Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em: 11/10/2017, DJE: 07/08/2018, p. 110 (5) - 111 (6).

³³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Relator Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em: 11/10/2017, DJE: 07/08/2018, p. 212 (11) - 224 (23).

³⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Relator Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em: 11/10/2017, DJE: 07/08/2018, p. 63 (25) - 64 (26).

³⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Relator Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em: 11/10/2017, DJE: 07/08/2018, p. 122 (11) - 131 (20).

³⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Relator Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em: 11/10/2017, DJE: 07/08/2018, p. 147 (10) - 148 (11).

Casa respectiva, para que, pelo voto nominal e aberto da maioria de seus membros, essa resolva sobre a prisão ou a medida cautelar.

Segundo os Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes, caso se decretem medidas cautelares pessoais que interfiram no exercício do mandato, o Poder Legislativo deve decidir, pois é essa a finalidade da norma, devendo o *maiori ad minus* se aplicar.³⁴³ Para esse, seria inadmissível que subsistisse a medida cautelar de afastamento da função pública (pois não remetida à Casa) depois de eventual suspensão do processo penal pelo Poder Legislativo, pois consistiria em cassação do mandato parlamentar.³⁴⁴ Uma interpretação teleológica da função das imunidades, enquanto proteção à instituição, leva à conclusão de que a suspensão do exercício do mandato, equipara-se à prisão para o Parlamento, ainda que menos gravosa ao parlamentar, tendo, por isso, que ser remetida à Casa, conforme apontou o Ministro Gilmar Mendes.³⁴⁵

Inicialmente, a Ministra Cármen Lúcia votou pela remessa à Casa apenas de decisão que determina a suspensão do exercício do mandato parlamentar.³⁴⁶ Com isso, criou-se um imbróglio. Cinco magistrados não submetiam as medidas cautelares diversas da prisão à Casa legislativa; cinco submetiam em caso de prejuízo, direto ou indireto, ao exercício do mandato e uma submetia apenas em caso de suspensão do exercício do mandato.

Com a concordância da Ministra Cármen Lúcia,³⁴⁷ porém, a ementa do julgado se consolidou no sentido de que serão submetidas à Casa todas as medidas cautelares que impossibilitem, direta ou indiretamente, o pleno e regular exercício do mandato parlamentar e de suas funções legislativas.

E, nessa medida, chancelou o Plenário do STF a aplicação das medidas cautelares aos parlamentares, na ADI nº 5526. Porém, controverso que foi o julgamento – um dos mais longos da História do STF³⁴⁸ – pendem algumas controvérsias a serem julgadas por Embargos de

³⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Relator Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em: 11/10/2017, DJE: 07/08/2018, p. 122 (11) - 131 (20), p. 182 (26).

³⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Relator Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em: 11/10/2017, DJE: 07/08/2018, p. 131 (20).

³⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Relator Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em: 11/10/2017, DJE: 07/08/2018, p. 179 (23) - 180 (24).

³⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Relator Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em: 11/10/2017, DJE: 07/08/2018, p. 265 (24) - 268 (27), p. 278 (37)-282 (41).

³⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Relator Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em: 11/10/2017, DJE: 07/08/2018, p. 265 (24) - 268 (27), p. 278 (37)-282 (41).

³⁴⁸ *Canal TV JUSTIÇA*. Grandes Julgamentos do STF - Aplicação das medidas cautelares a parlamentar (28/11/17). 2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=185MPj907gk>>. Acesso em 11 abr. de 2019.

Declaração que, a despeito de sua admissibilidade, pois ajuizadas pelas Casas legislativas, teve o julgamento iniciado no Plenário Virtual em 02 de novembro de 2018, mas dele retirado quatro dias depois por um Pedido de Destaque do Ministro Dias Toffoli.³⁴⁹

Sobre isso, cabe destacar inicialmente que na ADI nº 5526, diversos Ministros fizeram citação ao trecho do voto do Ministro Teori Zavascki, na AC nº 4070, em que se diz expressamente que “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”.³⁵⁰

Apesar da ementa do julgado citar a possibilidade de aplicação das medidas cautelares diversas da prisão pelo Poder Judiciário, e não apenas pelo STF, por um pedido do Ministro Marco Aurélio em razão da ação ser processo objetivo,³⁵¹ em seus votos, os Ministros Roberto Barroso,³⁵² Dias Toffoli,³⁵³ Celso de Mello³⁵⁴ e Cármen Lúcia³⁵⁵, expressamente, e os demais implicitamente, afirmaram ser de competência do Supremo Tribunal Federal a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão aos parlamentares, e não do Poder Judiciário como um todo.

Esse fato foi observado pelo Ministro Gilmar Mendes, para quem, a vencer a tese na questão de ordem na AP nº 937, seria ameaçada diretamente o “sentido da imunidade constitucional”.³⁵⁶ E, de fato, vencida a tese, um dos pedidos dos Embargos da Câmara e do Senado é a de que se reconheça que apenas o STF tem competência para decretar medidas cautelares contra os parlamentares.³⁵⁷ O outro, do Senado, é a de que se sane a “omissão quanto

³⁴⁹ Situação presente até o recorte temporal desta pesquisa em 30 de setembro de 2019.

³⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Relator Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em: 11/10/2017, DJE: 07/08/2018, p. 306 (19).

³⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Relator Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em: 11/10/2017, DJE: 07/08/2018, p. 305 (18).

³⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Relator Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em: 11/10/2017, DJE: 07/08/2018, p. 130 (19).

³⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Relator Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em: 11/10/2017, DJE: 07/08/2018, p. 77 (8) - 78 (9).

³⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Relator Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em: 11/10/2017, DJE: 07/08/2018, p. 225 (24).

³⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Relator Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em: 11/10/2017, DJE: 07/08/2018, p. 261 (20).

³⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Relator Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em: 11/10/2017, DJE: 07/08/2018, p. 190 (24).

³⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Petição de Oposição de Embargos de Declaração da Câmara dos Deputados, 14/08/2018 e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Petição de Oposição de Embargos de Declaração do Senado Federal, 14/08/2018.

à ausência de autorizações constitucional e legal, próprias e específicas, para imposição de cautelar de afastamento de mandato”.³⁵⁸

Caso sejam admitidos os Embargos, não se sabe qual dessas contradições serão mais difíceis de serem sanadas. Afinal, em nenhum dos casos está-se diante dos arranjos institucionais que a Constituição admitiu.

2.3. Situações excepcionais prévias e posteriores à ADI nº 5526: os casos da Ação Cautelar nº 4039 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 497

Como visto, a depender da maré os poderes constituídos estão submetidos a diferentes cantos das sereias. Da AC nº 4070 à ADI nº 5526, a ausência de previsão específica, com assento constitucional, para o afastamento pela jurisdição criminal de parlamentares passou a não mais subsistir, ainda que outrora expressamente reconhecida pelo STF.

A gramática da excepcionalidade passou a abrolhar com frequência nas decisões judiciais, a despeito da busca pela construção paradigmática de um Estado de Direito. De forma recorrente, como aponta Eneida Desiree Salgado, tem sido utilizada para “permitir que magistrados atuem para além do Direito em nome do interesse público ou de sua visão perfeccionista e até para restringir prerrogativas de agentes públicos eleitos democraticamente”.³⁵⁹

Essa gramática não se confunde com a necessidade de utilização excepcional de determinados instrumentos jurídicos – como, por exemplo, das medidas cautelares ou, nos períodos de crise, do Estado de Defesa e do Estado de Sítio. Nesses casos, a excepcionalidade atua como uma barreira aos poderes constituídos – pois o Direito prevê a sua utilização tão-somente se preenchidas as condições estabelecidas no ordenamento jurídico. Por se tratarem de medidas gravosas, não se espera sua utilização corriqueira, ainda mais quando as situações descritas no texto normativo são amplas e genéricas, como tem-se, por exemplo, no *caput* do artigo 312 do CPP e no *caput* do artigo 126 da CRFB. Porém, preenchidas as hipóteses, estão autorizadas pelo Direito.

Na gramática da excepcionalidade, não. Trata-se de exceção à própria aplicação do Direito por um critério exógeno a esse: a excepcionalidade das situações fáticas. Nela, deixa-se

³⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Petição de Oposição de Embargos de Declaração do Senado Federal, 14/08/2018, p. 21-22.

³⁵⁹ SALGADO, Eneida Desiree. Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, nº 117, jul./dez. 2018, p. 193-194.

de se utilizar aquilo que foi previsto pelo ordenamento porque o caso concreto posto à adjudicação é, supostamente, atípico e, por isso, excepciona-se as regras jurídicas que nele incidem.

Ao julgar a ADI nº 5526, o Tribunal, conforme bem sintetiza Lenio Luiz Streck, “abriu perigosíssimo precedente: todos os parlamentares, governadores e autoridades que tenham denúncia recebida contra si podem ser afastados do cargo, desde que o caso seja considerado como “excepcional”, problemática que coloca o subjetivismo da corte no seu mais alto patamar”.³⁶⁰ Para além da chancela da excepcionalidade às medidas cautelares diversas da prisão, o Supremo Tribunal Federal já o fez às prisões cautelares de congressistas, ainda que com uma retórica diversa.

Em novembro de 2015, previamente a esse julgado, decretou-se, na Ação Cautelar nº 4039, a prisão então senador Delcídio do Amaral (PT/MS). A PGR, à época comandada pelo Procurador Rodrigo Janot, requereu a prisão preventiva do senador ou, caso se entendesse descabida em razão da vedação constitucional, a aplicação das medidas cautelares alternativas da prisão.³⁶¹ O pedido foi fundamentado na ideia que de, não sendo absolutas, as imunidades formais não podem se transformar “em abrigo de criminosos, os quais vem sabotando relevante investigação criminal e instrução processual em curso”.³⁶²

Em referendo à decisão monocrática do Ministro Teori Zavascki, Relator da ação, a Segunda Turma do STF, decretou a prisão cautelar do senador em flagrante de crime inafiançável (art. 53, § 2º, CRFB) – mediante uma argumentação heterodoxa quanto a aspectos basilares do Direito Penal e do Direito Constitucional.³⁶³

Pela decisão, haveria flagrância porque, presentes indícios de participação em organização criminosa (art. 1º, *caput*, Lei nº 12.850/2013), o crime, pela jurisprudência do Tribunal, seria permanente.³⁶⁴ Entretanto, conforme expõe Fernando Hideo Iochida Lacerda, a

³⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz. *30 anos da CF em 30 julgamentos: uma radiografia do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 309.

³⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AC 4039/DF*, Petição Inicial da Procuradoria-Geral da República, Rodrigo Janot, 20/11/2015, p. 46.

³⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AC 4039/DF*, Petição Inicial da Procuradoria-Geral da República, Rodrigo Janot, 20/11/2015, p. 42.

³⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AC 4039/DF*, Decisão Min. Teori Zavascki, 24/11/2015. Narram Felipe Recondo e Luiz Weber que o referendo da Segunda Turma do STF a essa decisão foi precedida de uma “reunião secreta no gabinete de Teori Zavascki”, pois ele “não queria decidir solitariamente e depois ser desautorizado por seus pares”. Dias antes, o Ministro havia dito a Rodrigo Janot: “Você não me vai pedir a prisão de um senador, vai?”. Com a afirmativa, “enrubescou, franziu a testa, negaceou com a cabeça” (RECONDO, Felipe; Weber, Luiz. *Os onze: O STF, seus bastidores e as suas crises*. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 48-49; p. 53-58). Dias depois o prenderia.

³⁶⁴ SALGADO, Eneida Desiree. Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, nº 117, jul./dez. 2018, p. 208-209.

imputação da PGR se restringiu à “prática do crime previsto no artigo 2º, § 1º, da Lei 12.850/2013, que jamais poderia ser considerado crime permanente, pois é lição elementar que as condutas impedir ou embaraçar são instantâneas”.³⁶⁵

Além disso, a inafiançabilidade do crime é explicada, segundo Eneida Desiree Salgado, de forma teratológica.³⁶⁶ Diz-se, em repetição ao artigo 324, IV, do CPP que a inafiançabilidade do crime decorre da impossibilidade de concessão da fiança quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva. Ora, como aponta Diogo Malan, o legislador ordinário só pode ampliar as hipóteses de crimes inafiançáveis previstas na Constituição “pela caracterização de determinado delito como hediondo (Lei 8.078/1990, art. 1.º)”³⁶⁷ – pois o texto constitucional assim o autoriza e o limita. De resto, devem ser consideradas de forma taxativa na Constituição.³⁶⁸

Por isso, para o autor, a correta interpretação do artigo 324, IV, do CPP é a de se reconhecer a impossibilidade de se conceder fiança, cautelar diversa da prisão, quando presentes os pressupostos e os fundamentos da prisão preventiva por ser vedada a aplicação recíproca.³⁶⁹ Em entendimento diverso, Aury Lopes Jr. entende pela impossibilidade de se conceder liberdade provisória com fiança caso preenchida a justificação da prisão preventiva.³⁷⁰

Em ambos, nada mais do que isso. A prevalecer a interpretação levada à cabo na medida cautelar na AC nº 4039, segundo Diogo Malan, levaria-se: (i) a tornar qualquer infração penal “inafiançável sempre que o Juiz decidisse pela prisão preventiva”, (ii) a promover uma leitura dos crimes inafiançáveis da Constituição à luz do Código de Processo Penal e (iii) a subverter o artigo 53, § 2º, da Constituição para que onde se lê “os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável”, leia-se “os membros do

³⁶⁵ LACERDA, Fernando Hideo Iochida. *Prisão cautelar do congressista em estado de flagrância*: elegia ao Estado de Direito. Empório do Direito, 20 fev. 2017. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/prisao-cautelar-de-congressista-em-situacao-de-flagrancia-elegia-ao-estado-de-direito>>. Acesso em 12 abr. de 2019.

³⁶⁶ SALGADO, Eneida Desiree. Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, nº 117, jul./dez. 2018, p. 208-209.

³⁶⁷ MALAN, Diogo. Imunidades parlamentares: aspectos processuais penais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, vol. 122/2016, set./out. 2016, p. 63–91. In: *Revista dos Tribunais Online*, DTR\2016\22980, p. 10.

³⁶⁸ Essas hipóteses foram descritas no item 1.1 do capítulo 1, em que se diz que no Brasil, são considerados inafiançáveis a prática do racismo (art. 5º, XLII, CRFB), a prática de tortura (art. 5º, XLIII, CRFB), o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins (art. 5º, XLIII, CRFB), o terrorismo (art. 5º, XLIII, CRFB), os crimes definidos (por lei) como hediondos (art. 5º, XLIII, CRFB) e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV, CRFB).

³⁶⁹ MALAN, Diogo. Imunidades parlamentares: aspectos processuais penais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, vol. 122/2016, set./out. 2016, p. 63–91. In: *Revista dos Tribunais Online*, DTR\2016\22980, p. 10.

³⁷⁰ LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 202.

Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em caso de cabimento da prisão preventiva”.³⁷¹

Por evidente, não sendo o caso de flagrância e nem de crime inafiançável, essa subsunção é completamente inconstitucional. A figura anômala criada: “prisão preventiva em flagrância de crime inafiançável” se trata, na verdade, de uma modalidade diversa daquilo que a Segunda Turma do STF denominou: uma verdadeira prisão preventiva – vedada constitucionalmente. “Na letra da norma, a prisão de um parlamentar naquelas circunstâncias não era admitida. Mas era a hora de uma viragem na ordem institucional do país. Zavascki iria adiante”, ilustram Felipe Recondo e Luiz Weber.³⁷²

Para essa “viragem”, a decisão, além de utilizar essa frágil subsunção, apoiou-se fortemente na gramática da excepcionalidade. O Ministro Alexandre de Moraes disse na ADI nº 5526 que naquele caso, em conjunto com outros que também fizeram uso da excepcionalidade, havia “espaço interpretativo para relativizar essa norma constitucional”.³⁷³ Ao fazer tal afirmação, não teve preocupação com o estabelecimento de quaisquer balizas para excepcionar a aplicação da norma. Por critério do julgador, estava presente situação peculiar na AC nº 4039, ausente em outros casos; e, *quicá*, estará configurada em casos vindouros – a depender do momento político e do acusado em questão.

No STF, casos futuros não tardarão à análise da manutenção dessa gramática. Em novembro de 2017, após a unanimidade dos Ministros do STF ter decidido na ADI nº 5526 pela inconstitucionalidade da decretação de prisões cautelares, temporárias ou preventivas, aos parlamentares em razão de regra constitucional expressa, a Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro revogou, por meio do Projeto de Resolução nº 577/2017, a ordem de prisão preventiva de três deputados estaduais.

No mesmo mês, a Procuradoria-Geral da República, à época sob o comando da Procuradora Raquel Dodge, ajuizou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 497 requerendo a suspensão dos efeitos dessa Resolução. Apesar de no julgamento da ADI nº 5526, vários ministros terem deixado claro que a decisão repercutiria em âmbito estadual por conta do “efeito de norma de extensão fundada na própria Constituição da República, aos Deputados Estaduais (art. 27, § 1º) e aos Deputados Distritais (art. 32, § 3º)” – nas palavras do

³⁷¹ MALAN, Diogo. Imunidades parlamentares: aspectos processuais penais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, vol. 122/2016, set./out. 2016, p. 63–91. In: *Revista dos Tribunais Online*, DTR\2016\22980, p. 10.

³⁷² RECONDO, Felipe; Weber, Luiz. *Os onze*: O STF, seus bastidores e as suas crises. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 56.

³⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Relator Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em: 11/10/2017, DJE: 07/08/2018, p. 61.

Ministro Celso de Mello³⁷⁴ – ela argumentou que naquele processo se decidiu apenas a âmbito federal.³⁷⁵

Para além desse falho argumento, a Resolução deveria ter os seus efeitos suspensos, para a PGR, porque, em vista da gramática utilizada em julgados como a AC nº 4070, “o próprio Supremo Tribunal Federal admite, em situações excepcionais, a inaplicabilidade da regra do artigo 53-§ 3º, tanto para parlamentares estaduais (artigo 21-§ 1º)”.³⁷⁶ O afastamento da imunidade formal seria necessário porque supostamente presentes, no caso, “anomalia institucional e situação de superlativa excepcionalidade”.³⁷⁷ Essa expressão, originalmente utilizada na ADI nº 5526 pelo Ministro Dias Toffoli para ressaltar a aplicação das medidas cautelares em casos tidos como excepcionais, embora tenha tido apoio de alguns dos magistrados, não foi amplamente discutida em virtude do desenlace final do julgado.³⁷⁸

Entretanto, de tão arraigada às imunidades formais, buscou a PGR, com apoio nos votos proferidos na ADI nº 5526, construir critérios pautados pela gramática da excepcionalidade e teoricamente objetivos para, em casos concretos, negar a aplicação do direito e afastar a efetividade da Constituição como texto e como norma.

Embora a medida cautelar na ADPF nº 497 tenha sido pautada, em maio de 2019, em conjunto com as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 5823, nº 5824 e nº 5825, não foi essa apreciada.³⁷⁹ Ante a identidade de objetos das ações, o Ministro Edson Fachin, Relator, indeferiu liminarmente a Arguição por ausência de subsidiariedade em setembro de 2019.³⁸⁰ Contudo, a aplicabilidade das regras da Constituição Federal relativas à imunidade dos deputados federais aos deputados estaduais (art. 27, § 1º, CRFB), em qualquer caso, voltará a ser debatida, posto que, decidida liminarmente,³⁸¹ pende de deliberação definitiva.

³⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5526/DF, Relator Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em: 11/10/2017, DJE: 07/08/2018. Disseram isso expressamente os Ministros Celso de Mello (p. 81 (12)), Gilmar Mendes (p. 182 (26) - 183 (27) e Cármen Lúcia (p. 313 (26)).

³⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 497/RJ, Petição Inicial da Procuradoria-Geral da República, Raquel Dodge, 21/11/2017, p. 6.

³⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 497/RJ, Petição Inicial da Procuradoria-Geral da República, Raquel Dodge, 21/11/2017, p. 7.

³⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 497/RJ, Petição Inicial da Procuradoria-Geral da República, Raquel Dodge, 21/11/2017, p. 9.

³⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5526/DF, Relator Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em: 11/10/2017, DJE: 07/08/2018, p. 124 (13) – 127 (16), p. 132 (21). Isso é esmiuçado no item 2.1 deste trabalho, especificamente às páginas 59-60.

³⁷⁹ Consignou o Ministro Edson Fachin, “Não obstante a presente arguição tenha sido incluída em calendário de julgamento, ela não foi apreciada pelo Tribunal que julgou apenas a ação direta” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 497/RJ, Decisão Min. Edson Fachin, 18/09/2019, p. 4).

³⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 497/RJ, Decisão Min. Edson Fachin, 18/09/2019.

³⁸¹ Tratado neste trabalho à página 3. Sobre o tema, ver: *Supremo Tribunal Federal*. Notícia Plenário nega liminares em ADIs sobre imunidade de deputados estaduais por Imprensa em 08 mai. 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=410496>>. Acesso em 01 jun. de 2019.

CONCLUSÃO

Aos membros do Parlamento a Constituição concedeu determinadas prerrogativas, divididas em imunidades formais, imunidades materiais e foro por prerrogativa de função, ou aforamento. As formais visam a protegê-los da prisão e a resguardá-los do processo durante o período do mandato.

Ainda que se coloquem, no mundo contemporâneo, intensas críticas às imunidades formais pelo fim de *privilégios* e da impunidade, há de se rememorar uma das condições fundamentais da democracia representativa: um Parlamento composto pelo voto popular que seja livre para tomar decisões na esfera democrática, respeitadas a pluralidade de ideias e as limitações constitucionais.

Não há democracia sem Parlamento livre, portanto. As atividades exógenas ao Poder Legislativo que embaraçam a atividade parlamentar sempre foram utilizadas pelas Ditaduras – como, no caso brasileiro, durante a égide da Constituição de 1937 e dos Atos Institucionais da Ditadura Militar de 1964 a 1985. Esses atos possibilitaram ao Poder Executivo promover a suspensão de direitos, a cassação de mandatos legislativos e a decretação de recesso do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas e das Câmaras de Vereadores.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 11/1978, abriu-se, no § 5º do artigo 32 da Constituição de 1969, em lugar da cassação de mandatos e da suspensão de direitos políticos pelo chefe do Poder Executivo, a possibilidade de o Procurador-Geral da República, nos crimes contra a Segurança Nacional, cujo processo independe de licença da Câmara legislativa, requerer a suspensão do exercício do mandato parlamentar, até a decisão final, de representação pelo Supremo Tribunal Federal – processo esse que, segundo o entendimento à época do STF, não poderia a Casa legislativa sustar.

Apenas com a redemocratização e a promulgação da Constituição, em 1988, as imunidades formais foram plenamente reestabelecidas. Pelo texto original, os deputados, as deputadas, os senadores e as senadoras eram submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal e desde a expedição do diploma, não poderiam ser presos, salvo flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente, sem prévia licença da Casa a que pertencessem. Na hipótese de prisão, os autos seriam remetidos, dentro de vinte e quatro horas, à Casa respectiva, para que – pelo voto secreto de maioria absoluta – essa resolvesse sobre a prisão e autorizasse, ou não, a formação de culpa.

Frente ao baixíssimo número de autorizações concedidas pelas Casas legislativas para o processamento dos parlamentares, em um processo legislativo permeado por discussões

éticas, aprovou-se a Emenda Constitucional nº 35/2001, que deixou de prever a necessidade de licença prévia da Casa para o processamento criminal do parlamentar, mas possibilitou a essa um mecanismo de controle para por voto de maioria absoluta em apreciação de pedido de iniciativa de partido político com representação na Casa sustar o andamento da ação.

Em 2011, com a promulgação da Lei nº 12.403/2011, o artigo 319 (com os seus nove incisos) e o artigo 320 passaram a elencar medidas cautelares diversas da prisão. Essas devem ser aplicadas de acordo com a necessidade (art. 282, I, CPP), a adequação e a proporcionalidade (art. 282, II, CPP) daquela(s) medida(s) cautelar(es) no caso concreto. Podem ser empregadas a qualquer tempo, ou seja, mesmo na fase de investigações preliminares, de forma cumulativa, ou não, às outras medidas diversas da prisão e à liberdade provisória. Durante o processo, podem ser decretadas de ofício pelo juiz ou a requerimento das partes; nas investigações preliminares por requerimento do Ministério Público ou por representação da autoridade policial (art. 282, § 2º, CPP). E, de igual forma à prisão preventiva (art. 312, CPP), não tem um prazo definido de duração.

A prerrogativa da imunidade formal leva à admissão da aplicação dessas medidas apenas em duas hipóteses: (i) quando houver substituição à prisão do congressista em flagrante de crime inafiançável pelas medidas cautelares diversas da prisão, remetida à Casa legislativa para deliberação e (ii) quando essas não interfiram no exercício do mandato parlamentar – como, por exemplo, por aplicação das medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha (art. 22, Lei nº 11.340/2006).

Nada obstante, em maio de 2016, no âmbito dos Inquéritos nº 3.983 e nº 4.146, o Supremo Tribunal Federal chancelou a aplicação de suspensão do exercício de função pública (art. 319, VI, CPP) ao então Presidente da Câmara dos Deputados, em razão da excepcionalidade do caso, mesmo tendo o Ministro Relator reconhecido a inexistência de previsão constitucional para o afastamento pela jurisdição constitucional de parlamentares.

No ano seguinte, porém, o STF admitiu essa possibilidade na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5526. Nela, os Ministros decidiram que as prisões cautelares são vedadas pela Constituição; sendo, contudo, aplicáveis as medidas cautelares diversas da prisão, devendo-as, nesse caso, ser submetidas à Casa legislativa em analogia ao artigo 53, § 2º, da Constituição.

No julgamento, foi empreendida a utilização genérica de princípios estruturantes do Direito Constitucional e de limpeza ética do país para sustentar que as imunidades devem ser interpretadas à luz – unicamente – da literalidade do texto constitucional e das formas como foram concebidas. Porém, não se observou que a vontade do constituinte era impossibilitar

medidas exógenas, seja do Poder Executivo, seja do Poder Judiciário, de restrição do livre exercício do mandato popular.

Some-se a isso o ao fato de que a decretação não se restringe à decisão colegiada do Supremo Tribunal Federal, mas, ao contrário, permite que cada Ministro e Ministra individualmente o faça. E, em razão do decidido na questão de ordem na AP nº 937, a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão passa a ser decidida pelos juízes de primeira instância, sendo o STF competente ao processamento e julgamento dos deputados federais e senadores tão-somente aos crimes praticados no cargo e em razão dele.

Para além da “recriação” do ditatorial artigo 32, § 5º, da Constituição de 1969, com a redação dada pela EC nº 11/1978, poderá o juiz singular decidir – durante o processo criminal sem a necessidade de requerimento das partes, do MP ou da autoridade policial – por cognição sumária e argumentação aberta, a qualquer tempo, se, em que medida e durante quanto tempo ferirá a presunção de inocência e o exercício do mandato do parlamentar pela aplicação das medidas cautelares diversas da prisão ao congressista. Como reconhecido por membros do Tribunal, a depender do período de decretação da medida, a suspensão do mandato equivaleria a sua cassação do mandato em total desconformidade com o § 2º do artigo 55 da Constituição.

Da maneira como foi posta, a questão permanecerá na ordem do dia da República. Isso se demonstra, entre outros casos, da pendência: de julgamento definitivo da ilicitude de operações determinadas por juízo de primeiro grau de busca e apreensão no Senado Federal que tenham como destinatário detentores de prerrogativa de foro (AC nº 4297) e da aplicabilidade das imunidades da Constituição da República Federativa do Brasil aos deputados estaduais (ADI's nº 5823, nº 5824 e nº 5825), cujas cautelares foram deferida em junho de 2019; de pedido de relaxamento de prisão preventiva de deputado federal (HC nº 167174) e da possibilidade de juízes de primeira instância aplicarem medidas cautelares diversas da prisão a parlamentares (Embargos de Declaração na ADI nº 5526). Importa ressaltar que em situações anteriores caracterizadas pelo Tribunal Constitucional como excepcionais, como na Ação Cautelar nº 4039, têm sido admitidas prisões cautelares de congressista – reconhecidas pela própria Corte na ADI nº 5526 como inconstitucionais.

Vê-se que, sem qualquer alteração formal da Constituição, sem qualquer debate público e sem qualquer constrangimento tem o STF reescrito o estatuto dos congressistas: a depender da situação, pode o Poder Judiciário impedir o comparecimento do detentor de voto popular ao Congresso Nacional, suspender ou cassar o seu mandato, com controle apenas posterior pela Casa legislativa respectiva – tudo antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, tudo sem previsão constitucional.

Após algumas décadas de vigência da Constituição, promulgada em 1988, esperava-se outro cenário. Nesse tema, em desconformidade ao precípua dever de garantir direitos humanos fundamentais e de guardar a Constituição que lhe foi dado, sucumbe o Supremo Tribunal Federal ao canto das sireias para promover uma suposta limpeza ética do país, em desprezo ao voto e à soberania populares.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Abril Comunicações. 30 anos da Constituição: a história da Carta – as origens, os bastidores e a herança do texto que fundou o Brasil democrático. Editado por Alexandre Salvador, Diogo Schelp e Thais Navarro. São Paulo: Abril, 2018.

ALEIXO, Pedro. Imunidades parlamentares. Belo Horizonte, Minas Gerais: Ed. UFMG, *Revista Brasileira de Estudos Sociais e Políticos*, nº 18, 1961.

ARCHEGAS, João Victor. *Colegiado deserto: poderes individuais no STF e teoria constitucional contemporânea*. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2018.

BERNARDELLI, Paula; DE VARGAS, Tuany Baron. Manifestações de ódio no exercício da atividade parlamentar: liberdades de discursos e abusos de prerrogativas. In: SALGADO, Eneida Desiree; HACHEM, Daniel Wunder (coord.). *Direito, liberdade e justiça*. Curitiba, Íthala, 2017, p. 305-329.

Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da USP. Declaração de direitos do homem e do cidadão – 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em 08 fev. de 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda à Constituição 34/95*, Autor Domingos Dutra e outros, apresentada em: 23/03/1995. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14282>>. Acesso em 22 fev. de 2019.

_____. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda à Constituição 101/95*, Autor Álvaro Gaudêncio Neto e outros, apresentada em: 23/05/1995. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14382>>. Acesso em 22 fev. de 2019.

_____. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda à Constituição 178/95*, Autora Célia Mendes e outros, apresentada em: 23/08/1995. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14505>>. Acesso em 22 fev. de 2019.

_____. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda à Constituição 518/97*, Autor Ibrahim Abi-ackel e outros, apresentada em: 09/09/1997. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14801>>. Acesso em 22 fev. de 2019.

_____. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda à Constituição 610/98 (No Senado, 2/1995)*, Autor Ronaldo Cunha Lima e outros, apresentada em: 19/06/1998. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14848>>. Acesso em 22 fev. de 2019.

_____. Senado Federal. *Bases Históricas: Bases da Assembleia Nacional Constituinte 1987-1988*. Disponível em: <<http://www6g.senado.gov.br/apem/search?keyword=imunidade%20parlamentar;startDoc=>>. Acesso em 23 fev. de 2019.

_____. Senado Federal. *Bases Históricas: Bases da Assembleia Nacional Constituinte 1987-1988*, Avulso, Subcomissão III-a, vol. 107. Disponível em: <<http://www6g.senado.gov.br/apem/data/AVULSO/vol-107.pdf>>. Acesso em 23 fev. de 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Inq 510/DF*, Relator Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em: 01/02/1991, DJ: 19/04/1991.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Inq 2.134/PA*, Relator Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em: 23/03/2006, DJ: 02/02/2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE 466.343/DF*, Relator Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em: 03/12/2008, DJ: 05/06/2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC 84.078/MG*, Relator Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em: 05/02/2009, DJE: 26/02/2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Inq 2.332 AgR/DF*, Relator Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em: 10/02/2011, DJE: 01/03/2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. *AC 4039/DF*, Petição Inicial da Procuradoria-Geral da República, Rodrigo Janot, 20/11/2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *AC 4039/DF*, Decisão Min. Teori Zavascki, 24/11/2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC 126.292/DF*, Relator Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em: 17/02/2016, DJE: 17/05/2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *AC 4070/DF*, Decisão Min. Teori Zavascki, 04/05/2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *AC 4070/DF*, Relator Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em: 05/05/2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *AP 694/MT*, Relator Min. Rosa Weber, Revisor Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em: 02/05/2017, DJE: 31/08/2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Relator Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em: 11/10/2017, DJE: 07/08/2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Petição Inicial dos partidos PP, PSC e PSD, 12/05/2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Despacho do Relator Min. Edson Fachin, 18/05/2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Manifestação da Presidência da República, 08/06/2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Manifestação do Senado Federal, 09/06/2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Manifestação da Câmara dos Deputados, 17/06/2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Manifestação da Advocacia-Geral da União, Fábio Medina Osório, 27/06/2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Manifestação da Procuradoria-Geral da República, Rodrigo Janot, 19/12/2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Manifestação dos partidos PP, PSC e PSD, 28/06/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Manifestação da Câmara dos Deputados, 05/10/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Manifestação do Senado Federal, 05/10/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Manifestação da Advocacia-Geral da União, Grace Maria Fernandes Mendonça, 06/10/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Petição de Oposição de Embargos de Declaração da Câmara dos Deputados, 14/08/2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5526/DF*, Petição de Oposição de Embargos de Declaração do Senado Federal, 14/08/2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 497/RJ*, Petição Inicial da Procuradoria-Geral da República, Raquel Dodge, 21/11/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *AP 937 QO/RJ*, Relator Min. Roberto Barroso, Revisor Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em: 03/05/2018, DJE: 11/12/2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *AP 996/DF*, Relator Min. Edson Fachin, Revisor Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em: 29/05/2018, DJE: 08/02/2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 497/RJ*, Decisão Min. Edson Fachin, 18/09/2019.

Canal TV FOLHA. AI-5, 50 anos: Vozes no Palácio das Laranjeiras. 2018. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=eby7f5PL8eU>>. Acesso em 23 fev. de 2019.

Canal TV JUSTIÇA. Grandes Julgamentos do STF - Aplicação das medidas cautelares a parlamentar (28/11/17). 2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=185MPj907gk>>. Acesso em 11 abr. de 2019.

CARVALHO, Luiz Maklouf. 1988: segredos da Constituinte. Os vinte meses que agitaram e mudaram o Brasil. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Record, 2017.

CODATO, Adriano Nervo. *Uma história política da transição brasileira: da Ditadura Militar à democracia*. Rev. Sociol. Polit., Curitiba, nº 25, p. 83-106, nov. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782005000200008&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 11 abr. de 2019.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Relatório de Admissibilidade nº 38/07*, Vítima Márcia Barbosa de Souza, 26 jul. 2007. Disponível em: <<https://cidh.oas.org/annualrep/2007port/Brasil12.263port.htm>>. Acesso em 24 fev. de 2019.

CHOUKR, Fauzi Hassan. As medidas cautelares no processo penal brasileiro. *Empório do Direito*, 25 mar. 2015. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/as-medidas-cautelares-pessoais-no-processo-penal-brasileiro-panorama-dos-tres-anos-da-lei-n-12-403-11-por-fauzi-hassan-choukr>>. Acesso em 12 abr. de 2019.

FACHIN, Melina Girardi. Uma medida de constitucionalidade nas 10 medidas contra corrupção. *Empório do Direito*, 27 ago. 2016. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/uma-medida-de-constitucionalidade-nas-10-medidas-contracorrupcao>>. Acesso em 10 nov. de 2019.

FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar; ALMEIDA, Guilherme da Franca Couto Fernandes de; CHAVES FILHO, Luciano de Oliveira [et al.]. *V Relatório Supremo em Números: o foro privilegiado*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2017.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, vol. 2, 1989.

Folha de S. Paulo. Notícia Figueiredo volta atrás e retira emenda; Tancredo já se prepara por Folha de S. Paulo em 29 jun. 1984. Disponível em: <http://almanaque.folha.uol.com.br/brasil_29jun1984.htm>. Acesso em 21 fev. de 2019.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Comentários à Lei de Execução Penal*. Belo Horizonte: CEI, 2018.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes* (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 6. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2014.

HACHEM, Daniel Wunder. Sepultamento da presunção de inocência pelo STF (e os funerais do Estado Democrático de Direito). *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, nº 86, fev. 2016.

HOBBSAWM, Eric. *Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991*. Tradução: Marcos Santarrita; revisão técnica Maria Célia Paoli. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

Jornal do Senado. Notícia Congresso promulga hoje a restrição à imunidade por *Jornal do Senado* em 20 dez. 2001. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/noticias/jornal/arquivos_jornal/arquivosPdf/011220.pdf>. Acesso em 23 fev. de 2019.

KRIEGER, Jorge Roberto. *Imunidade Parlamentar: histórico e evolução do instituto no Brasil*. Santa Catarina: Letras Contemporâneas, Oficina Editora Ltda., Coleção Alicerce Jurídico, vol. 1, 2004.

KURANAKA, Jorge. *Imunidades parlamentares*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

LACERDA, Fernando Hideo Iochida. *Prisão cautelar do congressista em estado de flagrância: elegia ao Estado de Direito*. Empório do Direito, 20 fev. 2017. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/prisao-cautelar-de-congressista-em-situacao-de-flagrancia-elegia-ao-estado-de-direito>>. Acesso em 12 abr. de 2019.

LEORATTI, Alexandre. Notícia Mais de 110 membros do MP defendem constitucionalidade da Escola sem Partido. *Jota*, 09 nov. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/justica/estudantes-professores-militantes-mp-09112018>>. Acesso em 24 fev. de 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de Processo Penal comentado*. 3. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

_____. *Prisões cautelares*. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

MADUEÑO, Denise; ULHÔA, Raquel. Notícia Senadores aprovam fim da imunidade. *Folha de S. Paulo*, 20 dez. 2001. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc2012200120.htm>>. Acesso em 22 fev. de 2019.

MALAN, Diogo. Imunidades parlamentares: aspectos processuais penais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, vol. 122/2016, set./out. 2016, p. 63–91. In: *Revista dos Tribunais Online*, DTR\2016\22980.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, vol. 2, 1953.

MONTEIRO, Maurício Gentil. A limitação da imunidade parlamentar: apontamentos sobre a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 35/2001. *Revista da Esmese*, Temas de Direito na Modernidade, nº 2, Aracaju, p. 347-360, jul. 2002.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 17. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

PACELLI, Márcio. Notícia Ministra Cármen Lúcia exige respeito ao Judiciário. *Conselho Nacional de Justiça*, 25 out. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83736-ministra-carmen-lucia-exige-respeito-ao-judiciario>>. Acesso em 08 fev. de 2019.

PIOVESAN, Flávia. Artigo Prerrogativa ou privilégio? *Folha de S. Paulo*, 04 jul. 2001. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0407200110.htm>>. Acesso em 18 fev. de 2019.

_____. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 16. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

RECONDO, Felipe. Artigo O xeque-mate de Teori Zavascki: a decisão de afastar Eduardo Cunha da Presidência da Câmara e do mandato parlamentar. *Jota*, 05 mai. 2016. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-xeque-mate-de-teori-zavascki-05052016>>. Acesso em 12 abr. de 2019.

RECONDO, Felipe; Weber, Luiz. *Os onze: O STF, seus bastidores e as suas crises*. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

ROMEO, Adriana. Notícia Congresso promulga emenda da Imunidade Parlamentar. *Agência Câmara*, 20 dez. 2001. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/NAO-INFORMADO/14388-CONGRESSO-PROMULGA-EMENDA-DA-IMUNIDADE-PARLAMENTAR.html>>. Acesso em 23 fev. de 2019.

SALGADO, Eneida Desiree. Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, nº 117, jul./dez. 2018.

_____. *Princípios Constitucionais Eleitorais*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

_____. *Reforma Política*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2018.

_____. *Tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro*. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Paraná.

SANTOS, Divani Alves dos. *Imunidade parlamentar à luz da Constituição Federal de 1988*. 2009. Monografia (Especialização em Processo Legislativo) – Programa de Pós-Graduação do Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento da Câmara dos Deputados, Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento (Cefor) da Câmara dos Deputados, Brasília.

SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloisa Murgel. *Brasil: uma biografia*. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

SILVA, Carlos Eduardo Lima Passos da. A Imunidade Parlamentar: Razões de Supressão. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos – Divisão Jurídica, Instituição Toledo de Ensino*, nº 22, ago./nov. 1998.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 41. ed., rev. e atual. até a Emenda Constitucional nº 99, de 14.12.2017. São Paulo: Malheiros, 2018.

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. *As condições da ação no direito processual penal: sobre a inadequação das condições da ação processual civil ao juízo de admissibilidade da acusação*. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SOBREIRA, Renan Guedes. Canais de Diálogo Entre o Poder Público e as Variadas Vozes da Sociedade. In: *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná*, nº 42, jun. 2016, p. 293-325.

_____. *Inviolabilidad de opinión parlamentaria en España*. Curitiba: Editora Íthala, 2019.

_____.; DE VARGAS, Tuany Baron. Improbidade e novos inimigos: o Direito Administrativo frente à 5ª Medida Contra a Corrupção. In: LIBÓRIO, Daniela; GUIMARÃES, Edgar; GABARDO, Emerson (coord.). *Eficiência e ética no Direito Administrativo*. 1. ed. Curitiba: Íthala, 2017, p. 179-197.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. *30 anos da CF em 30 julgamentos: uma radiografia do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, São Leopoldo, v 1, nº 2, jul./dez. 2009.

Supremo Tribunal Federal. Notícia Plenário nega liminares em ADIs sobre imunidade de deputados estaduais por Imprensa em 08 mai. 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=410496>>. Acesso em 01 jun. de 2019.

Supremo Tribunal Federal. Notícia STF decide que cumprimento da pena deve começar após esgotamento de recursos por Imprensa em 07 nov. 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=429359&ori=1>>. Acesso em 10 nov. 2019.

TEIXEIRA, Marcelo Santos. Artigo Prisão preventiva de parlamentares: ativismo ou republicanismo? *Jota*, 20 abr. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/prisao-preventiva-de-parlamentares-ativismo-ou-republicanismo-20042018>>. Acesso em 23 fev. de 2019.

TEIXEIRA, Matheus. Notícia Gilmar diz que há abusos em decisões contra candidatos em época de eleição. *Jota*, 12 set. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/eleicoes-2018/gilmar-abusos-decisoes-candidatos-eleicao-12092018>>. Acesso em 24 fev. de 2019.