

Diálogo entre os Poderes Legislativo e Judiciário: aplicação das medidas cautelares penais aos parlamentares federais

Dialogue between Legislative and Judicial Powers: criminal precautionary measures on federal congressmen

Rodolfo Moreira Alencastro Veiga*

RESUMO

O presente artigo tem como tema a relação entre os Poderes Legislativo e Judiciário. O estudo é desenvolvido ante a análise do princípio da separação, independência e harmonia entre os mencionados Poderes, abarcando as matérias constitucional e processual penal. A partir da pesquisa normativa, doutrinária e jurisprudencial sobre os referidos princípios, examina-se, sob o enfoque crítico, a possibilidade de o Poder Judiciário impor aos parlamentares federais medidas cautelares penais, considerando, sobretudo, o recente posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria. Conclui-se pela possibilidade da decretação da prisão preventiva e demais medidas cautelares penais previstas no ordenamento jurídico aos congressistas, condicionada ao envio dos autos à respectiva Casa legislativa quando a medida puder interferir, direta ou indiretamente, no exercício regular do mandato parlamentar.

Palavras-chave: Separação de Poderes. Medida cautelar penal. Poder Legislativo. Estatuto dos Congressistas.

ABSTRACT

This article focuses on the relationship between the legislative and judicial powers. The study was developed under the principles of separation, independency and harmony between those powers, covering the constitutional and criminal disciplines. Based on the normative, doctrinal and jurisprudential research on these principles, it examines, from a critical perspective, the possibility of the judicial power to impose criminal precautionary measures on federal parliamentarians, especially considering the recent interpretative position of the Supreme Court on that matter. The study conclusions defend the possibility of pre-trial detention and other criminal precautionary measures envisaged in the legal system, conditioned upon the submission of the case records to the respective legislative house when the measure impacts, directly or indirectly, on the regular exercise of the parliamentary mandate.

Keywords: Separation of Powers. Criminal precautionary measure. Legislative Power. Congressman Statute.

1 Introdução

A temática abordada no presente artigo corresponde a objeto de direito constitucional e processual, cujo estudo será desenvolvido a partir da conceituação e análise do princípio da separação dos Poderes, das prerrogativas parlamentares, da aplicação das medidas cautelares penais e da relação entre os Poderes Legislativo e Judiciário.

Visando a compreensão efetiva do assunto, a pesquisa parte da reflexão do sistema de freios e contrapesos que caracteriza a independência e

harmonia dos órgãos constitucionalmente relevantes, bem como sua concepção doutrinária, adentrando às implicações trazidas pela Constituição da República de 1988, de modo a analisar, por fim, a interpretação recém-adotada pelo Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

A relevância e pertinência do assunto foram reafirmadas por meio do recente posicionamento da maioria do Plenário do Supremo Tribunal Federal, o qual decidiu, por adstrita maioria, os limites e a forma de aplicação das medidas cautelares penais aos congressistas, sobretudo ao interpretar as inovações trazidas pela Lei Federal 12.403/2011 à luz da Constituição da República.

* Pós-graduando em direito e prática nos tribunais pelo Centro Universitário de Brasília – UniCeub. Advogado. Membro das comissões de ciências criminais e de direito de defesa da OAB/DF.

2 Princípio da separação dos Poderes

A separação dos Poderes é objeto de reflexão constatada desde a Grécia Antiga, registrada, inclusive, por Aristóteles (384–322 a.C.), quem verificou a existência de três Poderes essenciais a toda forma de governo: Deliberativo, Executivo e Judiciário (ARISTÓTELES, 1998, p. 127).

Muito embora John Locke e Jean-Jacques Rousseau tenham contribuído de modo relevante com a doutrina da separação de Poderes, a Montesquieu, já no século XVIII, coube desenvolver e difundir o conceito de tripartição de Poderes como ainda hoje é conhecido, asseverando, para tanto, que

Em cada Estado há três espécies de poderes: o Legislativo; o Executivo das coisas que dependem do Direito das Gentes; e o Executivo das que dependem do Direito Civil (MONTESQUIEU, 1987, p. 164). A este último chamar-se-á Poder de Julgar; e ao anterior, simplesmente Poder Executivo do Estado (MONTESQUIEU, 1987, p. 165).

Ainda segundo Montesquieu, se o Poder Legislativo for exercido pelo mesmo representante do Poder Executivo, haverá a possibilidade de se fazer leis “[...] tirânicas para executá-las tiranicamente” (MONTESQUIEU, 1987, p. 165).

De igual modo, o Poder Judiciário deve ser dissociado do Legislativo e do Executivo, razão pela qual se o primeiro se confundir com o segundo, “[...] o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria o Legislador” (MONTESQUIEU, 1987, p. 165). Lado outro, se o Judiciário se associar ao Executivo, “[...] o Juiz poderia ter a força de um opressor” (MONTESQUIEU, 1987, p. 165).

Afinal,

Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou de nobres, ou do Povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes e as demandas dos particulares (MONTESQUIEU, 1987, p. 165).

Observa-se, portanto, que a divisão de Poderes

É mecanismo que nasce contra o poderio absoluto, incontido, em combate ao arbítrio, a favor do controle, da limitação do poder, em salvaguarda da liberdade, técnica a bem da racionalidade estatal (CANOTILHO *et al.*, 2013, p. 142).

Sob outra perspectiva, conforme Aristóteles, a separação de Poderes integra a própria definição de Constituição, para quem representa

[...] a ordem ou distribuição dos poderes que existem num Estado, isto é, a maneira como eles são divididos, a sede da soberania e o fim a que se propõe a sociedade civil (ARISTÓTELES, 1998, p. 149).

Não é por acaso que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 preceitua, em seu art. 2º, que “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

A divisão de Poderes é uma questão atinente ao exercício de competência dos órgãos de soberania, de modo que não coloca em crise a unidade do Estado (CANOTILHO, 2000, p. 579), motivo pelo qual não se pode confundir a distinção de funções do Poder com separação de Poderes, embora entre ambas haja uma conexão necessária (SILVA, 2012, p. 108). Afinal, o Poder não se divide, mas as funções provenientes dele sim (CANOTILHO *et al.*, 2013, p. 145).

Sobre a especialização das funções do poder estatal, o constitucionalista José Afonso da Silva assevera que:

A distinção de funções constitui especialização de tarefas governamentais à vista de sua natureza, sem considerar os órgãos que as exercem; quer dizer que existe sempre distinção de funções, quer haja órgãos especializados para cumprir cada uma delas, quer estejam concentradas num órgão apenas. A divisão de poderes consiste em confiar cada uma das funções governamentais (legislativa, executiva e jurisdicional) a órgãos diferentes, que tomam os nomes das respectivas funções, menos o Judiciário (órgão ou poder Legislativo, órgão ou poder Executivo e órgão ou poder Judiciário). Se as funções forem exercidas por um órgão apenas, tem-se concentração de poderes (SILVA, 2012, p. 108).

Por fim, não se pode olvidar que a separação dos Poderes se trata de cláusula pétrea, nos termos do art. 60, § 4º, III, da Constituição da República, cujo núcleo essencial revela-se, por tal razão, irredutível (BRASIL, 2015).

Fixadas tais premissas, visto que os Poderes encontram-se separados por uma questão de especialização formal e independência orgânica (SILVA, 2012, p. 109), verificaremos o modo em que o Poder Legislativo e o Judiciário devem se

relacionar, conforme os preceitos instituídos pela atual Constituição da República.

3 Harmonia entre os Poderes Legislativo e Judiciário

No mesmo dispositivo constitucional (art. 2º) que prevê a divisão de Poderes também consta importante forma de relação entre eles, os quais devem ser não somente independentes, mas “harmônicos entre si”, (BRASIL, 1988). Primeiramente, quanto à independência dos Poderes, três são suas principais características: (i) a investidura e permanência das pessoas num dos órgãos de governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; (ii) no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não necessitam da consulta nem autorização dos outros Poderes e, por fim, (iii) na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais (SILVA, 2012, p. 110).

Especificamente sobre a ingerência do Poder Legislativo sobre o Judiciário, notadamente visando à manutenção da independência e imparcialidade deste, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal assentou que:

O princípio constitucional da separação dos Poderes (CRFB, art. 2º), cláusula pétrea inscrita no art. 60, § 4º, III, da Constituição República, revela-se incompatível com arranjos institucionais que comprometam a independência e a imparcialidade do Poder Judiciário, predicados necessários à garantia da justiça e do Estado de Democrático de Direito (STF - ADI 5316 MC/DF, rel. min. Luiz Fux, data de julgamento: 21/05/2015, Tribunal Pleno, data de publicação: *DJe* de 06/08/2015).

Em suma, a independência entre os Poderes é ancorada “[...] na acepção de discricionariedade: um poder está proibido de invadir a discricionariedade dos outros. Este o ponto de equilíbrio, a linha fronteira” (CANOTILHO et al., 2013, p. 145).

Lado outro, a harmonia é verificada, primariamente, pelo dever no tratamento cortês entre os Poderes e o respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. Todavia, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder, nem sua independência são absolutas (SILVA, 2012, p. 110).

Montesquieu registrou que

[...] é uma experiência eterna que todo homem que tem poder é levado a abusar dele. Vai até encontrar limites. Quem diria! A própria virtude precisa de limites” (1987, p. 163),

concluindo que “Para que não possam abusar do poder, precisa que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder” (MONTESQUIEU, 1987, p. 163).

Nesse cenário, também se deve compreender “[...] a ideia de freios e contrapesos, *check and balances*, separação e interdependência, tradicionalmente associadas ao princípio de separação de poderes” (CANOTILHO, 2000, p. 579), “[...] a fim de impedir um superpoder, com a conseqüente possibilidade de abusos e desvios” (CANOTILHO, 2000, p. 556).

Dessa forma, na independência harmoniosa que rege o princípio da separação dos Poderes, as imunidades revelam-se institutos de suma importância, por buscarem, prioritariamente, a proteção dos parlamentares, no exercício de suas funções, contra os abusos e as pressões dos demais Poderes (MORAES, 2006, p. 1.075), motivo pelo qual a Constituição da República de 1988 restituiu aos congressistas suas prerrogativas básicas, especialmente “[...] a inviolabilidade e a imunidade, mantendo-se o privilégio de foro e a isenção do serviço militar e acrescentou a limitação ao dever de testemunhar [...]” (SILVA, 2012, p. 535).

Assim, o conjunto de regras instituidoras das imunidades e vedações parlamentares constitui um direito instrumental de garantia de liberdade de opiniões, palavras e votos dos membros do Poder Legislativo, bem como de sua proteção contra prisões arbitrárias e processos temerários, afastando-se, desse modo, a possibilidade de vulnerabilidade frente às pressões dos outros Poderes do Estado, imprescindíveis, pois, à prática da democracia (MORAES, 2006, p. 1.075).

Não é por outro motivo que mesmo competindo ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, nas infrações penais comuns, os membros do Congresso Nacional, cabe à Casa respectiva deliberar sobre a suspensão do andamento processual, bem como resolver sobre a prisão, nos termos dos arts. 53, §§ 2º e 3º, e 102, I, b, da Constituição da República.

Por fim, não se pode olvidar que o art. 5º, XXXV, da Constituição da República, prevê o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, o qual “[...] fundamenta-se no princípio da separação dos poderes,

reconhecido pela doutrina como garantia das garantias constitucionais” (SILVA, 2012, p. 430).

Esses, enfim, são apenas alguns exemplos do mecanismo de freios e contrapesos, corolário da harmonia pela qual devem conviver os Poderes Legislativo e Judiciário, de modo que não pretendemos esgotar as várias formas de interlocução entre eles, razão pela qual, para a devida delimitação do tema, nos concentraremos às prerrogativas dos congressistas e a possibilidade de aplicação das medidas cautelares penais.

4 Prerrogativas dos congressistas

Antes de especificar o estatuto dos congressistas, importante ressaltar que as imunidades não dizem respeito à figura do parlamentar, mas à função por ele exercida, no intuito de resguardá-la da atuação do Executivo ou do Judiciário, consagrando-se como garantia de sua independência perante outros Poderes constitucionais (MORAES, 2006, p. 1.075-1.076).

As garantias e imunidades

[...] não devem ser vistas como regalias ou privilégios dados aos deputados e senadores, vez que se referem à instituição ‘Poder Legislativo’ e, não, à pessoa do congressista [...]” (CANOTILHO et al., 2013, p. 1.073).

Não é por outro motivo que a mesma Constituição Federal que prevê o Estatuto dos Congressistas, também veda a criação de distinções entre brasileiros ou quaisquer preferências entre si, nos termos do inciso III do art. 19.

O estatuto dos congressistas é formado pelo conjunto de normas que instituem as prerrogativas e proibições aos parlamentares, assim previstas pela Constituição da República (MENDES; BRANCO, 2014, p. 915): imunidades materiais (art. 53, *caput*); imunidades formais (art. 53, §§ 2º, 3º, 4º e 5º); prerrogativa de foro (art. 53, § 1º); prerrogativa de serviço militar (art. 53, § 7º, e 143); prerrogativa de vencimento (art. 49, VII); prerrogativa de limitação ao dever de testemunhar (art. 53, § 7º); e, por fim, as incompatibilidades (art. 54) (MORAES, 2006, p. 1.075).

Tais prerrogativas, ademais, tem o escopo de garantir aos parlamentares,

[...] no exercício do mandato ou em função dele, plena liberdade e, dessa forma, tem a importante missão de preservar a instituição Poder Legislativo, os princípios da separação dos poderes e da

soberania popular e, portanto, a própria democracia. (CANOTILHO et al., 2013, p. 1.073)

Não é por outro motivo que o jurista Ruy Barbosa assim assentou sobre as garantias constitucionais previstas aos congressistas:

O privilégio de que se trata é, portanto, um privilégio a favor do povo, um privilégio a favor da lei, um privilégio a favor da Constituição. Sempre se entendeu assim desde BLACKSTONE até BRUNIALTI, o mais recente dos tractadistas, que o qualifica de tão necessário quanto, nas Monarchias, a inviolabilidade do Monarcha... [...] longe de pol-os em situação privilegiada, a prerrogativa parlamentar, de facto, não fez mais que nivelar a deles à dos outros cidadãos [...]. Assim se tem pronunciado, em toda a parte, na Inglaterra, na França, na Itália, nos Estados Unidos, em resoluções e sentenças que poderíamos citar, a jurisprudência dos parlamentares e Tribunaes, desde THOMAS JEFFERSON, que disse: o privilégio não pertence aos membros da Camara, mas à Assembleia. (BARBOSA, 1933, p. 41-42 e 53).

Pontes de Miranda, igualmente referenciando o ex-político norte-americano, vai além e ressalta que a imunidade à prisão corresponde a direito público subjetivo, essencial ao sistema representativo e ao princípio da independência dos Poderes, motivo pelo qual esta

[...] prerrogativa é da câmara e do deputado, ou do senador, e não só da câmara, como queria Thomas Jefferson; mas, por isso mesmo que é dos dois, não pode ser renunciada por um só. (MIRANDA, 1960, p. 409 e 413)

Verifica-se que também há imunidade parlamentar contra a prisão nos Estados Unidos da América, no Reino Unido, Canadá, França, Alemanha, Argentina e Itália, conforme se extrai da Constituição norte-americana, da doutrina de Eskiné May, do Protocolo 7/2008, da Constituição francesa, da Lei Fundamental de Bonn, da Constituição argentina, da Constituição portuguesa e da Constituição italiana (MARCHIONATTI, 2019, p. 91-95).

No Brasil, ainda que em medidas variáveis, todas as Constituições garantiram aos parlamentares federais a inviolabilidade por suas palavras e votos e a imunidade quanto à prisão e ao processo, visando, sobretudo, proteger os congressistas contra “[...] interferências indevidas, assegurando a autonomia para o exercício de suas relevantes atribuições” (MARCHIONATTI, 2019, p. 88).

Especificamente quanto à imunidade formal referente à prisão, a atual Carta Magna dispõe, em seu art. 53, § 2º, que os membros do Congresso Nacional não poderão ser detidos, dentro do período que vai desde a sua diplomação até o encerramento definitivo de seu mandato, salvo em flagrante de crime inafiançável, caso em que os autos devem ser remetidos, dentro de vinte e quatro horas, à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, delibere sobre o tema.

Portanto, a prerrogativa protege o congressista desde a expedição do diploma — antes da posse — até o primeiro dia da legislatura seguinte (MENDES; BRANCO, 2014, p. 916), garantindo, assim, a impossibilidade de ser ou permanecer preso sem autorização de sua Casa legislativa respectiva, abrangendo tanto a prisão penal, quanto a civil (MORAES, 2006, p. 1.088).

Após a promulgação da Constituição Federal, houve dois casos notórios de prisão em flagrante de parlamentar federal (MARCHIONATTI, 2019, p. 97). No ano de 1999, o deputado federal Remi Abreu Trinta foi preso por racismo e, logo após receber a comunicação do flagrante, o ministro relator Néri da Silveira deu ciência à Câmara dos Deputados, que deliberou pela libertação do congressista, encerrando o incidente, sem qualquer provimento jurisdicional à respeito da prisão (BRASIL, 2001). Já em 2015, o ministro Teori Zavascki determinou a prisão em flagrante do senador Delcídio do Amaral pelo crime permanente de integrar organização criminosa, oportunidade em que a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal se reuniu imediatamente após o cumprimento do mandato, onde afirmou-se a necessidade da prisão preventiva. Ao ser comunicado, o Senado Federal deliberou pela manutenção do encarceramento (BRASIL, 2015).

Para Alexandre de Moraes, a mencionada imunidade formal se aplica inclusive à prisão decorrente de sentença criminal condenatória transitada em julgado, fundamentando, para tanto, que a Constituição Federal não restringe a garantia somente às prisões processuais, excetuando somente a hipótese de prisão em flagrante por crime inafiançável, para quem, ressalvadas as limitadas hipóteses de imunidade material, os congressistas

[...] estão submetidos às mesmas leis que os outros indivíduos em razão do princípio da igualdade, tendo de responder como estes por seus atos criminosos, mas, no interesse público, convém que eles não sejam afastados ou subtraídos de suas funções

legiferantes por processos judiciais arbitrários ou vexatórios, emanados de adversários políticos, ou governo arbitrário. [...]. Deve ser relembrada, por fim, a finalidade dessa garantia do Poder Legislativo, qual seja, impedir que o parlamentar, enquanto no exercício de seu mandato, seja preso — cautelar ou definitivamente — sem autorização de sua Casa respectiva, evitando-se perseguições políticas dos demais Poderes e a possibilidade desses imporem ausências de congressistas em deliberações e votações importantes (MORAES, 2006, p. 1.087-1.088).

Seguindo esse raciocínio, o mencionado autor argumenta que o legislador constituinte limitou a possibilidade de prisão também do presidente da República, mas, nessa hipótese, diferentemente dos parlamentares, autorizou, expressamente, a prisão após a decisão de mérito pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 86, § 3º, da Constituição Federal (MORAES, 2006, p. 1.088).

Todavia, em sentido contrário, o Supremo Tribunal Federal entende ser possível a prisão de congressista decorrente de sentença judicial transitada em julgado (BRASIL, 1991). O ministro Celso de Mello, relator do acórdão proferido no Inquérito 510, seguido unanimemente pelo Plenário da Suprema Corte, ponderou em seu voto que: i) o instituto da imunidade parlamentar atua, no contexto normativo delineado na Constituição, como condição e garantia de independência do Poder Legislativo, em face dos outros Poderes do Estado, em função do cargo e do mandato que o congressista exerce; ii) a imunidade do congressista se projeta em duas dimensões: a primeira, de ordem material, a consagrar a inviolabilidade dos membros do Congresso Nacional, por suas opiniões, palavras e votos, e a segunda, de caráter formal, a gerar, de um lado, a improcessabilidade dos parlamentares, que só poderão ser submetidos a procedimentos penais acusatórios mediante prévia licença de suas Casas, e, de outro, o estado de relativa incoercibilidade pessoal dos congressistas, que só poderão sofrer prisão provisória ou cautelar numa única e singular hipótese: situação de flagrância em crime inafiançável; iii) a garantia jurídico-institucional da imunidade parlamentar formal não obsta, observado o devido processo legal, a execução de penas privativas da liberdade definitivamente impostas ao membro do Congresso Nacional.

Fixadas tais premissas, há que se analisar a possibilidade de aplicação aos parlamentares do conteúdo da Lei Federal 12.403, de 4 de maio de 2011,

que passou a dispor de uma série de medidas cautelares penais, inexistentes quando da promulgação da Constituição da República.

5 Aplicação das medidas cautelares diversas da prisão aos parlamentares federais

A Lei Federal 12.403/2011 instituiu ao processo penal uma polimorfologia cautelar, rompendo com o antigo sistema bimorfo, compreendido como prisão-liberdade até então vigente (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 125).

A partir de 2011, por meio de sucessíveis alterações legislativas — Leis Federais 12.403/2011, 13.257/2016 e 13.769/2018 —, além das prisões processuais já previstas no ordenamento jurídico brasileiro (preventiva, temporária e em flagrante), os arts. 317, 318 e 318-A do Código de Processo Penal introduziram novidades em matéria processual penal, consistente na prisão domiciliar para fins cautelares (NUCCI, 2011, p. 26).

Além das prisões processuais, os art. 319 e 320 do Código de Processo Penal incluíram a possibilidade da aplicação das seguintes medidas, igualmente de caráter cautelar: (i) comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; (ii) proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; (iii) proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; (iv) proibição de ausentar-se da comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; (v) recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; (vi) suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; (vii) internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; (viii) fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; (ix)

monitoração eletrônica; e (x) proibição de ausentar-se do país, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

Dessa forma, compete ao Poder Judiciário, por autoridade própria, aplicar as cautelares penais diversas da prisão aos congressistas, ou a imunidade formal prevista no art. 53, § 2º, da Constituição da República, se estenderia também a tais medidas?

Marchionatti (2019, p. 164) rememora que os fundamentos de

[...] soberania popular e de separação de poderes conduzem debates sobre a constitucionalidade de medidas cautelares penais que levem ao afastamento do mandato eletivo.

Os juristas Rodrigo Capez (2017, p. 302), Pacelli (2012, p. 507), Marchionatti (2019, p. 164), Giacomolli (2013, p. 109), Mendonça (2011, p. 442), Lima (2014, p. 261), dentre outros, defendem a possibilidade constitucional de imposição das medidas cautelares diversas da prisão, incluindo-se a suspensão do mandato legislativo aos parlamentares, por ordem judicial fundamentada, sobretudo em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição, insculpido no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Lado outro, autorizado magistério doutrinário discorda de tal posicionamento, asseverando, para tanto, que a suspensão do exercício da função pública prevista do Código de Processo Penal não inclui a eletiva. Nesse sentido, Tourinho Filho (2012, p. 579-580), além de elencar as normas brasileiras que expressamente tratam da perda ou inabilitação do mandato, utiliza-se do direito comparado para concluir que “[...] quando o inciso VI do art. 319 do CPP fala em função pública, por óbvio ficou excluída a função eletiva”.

De igual modo, amparado em decisão do Tribunal Constitucional português, bem como no direito processual italiano, Antonio Magalhães Gomes Filho, Alberto Zacharias Toron e Gustavo Henrique Badaró (2018, p. 605-606). afirmam que o juiz não pode suspender um mandato eletivo, uma vez que, na prática, tal suspensão, sem limitação temporal, principalmente no período final do mandato, equivaleria à determinação da perda do cargo, com base em cognição sumária do Poder Judiciário, em desobservância ao regramento constitucional.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, por unanimidade, referendou a medida liminar concedida pelo ministro Teori Zavascki para determinar a suspensão do exercício do mandato do deputado federal Eduardo Consentino da Cunha, e, por consequência, da função de presidente da Câmara dos Deputados, a pedido da Procuradoria-Geral da República. Na hipótese, a Suprema Corte levou em consideração a franca excepcionalidade do caso concreto em razão da presença de múltiplos elementos de risco para efetividade da jurisdição criminal e para a dignidade da própria Casa legislativa. Especificamente em relação à suspensão do cargo de presidente da Câmara, argumentou que o deputado figurava como réu em ação penal por crime comum, com denúncia recebida pelo Supremo Tribunal Federal, o que constitui causa inibitória ao eventual exercício da Presidência da República (BRASIL, 2016). A Câmara dos Deputados, que já havia instaurado processo para afastar definitivamente o deputado, não apenas manteve a decisão proferida pela Suprema Corte como, em setembro do mesmo ano, decidiu pela cassação do mandato do parlamentar.

De igual modo, a Primeira Turma da Suprema Corte, ao analisar o pedido formulado pela Procuradoria-Geral da República de prisão preventiva do senador Aécio Neves da Cunha e, sucessivamente, pela aplicação das medidas cautelares diversas, optou por deferir o pedido subsidiário e determinou (i) a suspensão do exercício das funções parlamentares ou de qualquer outra função pública; (ii) a proibição de contatar qualquer outro investigado ou réu no conjunto dos feitos relacionadas à ação penal; (iii) a proibição de se ausentar do país, devendo entregar seu passaporte; e (iv) o recolhimento domiciliar no período noturno. Nessa mesma oportunidade, no entanto, o referido órgão fracionário do STF deixou de decretar a prisão cautelar do parlamentar,

[...] tendo em vista a existência de dúvida razoável quanto ao preenchimento dos requisitos previstos no art. 53, § 2º, da CF, e em deferência institucional ao Poder Legislativo,

nos termos do voto do ministro Roberto Barroso, redator do acórdão. Comunicado da decisão, o Senado Federal, contudo, deliberou pela revogação das medidas aplicadas pelo Poder Judiciário ao parlamentar (BRASIL, 2017).

O Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2018), ao julgar a Ação Direta

de Inconstitucionalidade 5.526, decidiu, com a diferença de apenas um voto, pela possibilidade de o Poder Judiciário aplicar as cautelares penais aos parlamentares, condicionadas, todavia, ao encaminhamento à Casa legislativa respectiva, sempre que a execução da medida impossibilitar, direta ou indiretamente, o exercício do mandato, nos termos do art. 53, § 2º, da Constituição Federal.

A relatoria da referida ação direta de inconstitucionalidade coube ao ministro Edson Fachin, o qual argumentou que a interpretação das imunidades e das prerrogativas instituídas não podem ser tidas por privilégios pessoais ou símbolos de distinção entre cidadãos, levando em consideração os arts. 1º, *caput*, 34, VII, *a*, e 19, III, da Constituição Federal. Fundamentou que, em razão do princípio republicano e da independência do Poder Judiciário, não compete ao Poder Legislativo revisar as decisões jurisdicionais sobre as medidas cautelares penais. Alegou, por fim, que a regra contida no art. 53, § 3º, da Constituição Federal não deve ser extensivamente interpretada para aplicar-se às medidas cautelares, motivos pelos quais julgou improcedente a demanda.

Relator para o acórdão, o ministro Alexandre de Moraes divergiu do Ministro Edson Fachin, oportunidade em que ressaltou que as imunidades parlamentares não se tratam de privilégios hediondos, de favorecimentos pessoais existentes a parlamentares que praticam atos de corrupção, tampouco de algo que só existiria no Brasil. Afirmou que as imunidades, além de não deturparem o Estado de Direito, são fruto de uma construção de

[...] mais de quatrocentos anos de história da necessidade de fortalecimento dos parlamentos e, no caso dos regimes presidencialistas, do Poder Legislativo; frente ao arbítrio.

Sustentou que a aplicação de medidas que, direta ou indiretamente, interfiram no exercício de mandatos populares, antes mesmo do devido processo legal e da condenação final, seriam atos graves de desequilíbrios entre os Poderes, afetando o Estado de Direito e a democracia, sem expressa previsão constitucional, o que representaria, na prática, uma sanção política provisória drástica e sem prévia cominação legal, violando-se o art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal. Aduziu que o estatuto dos congressistas é autoaplicável e não permite a edição de legislação infraconstitucional que o restrinja, sob pena de ferimento às garantias de um dos Poderes de Estado, o Legislativo; cuja

separação dos demais Poderes representa clausula pétrea, nos termos do art. 60, § 4º, III, da Constituição da República. Asseverou que a Constituição Federal, no que tange às imunidades parlamentares, é expressa e clara, de modo que não se pode permitir

[...] inconstitucional heresia em autorizar restrições ao *estatuto constitucional dos congressistas* por meras leis ordinárias, invertendo a ordem natural das regras interpretativas [...],

ou seja, analisar o texto constitucional com base na lei ordinária. Concluiu que, em regra, o parlamentar não pode sofrer qualquer tipo de afastamento cautelar de seu mandato, inclusive nenhuma espécie de prisão de natureza processual, excepcionada a hipótese constitucionalmente prevista, reservada ao caso de flagrante delito por crime inafiançável, situação em que poderá o Supremo Tribunal Federal substituí-la pelas medidas cautelares alternativas, por serem menos gravosas, as quais dependerão de posterior deliberação da respectiva Casa, na forma do art. 52, § 2º, da Constituição da República.

Amparado nesses fundamentos, o ministro Alexandre de Moraes julgou parcialmente procedente a ação direta de inconstitucionalidade para excluir a possibilidade de aplicação das medidas cautelares que acarretem o afastamento ou o cerceamento direto ou indireto do exercício das funções inerentes à atividade parlamentar; com exceção da substituição da prisão em flagrante por crime inafiançável, oportunidade em que deverá aplicar-se a regra contida no § 2º do art. 53 da Constituição Federal. Sucessivamente, o referido ministro antecipou em seu voto que, caso ficasse vencido pela maioria, a decretação judicial de qualquer forma de prisão, detenção, afastamento cautelar do exercício do mandato ou qualquer outra medida cautelar que cerceie o pleno exercício das atividades parlamentares deverá ser encaminhada à Casa legislativa respectiva, para aplicação integral do art. 52, § 2º, da Constituição Federal.

Os ministros Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux e Celso de Mello acompanharam o relator e julgaram improcedente a ação.

O ministro Dias Toffoli acompanhou a divergência inaugurada pelo ministro Alexandre de Moraes e concluiu pela vedação constitucional absoluta à decretação da prisão preventiva aos congressistas, assim como determinou que a medida cautelar pessoal de natureza processual penal que implicasse o afastamento do mandato eletivo de parlamentar

federal somente poderá ser imposta no caso de flagrante de crime inafiançável ou, ausente a flagrância, em situações de superlativa excepcionalidade, devendo, em ambas as hipóteses, a decisão judicial ser submetida, em vinte e quatro horas, ao controle político da respectiva Casa legislativa.

A divergência também foi acompanhada pelo ministro Ricardo Lewandowski, para quem não há hipótese constitucional de prisão preventiva aos parlamentares. Assinalou, também, que a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão que implique afastamento da atividade parlamentar deve ser seguida de remessa dos autos, dentro de vinte e quatro horas, à Casa legislativa respectiva, para que esta, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a medida.

O voto do ministro Gilmar Mendes também foi pela procedência da ação para assentar que não cabe a aplicação de medida cautelar pessoal diversa da prisão de afastamento do mandato ou outra que impeça ou prejudique o exercício do mandato de senador ou deputado federal, estadual ou distrital, salvo por conversão de prisão em flagrante delito de crime inafiançável, oportunidade em que a medida deverá ser comunicada no prazo de vinte e quatro horas, contado do cumprimento, à respectiva Casa legislativa, para que sobre ela delibere, na forma do art. 53, § 2º, da Constituição Federal. Nessa oportunidade, o ministro Gilmar Mendes verificou que há garantias parlamentares relacionadas à prisão também nos Estados Unidos da América, Reino Unido, Canadá, França, Alemanha, Argentina, Portugal e Itália.

O ministro Marco Aurélio, por sua vez, considerou inaplicável a prisão preventiva aos congressistas, razão pela qual julgou prejudicado o pedido deduzido na referida ação direta de inconstitucionalidade. Argumentou que as medidas cautelares tampouco são cabíveis aos parlamentares, uma vez que o eventual descumprimento não poderia acarretar a prisão cautelar, ao contrário do que dispõe o art. 282, § 4º, do Código de Processo Penal.

Por fim, a ministra Cármen Lúcia julgou parcialmente procedente a ação direta de inconstitucionalidade para estabelecer que são aplicáveis as medidas cautelares penais aos parlamentares pelo Poder Judiciário, condicionado, contudo, ao envio dos autos à Casa legislativa competente, nos termos do art. 53, § 2º, somente quando determinada a suspensão do mandato

popular, com fundamento no art. 319, VI, do Código de Processo Penal.

Após diversos apartes, debates e esclarecimentos visando a obtenção de um voto médio formado pela maioria do Plenário do Supremo Tribunal Federal, concluiu-se pela procedência parcial da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.526, oportunidade em que se proferiu a seguinte decisão:

O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente a ação direta de inconstitucionalidade, assentando que o Poder Judiciário dispõe de competência para impor, por autoridade própria, as medidas cautelares a que se refere o art. 319 do Código de Processo Penal, vencido o Ministro Marco Aurélio, que, ao assentar a premissa da inaplicabilidade da referida norma legal a parlamentares, declarava o prejuízo do pedido. Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, também por votação majoritária, deliberou que se encaminhará à Casa Legislativa a que pertencer o parlamentar, para os fins a que se refere o art. 53, § 2º, da Constituição, a decisão pela qual se aplique medida cautelar, sempre que a execução desta impossibilita, direta ou indiretamente, o exercício regular de mandato parlamentar, vencidos no ponto os Ministros Edson Fachin (Relator), Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux e Celso de Mello. Redator para o acórdão o Ministro Alexandre de Moraes. (BRASIL, 2018)

Importa verificar que, quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.526, os ministros da Suprema Corte se preocuparam com o impacto que determinadas medidas cautelares penais poderiam causar ao exercício do mandato.

Nesse sentido, o ministro Roberto Barroso, ao proferir o seu voto, reconheceu que existem tensões entre as medidas cautelares do art. 319 do Código de Processo Penal e as prerrogativas parlamentares, especificamente as previstas nos incisos V e VI, as quais preveem a possibilidade de recolhimento domiciliar no período noturno e de suspensão do exercício de função pública. Sobre a primeira delas, o ministro anotou que a medida não se equipara a prisão nem interferiria na rotina da vida, funcional de trabalho durante o dia, mas impediria “[...] que se frequentem baladas, restaurantes, recepções [...]” (BRASIL, 2018) e eventos festivos. Quanto à segunda medida, o ministro Roberto Barroso afirmou que o afastamento de um parlamentar deve ser medida excepcionalíssima, assim como “[...] excepcionalíssimo há de ser o fato de um parlamentar utilizar o cargo para praticar crimes” (BRASIL, 2018).

O ministro Gilmar Mendes, em seu voto, sustentou que há medidas cautelares que não afetam o exercício do mandato, exemplificando a proibição de frequentar estádios de futebol, estabelecimentos que sirvam bebidas alcoólicas ou ainda a medida protetiva de afastamento do domicílio conjugal, conforme os arts. 319, II, do Código de Processo Penal, e 22, II, da Lei Maria da Penha. Entretanto, quando se trata de medida cautelar que suspende o exercício da função pública, o referido ministro a equipara à prisão preventiva, na medida em que, para a respectiva Casa legislativa, haveria o mesmo efeito: impediria o exercício do mandato parlamentar, sem que houvesse condenação definitiva.

Ainda quando do julgamento da ADI 5.526, o ministro Marco Aurélio asseverou que “Não entra em minha cabeça que um deputado ou senador não possa viajar e tenha que entregar o passaporte” (BRASIL, 2018).

Por se tratar de ação direta de inconstitucionalidade, onde o Poder Judiciário exerce o controle concentrado de constitucionalidade, para evitar a restrição do quanto decidido aos casos concretos, os ministros da Suprema Corte preferiram não taxar as medidas que devem ou não se sujeitar ao controle político pelo Poder Legislativo.

Assim, fixou-se a tese de que compete ao Judiciário impor aos congressistas, por autoridade própria, as medidas cautelares diversas da prisão, seja em substituição de prisão em flagrante delito por crime inafiançável, seja autonomamente, as quais serão remetidas dentro de vinte e quatro horas à Casa legislativa respectiva, nos termos do art. 53, § 2º, da Constituição da República, sempre que houver restrição, direta ou indireta, ao exercício do mandato parlamentar, para que sobre elas deliberem.

Tal conclusão deriva da interpretação da Lei Federal 12.403/2011 conforme a Constituição Federal, em homenagem ao princípio da separação dos Poderes e sua indispensável independência e harmonia, basilares do Estado Democrático de Direito.

6 Conclusão

Ante todo o exposto, considerando o princípio da separação dos Poderes, bem como a indissociável independência e harmonia pelas quais devem os órgãos constitucionais se relacionar, é necessária extrema prudência quando se tratar de imposição de

medida capaz de limitar a prerrogativa parlamentar, porquanto o congressista possui representatividade popular.

Desta forma, há que se considerar que o texto constitucional proíbe, expressamente, a prisão dos membros do Congresso Nacional, pelo período compreendido entre a diplomação ao encerramento do mandato, excepcionada a situação de flagrância em crime inafiançável, hipótese em que os autos devem ser remetidos à Casa legislativa respectiva para que, pela maioria de seus membros, seja resolvida a questão.

A mencionada imunidade formal existe para que o parlamentar exerça suas funções legiferantes e fiscalizadoras com plenitude, de modo a evitar perseguições políticas ou arbitrariedades originadas dos demais Poderes constitucionais, resguardando, assim, a representatividade dada ao congressista, visando a proteger a independência e liberdade que o desempenho do cargo exige.

Assim, como a prerrogativa que limita a prisão do parlamentar no exercício do mandato é pretérita à legislação que introduziu as diversas medidas cautelares alternativas ao cárcere no ordenamento jurídico brasileiro, ao Supremo Tribunal Federal coube interpretá-la, à luz da Constituição da República, o qual decidiu, em adstrita maioria, pela competência do Poder Judiciário em aplicá-las aos congressistas, condicionada, todavia, ao envio dos autos à respectiva Casa legislativa, especificamente quando a medida puder interferir, direta ou reflexamente, no exercício regular do mandato parlamentar, nos termos do art. 53, § 2º, da Constituição Federal.

O mencionado posicionamento prestigia o primado da separação, independência e harmonia dos Poderes constitucionais, basilares do Estado Democrático de Direito, conforme dispõem os princípios fundamentais descritos nos arts. 1º e 2º da Constituição da República, imprescindíveis à prática da democracia.

7 Referências

ARISTÓTELES. *A política*. Tradução: Roberto Leal Ferreira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

BARBOSA, Ruy. *Comentários à constituição federal brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1933, v. 2.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar 4.036, rel. min. Teori Zavascki, Segunda Turma. Julgado em 25/11/2015, publicado no *DJe* em 29/02/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar 4.070, rel. min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno. Julgado em 05/05/2016, publicado no *DJe* em 21/10/2016. Por unanimidade.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.526, rel. min. Edson Fachin, rel. p/ acórdão min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno. Julgado em 11/10/2017, publicado no *DJe* em 07/08/2018. Por maioria.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Ação Cautelar 4.327, rel. min. Marco Aurélio, rel. p/ acórdão Min. Roberto Barroso, Primeira Turma. Julgado em 26/09/2017, publicado no *DJe* em 27/10/2017. Por maioria.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Comunicação 23, rel. min. Néri da Silveira. Julgado em 23/10/2001, publicado no *DJ* em 12/11/2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito 510, rel. min. Celso de Mello, Tribunal Pleno. Julgado em 01/02/1991, publicado no *DJ* em 19/04/1991. Por unanimidade.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.316, rel. min. Luiz Fux, Tribunal Pleno. Julgado em 21/05/2015, publicado no *DJe* em 06/08/2015. Por maioria.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim et al. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, Almedina, 2013.

CAPEZ, Rodrigo. *Prisão e medidas cautelares diversas: a individualização da medida cautelar no processo penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo Henrique (Coords.). *Código de processo penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

LIMA, Marcellus Polastri. *A tutela cautelar no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

LOPES JÚNIOR, Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MARCHIONATTI, Daniel. *Processo penal contra autoridades*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960. t. 2.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis: as formas de governo: a divisão de poderes*. Tradução: Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1987.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e liberdade: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3.