

MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 497 RIO DE JANEIRO

MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 497 RIO DE JANEIRO

MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.824 RIO DE JANEIRO

MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.825 RIO DE JANEIRO

V O T O

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR): Quanto à argüição de descumprimento de preceito fundamental, inicialmente, registro estarem presentes os requisitos para seu cabimento.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que compete a esta Corte realizar o juízo acerca do que se há de compreender, no sistema constitucional brasileiro, como preceito fundamental. Veja-se, a propósito, a ementa da ADPF-QO 1, de relatoria do Ministro Néri da Silveira, Tribunal Pleno, DJ 07.11.2003:

“Argüição de descumprimento de preceito fundamental. Lei nº 9882, de 3.12.1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da referida medida constitucional. 2. Compete ao Supremo Tribunal Federal o juízo acerca do que se há de compreender, no sistema constitucional brasileiro, como preceito fundamental. 3. Cabimento da argüição de descumprimento de preceito fundamental. Necessidade de o requerente apontar a lesão ou ameaça de ofensa a preceito fundamental, e este, efetivamente, ser reconhecido como tal, pelo Supremo Tribunal Federal. 4. Argüição de descumprimento de preceito fundamental como instrumento de defesa da Constituição, em controle concentrado. 5. Argüição de descumprimento de preceito fundamental: distinção da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade. 6. O objeto da argüição de

ADPF 497 MC / RJ

descumprimento de preceito fundamental há de ser "ato do Poder Público" federal, estadual, distrital ou municipal, normativo ou não, sendo, também, cabível a medida judicial 'quando for relevante o fundamento da controvérsia sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição'".

No mesmo sentido, o e. Ministro Gilmar Mendes bem explicitou na ADPF-MC 33 (DJ 27.10.2006) o esforço hermenêutico a ser realizado pelo Supremo Tribunal Federal: "É o estudo da ordem constitucional no seu contexto normativo e nas suas relações de interdependência que permite identificar as disposições essenciais para a preservação dos princípios basilares dos preceitos fundamentais de um determinado sistema."

Ainda nesse importante voto para a construção institucional do controle abstrato de constitucionalidade, o e. Ministro Gilmar Mendes apresenta diretriz para o trabalho que aqui se coloca:

"Destarte, um juízo mais ou menos seguro sobre a lesão de preceito fundamental consistente nos princípios da divisão de Poderes, da forma federativa do Estado ou dos direitos e garantias individuais exige, preliminarmente, a identificação do conteúdo dessas categorias na ordem constitucional e, especialmente, das suas relações de interdependência.

Nessa linha de entendimento, a lesão a preceito fundamental não se configurará apenas quando se verificar possível afronta a um princípio fundamental, tal como assente na ordem constitucional, mas também a regras que confirmam densidade normativa ou significado específico a esse princípio.

Tendo em vista as interconexões e interdependências dos princípios e regras, talvez não seja recomendável proceder-se a uma distinção entre essas duas categorias, fixando-se um conceito extensivo de preceito fundamental, abrangente das normas básicas contidas no texto constitucional."

Na presente hipótese, apenas com respaldo nas asserções da parte

ADPF 497 MC / RJ

requerente e do exposto nos autos é possível inferir potencial violação de diversos preceitos fundamentais, notadamente o sistema federativo, a separação dos poderes e a soberania popular. Logo, tem-se como recomendável o juízo positivo de admissibilidade nesse ponto.

Do mesmo modo, verifica-se estar presente o requisito da subsidiariedade. Na esteira do entendimento iterativo deste Egrégio Tribunal, a possibilidade de direitos subjetivos líquidos e certos também serem, em tese, tutelados por meio de mandado de segurança não é impeditivo para o conhecimento de arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Do exposto pelo saudoso Ministro Relator Teori Zavascki na ADPF 127 tem-se o seguinte perfil institucional e normativo da presente ação:

“A arguição de descumprimento de preceito fundamental foi concebida pela Lei 9.882/99 para servir como um instrumento de integração entre os modelos difuso e concentrado de controle de constitucionalidade, viabilizando que atos estatais antes insuscetíveis de apreciação direta pelo Supremo Tribunal Federal, tais como normas pré-constitucionais ou mesmo decisões judiciais atentatórias a cláusulas fundamentais da ordem constitucional, viessem a figurar como objeto de controle em processo objetivo. A despeito da maior extensão alcançada pela vertente objetiva da jurisdição constitucional com a criação da nova espécie de ação constitucional, a Lei 9.882/99 exigiu que os atos impugnáveis por meio dela encerrassem um tipo de lesão constitucional qualificada, simultaneamente, pela sua (a) relevância (porque em contravenção direta com paradigma constitucional de importância fundamental) e (b) difícil reversibilidade (porque ausente técnica processual subsidiária capaz de fazer cessar a alegada lesão com igual eficácia.)”.

Além disso, o Plenário desta Corte assim assentou o princípio da subsidiariedade no mérito da precitada ADPF 33, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, DJ 27.10.2006:

“13. Princípio da subsidiariedade (art. 4o ,§1o, da Lei no 9.882/99): inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesão, compreendido no contexto da ordem constitucional global, como aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata. **14. A existência de processos ordinários e recursos extraordinários não deve excluir, a priori, a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da feição marcadamente objetiva dessa ação.**”(grifei).

Igualmente, conforme as lições doutrinárias de André Ramos Tavares, há de se fazer uma necessária distinção, no caso em juízo, entre a “inconstitucionalidade” e o “descumprimento de preceito fundamental”, como hipóteses autorizadoras da fiscalização abstrata de constitucionalidade. Reproduz-se, a propósito, excerto da tese de doutoramento do referido Professor Titular de Direito da USP:

“A arguição é medida tão primordial (ou principal) quanto à ação direta de inconstitucionalidade – ou até de relevância superior, se quiser. A afirmação tem como fundamento a posição constitucional do instituto. No próprio art. 102 da Constituição encontra-se a regra-matriz tanto da arguição como da ação direta, ambas presentes no texto original da Constituição de 1.988 [...] Apenas importa assinalar que, além dessa distinção e, reforçando-se, tem-se que, nas questões que envolvam violação de normas constitucional que prevejam preceitos fundamentais, cabível será a arguição.” (TAVARES, André Ramos. *Tratado da Arguição de Preceito Fundamental: lei n. 9.868/99 e lei n. 9.882/99*. São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 240-241).

Essa ordem de ideias permite afastar, em tese, o cabimento da ação direta em lugar da presente arguição. Isso porque o ato de efeitos concretos, como o é o que revoga prisão de pessoas determinadas, não poderiam dar ensejo à ação direta de inconstitucionalidade. Nesse

ADPF 497 MC / RJ

sentido, confirmam-se:

“A ação direta de inconstitucionalidade apenas é admissível quando proposta contra lei ou ato normativo federal ou estadual, não sendo possível seu ajuizamento contra ato administrativo de efeito concreto e desprovido, portanto, de caráter normativo, generalidade e abstração, tal como o que nomeia individualmente defensores ad hoc.”

(ADI 5286, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 18/05/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016)

“Atos estatais de efeitos concretos, ainda que veiculados em texto de lei formal, não se expõem, em sede de ação direta, à jurisdição constitucional abstrata do Supremo Tribunal Federal. A ausência de densidade normativa no conteúdo do preceito legal impugnado desqualifica-o – enquanto objeto juridicamente inidôneo – para o controle normativo abstrato”.

(ADI 842 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 26/02/1993, DJ 14-05-1993 PP-09002 EMENT VOL-01703-01 PP-00041)

Deve-se observar, ainda, que, tal como decidiu este Supremo Tribunal Federal, “situação de insegurança jurídica acrescida da ausência de outro meio processual hábil para solucionar a polêmica pendente” autorizam o ajuizamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF 101, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Pleno, DJe 01.06.2012).

No caso em tela, não apenas inexiste outro meio, no âmbito do controle objetivo, para evitar a lesão aos preceitos apontados, como também há grave situação de insegurança jurídica a respeito da aplicação de precedente desta Suprema Corte.

Diante do exposto, em juízo de admissibilidade, conheço integralmente da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental e passo ao exame do mérito em sede cautelar.

Conheço, igualmente, das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 5.824 e 5.825 ajuizadas pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, forte em precedentes desta Suprema Corte. Por todos, cito a seguinte ementa, cujos grifos não correspondem ao original:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 5.913/1997, DO ESTADO DE ALAGOAS. CRIAÇÃO DA CENTRAL DE PAGAMENTOS DE SALÁRIOS DO ESTADO. ÓRGÃO EXTERNO. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. AUTONOMIA FINANCEIRA E ADMINISTRATIVA DO PODER JUDICIÁRIO. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. **A Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB tem legitimidade para o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade em que se discute afronta ao princípio constitucional da autonomia do Poder Judiciário.** 2. A ingerência de órgão externo nos processos decisórios relativos à organização e ao funcionamento do Poder Judiciário afronta sua autonomia financeira e administrativa. 3. A presença de representante do Poder Judiciário na Central de Pagamentos de Salários do Estado de Alagoas - CPSAL não afasta a inconstitucionalidade da norma, apenas permite que o Poder Judiciário interfira, também indevidamente, nos demais Poderes. 4. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.

(ADI 1578, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, j. 04.03.2009)

Por ora, a análise se circunscreve ao pedido de medida cautelar, cuja provisoriedade que lhe é própria desafiará nova análise enriquecida pelos debates que advirão após o pleno exercício do contraditório.

Atento às características próprias do juízo em sede cautelar, observo que se alega na inicial da ADPF, com razão, que a Resolução 495/2017 da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro afronta o princípio da separação dos poderes.

ADPF 497 MC / RJ

Com efeito, ao revogar prisão preventiva decretada pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região em desfavor de parlamentares estaduais, a pretexto de exercer a competência prevista no art. 53, § 2º, da Constituição da República, a Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, segundo compreendo, usurpou competência atribuída pela Carta Magna exclusivamente ao Poder Judiciário, violando o princípio da separação de poderes.

Nessa linha, a despeito de compreender que as imunidades constitucionais conferidas aos parlamentares federais são extensíveis aos parlamentares estaduais por expressa previsão na Constituição Federal, ao dispor, em seu art. 27, § 1º, que “*será de quatro anos o mandato dos Deputados Estaduais, aplicando-sê-lhes as regras desta Constituição sobre sistema eleitoral, inviolabilidade, imunidades, remuneração, perda de mandato, licença, impedimentos e incorporação às Forças Armadas*”, não depreendo na regra imunizante do art. 53, § 2º, da CRFB a amplitude que lhe foi conferida pelas Assembleias Legislativas do Rio de Janeiro e Mato Grosso por ocasião da edição das Resoluções que revogaram prisões preventivas decretadas pelo Poder Judiciário.

Sobre a incidência das imunidades constitucionais a parlamentares estaduais e distritais, a jurisprudência tradicional desta Suprema Corte assim se pronuncia:

Parlamentar distrital: imunidade formal: CF, art. 53, § 2º c/c os arts. 27, § 1º, e 32, § 3º: incidência.

Com o advento da Constituição de 1988 (art. 27, § 1º), que tornou aplicáveis, sem restrições, aos membros das Assembleias Legislativas dos Estados e do Distrito Federal, as normas sobre imunidades parlamentares dos integrantes do Congresso Nacional, ficou superada a tese da Súmula 3/STF (“*A imunidade concedida a Deputados Estaduais é restrita à Justiça do Estado*”), que tem por suporte necessário que o reconhecimento aos deputados estaduais das imunidades dos congressistas não derivava necessariamente da Constituição Federal, mas decorreria de decisão autônoma do constituinte local.

ADPF 497 MC / RJ

(RE 456679, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, j. 15.12.2005)

Diferentemente do que alegado nas iniciais das Ações Diretas de Inconstitucionalidade, não depreendo razão para compreensão diferenciada entre o alcance das imunidades atribuídas pela Constituição Federal aos parlamentares estaduais e federais, em razão da expressa regra de extensão do art. 27, § 1º.

Os textos das Cartas Estaduais, ao repetirem o texto da Constituição da República, nada mais fazem do que conferir aplicabilidade à própria normatividade que emana diretamente do art. 27, § 1º, da CR/88.

Nem mesmo compreendo que se possa estender aos casos em mesa a compreensão que resultou na alteração do entendimento deste Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADI 5.540, sobre a possibilidade de as Constituições Estaduais, por simetria, em razão do disposto no art. 51, I, e art. 86, ambos da Constituição Federal, exigirem autorização prévia às Assembleias Legislativas para que o Superior Tribunal de Justiça possa instaurar processo penal em face dos Governadores dos Estados.

Ocorre que, diversamente do que se passa quanto aos chefes do Poder Executivo, a Constituição Federal expressamente estende as imunidades erigidas em favor dos parlamentares federais aos estaduais. No que toca aos Governadores dos Estados, não há regra similar na Constituição Federal.

Sendo assim, a compreensão alargada da normatividade que se extrai dos textos constitucionais estaduais, sob minha ótica, encontra remédio na técnica de interpretação conforme.

Isso porque, na linha do que sustentei quando do julgamento da ADI 5.526, apesar de o art. 27, § 1º, da Constituição estender aos deputados estaduais a aplicabilidade das regras de imunidade previstas para os membros do Congresso Nacional, compreendo que: (i) a regra do art. 53, § 2º, da CRFB não impede o Poder Judiciário, presentes os requisitos constitucionais e legais, de decretar

ADPF 497 MC / RJ

medidas cautelares penais em desfavor de integrantes do Poder Legislativo; e (ii) referida regra não confere atribuição ao Poder Legislativo para revisar juízos técnico-jurídicos emanados do Poder Judiciário.

Ainda, como tive a oportunidade de expor perante este Plenário por ocasião do julgamento do referendo da AC 4.070, compreendo que a regra do art. 53, § 2º, da Constituição, se lida à luz do princípio republicano, consoante interpretação sistemática, teleológica, histórica e evolutiva do Texto Constitucional, não impede nem mesmo a decretação de medidas cautelares restritivas da liberdade de parlamentares por parte do Poder Judiciário. Com efeito, na oportunidade, assim me manifestei:

“Como se sabe, as medidas cautelares penais são pautadas pelo binômio *necessidade* e *adequação*. Constatada a *necessidade* para a salvaguarda dos interesses processuais, no caso, para a garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal, é o gradiente da *adequação* que balizará o Judiciário ao definir, dentre as cautelares previstas em lei, qual a mais apropriada para a preservação dos interesses processuais.

Quiçá fosse o momento para uma discussão mais ampla a respeito do alcance da imunidade parlamentar prevista no art. 53, § 2º, da Constituição, para que enfrentássemos o tema da possibilidade da decretação da própria prisão preventiva. Esta Suprema Corte tem jurisprudência tradicional e sólida, iluminada pelo **princípio republicano**, apontando a direção da necessidade de se interpretarem restritivamente as regras que preveem prerrogativas de todas as ordens.

Cito como exemplo a interpretação que prevalece sobre a inviolabilidade prevista no art. 53, **caput**, da CR/88, a qual, a despeito dos termos genéricos da dicção textual (“...são invioláveis (...) por *quaisquer* de suas opiniões, palavras e votos”), só é reconhecida em relação às manifestações *in officio* e *propter officium* (v.g. Inq 1.400-QO, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno,

DJU 10.10.2003) .

A previsão de foro por prerrogativa de função, igualmente, tem recebido compreensão restritiva, também com fundamento no **princípio republicano** (vg. ADI 2.587, Rel. Min. Maurício Corrêa, Pleno, j. 01.12.2004).

Digo isso *en passant*, pois o que se tem em mesa é medida cautelar que não implica a restrição da liberdade, mas a suspensão do exercício das funções do mandato parlamentar, nos termos do art. 319, VI, do Código de Processo Penal, que prevê a *'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'*.

Reiterei esse posicionamento por ocasião de decisão monocrática proferida no âmbito da AC 4.327.

Uma vez que, no presente feito, está em causa atos emanados dos Poderes Legislativos Estaduais, com fundamento nos artigos 27, § 1º e 53, § 2º, ambos da Constituição Federal, revogador de prisão preventiva decretada em desfavor de parlamentares estaduais pelo Poder Judiciário, faz-se necessário explicitar as razões pelas quais compreendo, como em assentadas anteriores mencionei, que a regra do art. 53, § 2º, da Constituição da República não impede o Poder Judiciário de, desde que presentes os requisitos constitucionais e legais, decretar prisão preventiva em desfavor de parlamentares.

Sabe-se que a prisão preventiva e as demais medidas cautelares substitutivas regem-se por **premissas comuns** previstas na legislação processual penal, as quais são pautadas pela *necessidade* e *adequação*.

Além da exigência de indícios de autoria e materialidade delitiva, prisão preventiva e medidas cautelares alternativas têm em comum o requisito da *necessidade* (art. 282, I, do CPP). Não se prende preventivamente nem se decreta cautelares substitutivas sem a presença dos elementos que configurem a *necessidade* da restrição do direito, o que se traduz em garantir a aplicação da lei penal, a ordem pública vista em seu sentido *lato* ou, ainda, a tutela da instrução penal.

Quanto à **adequação** (art. 282, II, do CPP), diferem as medidas cautelares alternativas da prisão preventiva. É o gradiente da adequação que vai diferenciar a atuação do magistrado, diante da manifesta **necessidade**. Como a prisão preventiva é a mais grave das medidas cautelares previstas no Código de Processo Penal, sendo **necessária** a aplicação de uma medida cautelar, por estarem presentes os indícios de autoria, materialidade delitiva e a indispensabilidade de se preservar a ordem pública, garantir a aplicação da lei penal ou a conveniência da instrução, é a **análise da adequação** que guiará o juiz a decidir, dentre as cautelares, qual é a mais apropriada à preservação desses valores. Por critério de proporcionalidade, só se admite a prisão preventiva se nenhuma das alternativas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal for suficiente.

A regra do art. 310, inciso II, do CPP deixa claro o caráter subsidiário da prisão preventiva (*ultima ratio*) quando estabelece que o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, não sendo o caso de relaxamento ou concessão de liberdade provisória, deverá “*converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão*”. A subsidiariedade da prisão preventiva, ademais, vem reforçada no art. 282, § 6º, do CPP, ao dispor que a “*prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)*”.

Feita essa inicial consideração, necessário investigar os limites textuais do art. 53, § 2º, da Constituição da República, segundo o qual “*desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão*”.

A primeira percepção, advinda da literalidade do dispositivo, daria a entender que a única e exclusiva exceção à possibilidade de encarceramento do parlamentar é a situação de flagrante delito de crime inafiançável. Essa primeira percepção, todavia, não resiste a uma análise

mais aprofundada da Constituição como um todo, considerados seus princípios e, em especial, a própria *ratio* da instituição da imunidade parlamentar.

Sendo assim, pretendo demonstrar que a percepção literal segundo a qual, apenas e tão somente quando o parlamentar estiver em flagrante delito de crime inafiançável é que pode ser preso, não resiste a uma interpretação evolutiva, sistemática, histórica e teleológica do Texto constitucional.

Ao contrário, opção hermenêutica pela percepção mais literal parece ser fruto de uma interpretação *retrospectiva* da dicção do art. 53, § 2º, da CR/88, que desconsidera a alteração do regime das prisões cautelares ocorrida a partir da entrada em vigor da atual Constituição.

Com efeito, **Luis Roberto Barroso**, sem grifos no original, sustenta que "*deve o intérprete fiar-se no pressuposto de que, quando a nova Constituição mantém em algum dispositivo a mesma linguagem da antiga, presume-se que não desejou modificar a interpretação que se dava ao preceito no regime anterior. Essa é uma regra generalizadamente aceita, que deve, contudo, ser aplicada **cum grano salis**. É preciso confirmar se permanecem, ainda, o mesmo espírito, os mesmos valores do Texto anterior. Aplicar uma nova Constituição sem atenção a isso gera uma das patologias do constitucionalismo nacional, que é a *interpretação retrospectiva*", ou seja, quando "*se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo*". (**Interpretação e aplicação da constituição**. 5 ed. São Paulo : Saraiva, 2003, pp. 131 e 71).*

Do ponto de vista sistemático, importa ter em mente que a Constituição de 1988, ao constituir uma República (art. 1º, **caput**, da CR), impõe uma interpretação das imunidades e prerrogativas por ela própria instituídas, rigidamente circunscrita às razões pelas quais foram concebidas, sem que possam ser tidas por privilégios pessoais ou símbolos de distinção entre cidadãos, passíveis de serem agrupados em classes ou categorias distintas.

Trata-se o princípio republicano de um dos pilares fundamentais da Constituição, pois porta uma decisão estruturante do Estado constituído.

Princípio constitucional considerado sensível pelo art. 34, VII, “a”, da CRFB, a ele se confere a função primordial de interpretação do Texto Constitucional.

Com muito mais razão do que em relação a todos os demais, ao princípio republicano se confere a função hermenêutica apontada por **Ingo Wolfgang Sarlet** aos princípios constitucionais em geral, sem grifos no original: *"temos o que talvez seja o feito mais relevante e é próprio dos princípios fundamentais, qual seja, o de servirem como critério material para a interpretação e integração do direito infraconstitucional, mas também, especialmente no caso dos princípios fundamentais, para a interpretação da própria constituição. Nesse sentido, o intérprete/aplicador, no âmbito de suas respectivas limitações funcionais, deverá sempre privilegiar uma interpretação o mais conforme possível aos princípios fundamentais, afastando as opções interpretativas incompatíveis.* (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme & MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo : Saraiva, 2016, p. 256).

O princípio republicano encontra na proibição de tratamentos discriminatórios, na vedação da instituição de privilégios e na responsabilização dos agentes públicos por seus atos, as suas mais importantes emanções.

O art. 19 da Constituição, densificando-o, **veda** “à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) III - **criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si**”. É, portanto, princípio de caráter normativo vinculante e informador do caminho hermenêutico a ser percorrido pelo intérprete na aplicação da norma.

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

Sob essa ótica, o Supremo Tribunal Federal, há longa data, interpreta a imunidade material, erigida em favor de Deputados e Senadores, no art.

53, **caput**, da CR, repelindo concepções literalistas que impliquem conceder ao parlamentar alguma espécie de privilégio injustificado. É um luminoso exemplo de interpretação constitucional que revela o preceito contido na norma.

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

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

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

ADPF 497 MC / RJ

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

“Cabe assinalar que a **teleologia** inerente à cláusula de **inviolabilidade** prevista no art. 53, **caput**, da Constituição da República revela a preocupação do constituinte em **dispensar efetiva proteção ao congressista, em ordem a permitir-lhe**, no desempenho das múltiplas funções que compõem o ofício parlamentar, **o amplo exercício da liberdade de expressão**, qualquer que seja o âmbito espacial em que concretamente se manifeste (RTJ 133/90), ainda que fora do recinto da própria Casa legislativa (RTJ 131/1039 – RTJ 135/509-510 – RT 648/318), **desde que - cumpre insistir - as afirmações** e os pronunciamentos emanados do membro do Poder Legislativo da União **guardem conexão com o desempenho do mandato** (prática *in officio*) ou tenham sido proferidos em razão dele (prática *propter officium*), conforme esta Suprema Corte tem assinalado em diversas decisões (RTJ 155/396-397, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno, v.g.)”.

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

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

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

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

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

“Nada pode autorizar o desequilíbrio entre os cidadãos da República. O reconhecimento da prerrogativa de foro, perante o Supremo Tribunal Federal, nos ilícitos penais comuns, em favor de ex-ocupantes de cargos públicos ou de ex-titulares de mandatos eletivos transgride valor fundamental à própria configuração da idéia republicana, que se orienta pelo vetor axiológico da igualdade.”

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

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

No âmbito das imunidades formais, em especial no âmbito da denominada *freedom from arrest*, a despeito de significativos julgados de seus órgãos fracionários em que se concebeu possível a decretação da prisão preventiva em face de parlamentares estaduais (HC 89.417, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJ 15.12.2006) e federais (AC 4.039Ref, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, DJe 12.05.2016), não tem o Supremo Tribunal Federal farta jurisprudência, como sucede em

ADPF 497 MC / RJ

relação à imunidade material.

Ainda assim, tanto quanto ocorre com a imunidade material, também no tema referente à imunidade formal do art. 53, § 2º, da CR, não há porque prevalecer uma interpretação literalista, quando da própria Constituição emanam regras e princípios que impõem uma compreensão repelente da conclusão segundo a qual se teria instituído uma casta privilegiada de cidadãos que, por estar no exercício da nobre missão de representação popular, estaria acima das consequências usualmente impostas àqueles que se veem envolvidos em supostas transgressões de caráter penal.

Essa concepção restritiva a respeito das imunidades parlamentares, registre-se, encontra eco no Relatório elaborado pela Comissão de Veneza, sobre a Finalidade e o Afastamento das Imunidades Parlamentares. O Relatório foi feito a pedido do Secretário-Geral do Conselho da Europa que requisitou à Comissão “a elaboração de critérios e diretrizes para afastar a imunidade parlamentar de modo a evitar o abuso da imunidade assim como a seletividade e abusividade de decisões e para garantir a transparência adequada ao procedimento” (CDL-AD(2014)011, pár. 171).

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

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

A Comissão de Veneza, no entanto, reconhece que as regras e inviolabilidade podem em alguns países preencher a função democrática de proteger o parlamento como instituição,

e em particular a oposição parlamentar, contra a pressão indevida ou o assédio do executivo, das cortes ou de outros oponentes políticos. Regras sobre a inviolabilidade parlamentar podem portanto ser justificadas quando outras formas de proteção aos membros do parlamento não forem adequadas. Mas elas devem ser sempre construídas e aplicadas de maneira restrita. Tais regras devem estar sujeitas a limitações e condições, e deve sempre haver a possibilidade de afastar a imunidade a partir de procedimentos limpos e imparciais.”

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

Sendo assim, também no que diz respeito à imunidade formal prevista no art. 53, § 2º, da CR, não pode prevalecer uma compreensão que, desconsiderando a plena eficácia do **princípio republicano**, dissocie a atribuição da imunidade à própria *ratio* de sua instituição. O *telos* constitucional deve estar presente na mente do intérprete ao desvelar a norma constante do texto do art. 53, § 2º, da CR, o que aponta para um **resultado restritivo** da literalidade que dele emana.

Afinal, *"impõe-se uma interpretação restritiva (ou estrita), onde a expressão literal da norma precisa ser limitada para exprimir seu verdadeiro sentido"* (...) já que *"há certo consenso de que se interpretam restritivamente as normas que instituem as regras gerais, as que estabelecem benefícios, as punitivas em geral e as de natureza fiscal"* (BARROSO, Luis Roberto. **op. cit.**, 121-122).

Dizer que a primeira percepção, advinda da literalidade do art. 53, § 2º, da Constituição da República, não pode prevalecer em face do princípio republicano, não exonera o intérprete de apontar, então, a exata normatividade extraível do texto objeto da interpretação, seus limites e

possibilidades.

O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, ao afirmar que a imunidade material, a despeito do sintagma “... são invioláveis (...) por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos” não é absoluta, não se exonerou da tarefa de delimitar a exata normatividade extraível do texto do art. 53, **caput**, da CR, fixando a compreensão segundo a qual as palavras precisam ser proferidas *in officium* ou *propter officium* para que a imunidade material possa ser reconhecida.

Por evidente, essa mesma conclusão não pode ser transposta para a denominada *freedom from arrest*, até porque fundada na teleologia da própria imunidade material, a qual não se confunde com a finalidade daquela.

Não se pode dizer, similarmente, embora em alguns países esta tenha sido a opção política de suas Constituições, que parlamentares só estão protegidos pela imunidade formal que proíbe a prisão relativamente a atos supostamente criminosos praticados no exercício de suas funções parlamentares.

Como mencionado, a *ratio* da instituição da imunidade material é garantir ao parlamentar o exercício desembaraçado de suas funções, proclamando palavras sem o receio de ser questionado criminalmente quando porventura desborde para o uso desmedido da linguagem.

Confira-se o que restou assentado no voto proferido no Inq 4.177, (Rel. Min. Edson Fachin, 1ª Turma, j. 12.04.2016), com grifos que não correspondem ao original:

Para esse efeito, importa ter em mente que a atividade parlamentar, para além da típica função legislativa, engloba o controle e fiscalização da Administração Pública. Afinal, a Constituição da República dispõe ser da competência exclusiva do Congresso Nacional ‘fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta (art. 49, X, da CF)’.

Ademais, presente também a função investigativa, eis que a Constituição Federal confere aos congressistas, por meio de comissões parlamentares de inquérito, poderes de investigação

próprios das autoridades judiciais, cujas conclusões devem ser encaminhadas, se for o caso, “ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores” (art. 58, § 3º, da CF). (...)

Há uma evidente tolerância por parte da Constituição Federal com o uso, que normalmente seria considerado abusivo, do direito de expressar livremente suas opiniões, quando quem o estiver fazendo forem parlamentares no exercício de seus respectivos mandatos.

Essa tolerância se justifica para assegurar um bem maior que é a própria democracia. Entre um parlamentar acuado pelo eventual receio de um processo criminal e um parlamentar livre para expor, mesmo de forma que normalmente seria considerada abusiva e, portanto, criminosa, as suspeitas que parem sobre outros homens públicos, o caminho trilhado pela Constituição é o de conferir liberdade ao congressista.

Quando não está no exercício de suas funções, entretanto, para a salvaguarda dos valores democráticos, o parlamentar não precisa estar respaldado pela imunidade material que o exonera de responsabilização penal pelo uso abusivo de sua liberdade de expressão.

Quanto à imunidade formal, a proibição da prisão dos parlamentares surge no contexto histórico das tensões entre o parlamento inglês e o soberano, com as vicissitudes da paulatina desconcentração do poder, próprias da forma como, na Inglaterra, superou-se o absolutismo.

A existência de prisões arbitrárias impostas a congressistas com a nítida finalidade de impedir o livre exercício de seus poderes, fez com que se instituísse a proibição da prisão dos parlamentares justamente para **imunizá-los** de eventual **atividade ilegal** dos aparelhos de persecução penal, tradicionalmente controlados pelo Poder Executivo.

Essa concepção acaba por se tornar regra instrumental garantidora do princípio da separação dos Poderes - a qual, com variações próprias de cada sistema, passa a integrar as constituições de diversos países -, na medida em que neutraliza eventual uso abusivo dos poderes inerentes à

persecução penal, como forma de impedir ou embaraçar o exercício do mandato de representação popular outorgado pelo sufrágio.

Todavia, a percepção da necessidade de se garantir aos parlamentares meios de não serem submetidos a prisões embasadas em fundamentos forjadas, prisões arbitrárias ou mesmo ilegais, **esteve sempre acompanhada da noção segundo a qual a imunidade não pode se tornar um privilégio pessoal** ou um escudo para subtrair o mandatário das consequências, a todos impostas, da prática efetiva de atos que justifiquem as prisões.

Assim, as imunidades relativas à prisão, historicamente, vêm instituídas de forma excepcional e com salvaguardas que buscam evitar o uso abusivo da prerrogativa que conferem.

O dilema histórico das nações que adotam as imunidades relativas à prisão é proteger o parlamentar de prisões forjadas, executadas com a finalidade de lhe coartar o livre e desembaraçado exercício do mandato, sem impedir prisões justas, fundadas em razões fidedignas.

A análise da evolução histórica do instituto no direito brasileiro demonstra que foi adotado desde a Constituição do Império e, com algumas poucas variações, repetido nas sucessivas constituições, até adquirir a redação atual.

A Constituição do Império (1824) a previa no art. 27, ressaltando o flagrante de crime sujeito à pena capital. A Constituição de 1891, em seu art. 20, exigia prévia licença da Casa para prisão e processo do parlamentar, salvo em caso de flagrante de crime inafiançável, texto que se repetiu no art. 32 da Constituição de 1934 e no art. 42 da Constituição de 1937. Com pequena variação, a Constituição de 1946, igualmente, previu a proibição de prisão do parlamentar no seu art. 45, também ressaltando o flagrante de crime inafiançável em texto posteriormente repetido no art. 34, § 1º, da Constituição de 1967. Com a Emenda de 1969, o instituto sofreu aguda restrição, diante da redação dada ao art. 32, §1º. A imunidade formal em causa voltou a recobrar redação praticamente idêntica a das anteriores Cartas Constitucionais que vigoraram no período republicano, com o advento da Constituição de 1988, que no

atual art. 53, § 2º, voltou a proibir a prisão do parlamentar *salvo em flagrante de crime inafiançável*.

Percebe-se que o dilema consistente em proteger o parlamentar do arbítrio, sem imunizá-lo nas hipóteses em que a prisão seja realmente necessária e justa, no direito brasileiro, foi historicamente resolvido pela enunciação da proibição da prisão, com a ressalva de sua possibilidade quando em flagrante delito, nas hipóteses de crimes graves, assim enunciados na Constituição do Império como aqueles sujeitos à pena de morte e nas demais Constituições como aqueles inafiançáveis, já que tradicionalmente a legislação processual penal ressalvava a fiança a crimes mais leves.

Barbosa Lima Sobrinho, ao discorrer sobre a imunidade dos deputados estaduais, após asseverar que as imunidades parlamentares são erigidas em favor do povo e não no favor individual do titular do mandato, assim justifica a ressalva da possibilidade de prisão em caso de flagrante delito:

“Tanto não têm cunho pessoal as imunidades, que não existem no caso de flagrante delito. Por que? **Porque a flagrância prova o crime e o que se procura evitar, com as imunidades, são os processos forjados, a prova fabricada com fins políticos**, a urdidura de planos, que representem vinganças ou o propósito de afastar do campo da luta um adversário perigoso, ou eficiente” (LIMA SOBRINHO, Barbosa. **As imunidades dos deputados estaduais**. Belo Horizonte : Editora UFMG, 1966, p. 102).

A histórica, mas hoje ultrapassada, concepção segundo a qual o flagrante delito implica a inversão do princípio da presunção de inocência para o da presunção de culpabilidade acabou por ser a pedra de toque a pautar a solução, no direito pátrio, do dilema consistente na necessidade de proteção ao parlamentar com a salvaguarda para que a prerrogativa não fosse abusivamente exercida.

A lógica subjacente às sucessivas previsões constitucionais esteve

ADPF 497 MC / RJ

sempre ligada à ideia segundo a qual a imunidade tem por finalidade neutralizar o uso abusivo da prisão processual contra o parlamentar. Como esse risco era considerado mínimo quando do flagrante delito, já que evidenciador, nas palavras de José Frederico Marques, “...da grande probabilidade de ser a captura, em tais casos, legítima antecipação do resultado final do processo penal que irá instaurar-se contra o autor da infração” (**Elementos de direito processual penal**. v 4. Rio de Janeiro : Forense, 1965, p. 62), nos crimes graves, a imunidade parlamentar não se justificaria, restando permitida a prisão.

Observa-se que a concepção segundo a qual era o flagrante delito informador de presunção de culpabilidade dominou a dogmática processual penal brasileira por longo período.

Encontra-se dentre os julgados mais antigos do Supremo Tribunal Federal a remissão expressa à concepção segundo a qual a situação de flagrância conferia presunção de culpabilidade ao flagrado. Nesse sentido:

"PRISÃO EM FLAGRANTE. AUTO DEFEITUOSO. CONFISSÃO DO CRIME.

Sendo o objetivo essencial da flagrância a segurança da culpabilidade, excluindo qualquer eiva de injustiça quanto à medida detentiva liminar do processo, aparecem como irrelevantes os defeitos do auto de prisão em flagrante, quando o preso confessa livremente o crime. Recurso não provido". (RHC 45974, Rel. Min. Aducto Cardoso, Segunda Turma, j. 10/09/1968)

Nessa toada, a prisão em flagrante era doutrinariamente catalogada como uma das hipóteses de prisão cautelar, suficiente por si só, quando imposta em razão de crime inafiançável, de submeter o flagrado ao processo penal integralmente sob custódia.

Tamanha era a força da presunção de culpabilidade recaindo sobre o flagrado que, mesmo diante de sentença absolutória proferida em primeiro grau de jurisdição, o atual Código de Processo Penal, na redação original de seu art. 596, chegou a proibir a imediata libertação do réu se o

crime a ele imputado tivesse pena máxima cominada por tempo igual ou superior a oito anos de reclusão, impondo-lhe aguardar o julgamento da apelação do Ministério Público encarcerado.

Conferia-se ao flagrante delito mais aptidão a justificar o encarceramento do flagrado do que ao próprio juízo absolutório de mérito proferido em primeiro grau de jurisdição.

A redação original do atual Código de Processo Penal previa a liberação do flagrado apenas em três hipóteses: (i) quando o flagrante fosse nulo e a prisão ilegal, oportunidade em que deveria ser relaxada; (ii) quando o crime fosse afiançável ou nas hipóteses da antiga redação do art. 321 do CPP (flagrado, não reincidente, praticando infração não sujeita à privação de liberdade ou à pena máxima não excedente a três meses de privação de liberdade); (iii) ou quando houvesse evidência de ter sido o fato praticado sob uma das excludentes da antijuridicidade, tais como legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito.

Nesse sentido, **Eugênio Pacelli de Oliveira** resume a quadra histórica da regulamentação da prisão processual e liberdade provisória até o advento da Lei n 6.416/77, sublinhando que a "*fiança, como visto, era, ao tempo do CPP e até 1977 (Lei n. 6.416), a única modalidade de liberdade provisória então existente, à exceção daquelas do art. 321 (que não configura uma medida cautelar) e do caput do art. 310 (constatação imediata da presença de excludentes de ilicitude), daí resultando a seguinte consequência: se afiançável o crime, fosse esta prestada, o réu era posto em regime de liberdade provisória, devendo cumprir algumas exigências. Sendo inafiançável o crime, permanecia ele preso até o julgamento final, como regra*". (Curso de processo penal. 3 ed. Belo Horizonte : Del Rey, 2004, p. 548).

A partir da vigência da Lei 6.416/77, à única hipótese de liberdade provisória passível de ser concedida a quem fosse preso em flagrante por crime inafiançável, acrescentou-se o parágrafo único, ao art. 310 de então, para impor a concessão de liberdade provisória ao flagrado sempre que não estivessem presentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva.

ADPF 497 MC / RJ

Na legislação infraconstitucional, somente quando da entrada em vigor da Lei 6.416/77, é que se rompe a lógica do flagrante delito enquanto elemento de inversão da presunção de inocência para presunção de culpabilidade.

A partir de 1977, ainda que preso em flagrante por crime inafiançável, o cidadão só deveria permanecer preso caso presentes os requisitos da prisão preventiva, inaugurando-se uma nova hipótese de liberdade provisória **sem fiança**. Antes de 1977, só havia liberdade provisória **sem fiança** na hipótese de evidenciar-se ter sido o fato praticado sob excludente da ilicitude. Depois disso, a liberdade provisória **sem fiança** passou a ser prevista também "*...quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva...*" (art. 310, parágrafo único, CPP, com a redação dada pela Lei 6.416/77, hoje revogado).

A despeito da previsão do art. 310, parágrafo único, do CPP, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, anterior à Constituição de 1988, entendia desnecessária decisão judicial expressa, reconhecendo os pressupostos da prisão preventiva, para manter o encarceramento decorrente do flagrante delito.

Nesse sentido, entendia-se que "*...o parágrafo único do art. 310 do C.P.P. não impõe ao juiz o dever de, "ex officio", fundamentar a manutenção da prisão em flagrante; a fundamentação só é necessária se ele nega a concessão de liberdade provisória que lhe é requerida*" (RHC 62.166/SP, Rel. Min. Moreira Alves, Segunda Turma, j. 31/08/1984) e que "*o juiz não está obrigado a proferir despacho de manutenção da prisão em flagrante. Não se aplica ao caso o parágrafo único do art. 310 do cod. processo penal*" (RHC 65.467/ES, Rel. Min. Djaci Falcão, Segunda Turma, j. 11/09/1987). No mesmo sentido: RHC 60.649/SC, Rel. Min. Cordeiro Guerra, Segunda Turma, j. 10/02/1983; RHC 58.973/SP, Rel. Min. Djaci Falcão, Segunda Turma, j. 16/06/1981; RHC 58.480/MG, Rel. Min. Thompson Flores, Primeira Turma, j. 25/11/1980; e RHC 56.250/SC, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, j. 15/08/1978.

Em 1988, contudo, a vinculação da manutenção da prisão em

flagrante à presença dos requisitos da prisão preventiva foi alçada à categoria de direito fundamental, quando se inscreveu no art. 5º, LXVI, da Constituição da República a regra segundo a qual "*ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança*".

A Constituição de 1988, nesse particular, inaugurou um regime completamente diferenciado do até então vigente nas Constituições que a precederam. Até então, as Constituições brasileiras limitavam-se a proibir prisão sem ordem escrita de **autoridade** competente, fosse judiciária ou não, sempre ressaltando a possibilidade de prisão sem mandado em caso de flagrante delito. Algumas delas, todavia, obrigavam a liberação do flagrado quando a lei admitisse fiança.

Nessa linha: a Constituição de 1824 (art. 179, X); a Constituição de 1891 (art. 72, § 13), embora proibindo a manutenção da prisão se o flagrado "*prestar fiança idônea*" (art. 72, § 14); a Constituição de 1937 em seu art. 122, § 11; a Constituição de 1946, igualmente, mas prevendo no seu art. 141, § 21, que "*ninguém será levado à prisão ou nela detido se prestar fiança permitida em lei*"; a Constituição de 1967, em seu art. 150, § 12, também admitia a prisão em flagrante sem ordem escrita da autoridade competente, mas estabelecia que "*a lei disporá sobre a prestação de fiança*", redação que foi mantida pela Emenda de 1969, no art. 153, § 12.

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

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

Se dúvida ainda pudesse existir sobre se o art. 5º, LXVI, da

ADPF 497 MC / RJ

Constituição da República permitia que se protraísse no tempo a prisão em flagrante sem a constatação dos requisitos da prisão preventiva, a reforma do Código de Processo Penal, promovida pela Lei nº 12.403/2011, deu nova redação ao art. 310 do CPP, impondo enfaticamente a análise dos requisitos da prisão preventiva, tão logo o auto de prisão em flagrante seja encaminhado a juízo, *verbis*:

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o **juiz deverá fundamentadamente**:

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

A Constituição de 1988, portanto, inverteu uma lógica que vigorou por muito tempo no ordenamento jurídico brasileiro, segundo a qual o estado de flagrância, por configurar presunção de culpabilidade, era a justificativa por excelência, ensejadora do encarceramento prévio à condenação.

A partir da Constituição de 1988, passa a ser a confirmação da presença dos requisitos da prisão preventiva o que justifica a manutenção de alguém preso antes da condenação. O enunciado do art. 5º, LXVI, da Constituição da República (*“ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”*), a *contrario sensu*, impõe essa conclusão pois, na pior das hipóteses, só se mostra descabida a concessão da liberdade provisória, quando presentes os requisitos da prisão preventiva.

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

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

Na mesma linha, explicitando a atual razão de ser do flagrante delito no ordenamento constitucional e processual penal, **Eugênio Pacelli de Oliveira**, esclarece que se pretende "... com a prisão em flagrante impedir a consumação do delito, no caso em que a infração está sendo praticada (art. 302, I), ou de seu exaurimento, nas demais situações, isto é, quando a infração acabou de ser praticada (art. 302, II), ou o encontro do presumido autor (art. 302, IV) (**Curso de processo penal**. 3 ed. Belo Horizonte : Del Rey, 2004, p. 548).

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

É certo que o texto do art. 53, § 2º, da CR/88, ao dispor que "*desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável*" não deixa de ser, com as variações já apontadas, a reprodução dos textos de todas as Constituições que vigoraram no Brasil.

Já as hipóteses em que a prisão poderia ser levada a efeito contra

qualquer cidadão, historicamente, sofreram larga alteração. O cidadão não agraciado com a imunidade parlamentar formal esteve sujeito, nos regimes constitucionais anteriores, a um número muito mais significativo de hipóteses de prisão, se comparadas àquelas imponíveis ao detentor da imunidade, do que ocorre na atualidade.

Como as Constituições anteriores à de 1988, em geral, previam, *verbi gratia*, que "*ninguém será preso senão em flagrante delito ou, por ordem escrita da autoridade competente, nos casos expressos em lei*" (art. 141, §21, da Constituição de 1946), ao passo que a Constituição vigente prevê que "*ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei*" (art. 5º, LXI), desde logo se percebe que o âmbito de restrição à liberdade do cidadão passou por uma forte restrição após o advento da Constituição de 1988.

Apenas para exemplificar, o atual Código de Processo Penal, tomado por sua redação original, previa hipóteses de prisão muito mais numerosas do que as hoje presentes.

O art. 319 do Código de Processo Penal, em sua redação original, previa, por exemplo, prisão administrativa: "*I- contra remissos ou omissos em entrar para os cofres públicos com os dinheiros a seu cargo, a fim de compeli-los a que o façam; II - contra estrangeiro desertor de navio de guerra ou mercante, surto em porto nacional; e III - nos demais casos previstos em lei*".

O art. 219, do CPP, atualmente revogado, possibilitava ao juiz "*impor à testemunha faltosa prisão até 15 dias, sem prejuízo do processo penal por crime de desobediência...*". Regra similar permitia prisão de até 5 (cinco) dias à testemunha recalcitrante, conforme prescrevia o art. 243 do Código de Processo Civil de 1939 (Decreto-lei 1.608/1939).

Os casos de prisão civil também eram mais numerosos do que a única hipótese hoje permitida de "*inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia*" (art. 5º, LXVII, da CR/88). Além das hoje inadmissíveis - tendo em vista as normas do Pacto de São José da Costa Rica -, hipóteses de prisão por infidelidade do depositário, a anterior Lei

ADPF 497 MC / RJ

de Falências (Decreto-lei 7.661/45), em seu art. 69, § 7º, previa prisão por até 60 (sessenta) dias do síndico destituído ou substituído que se recusasse a prestar contas e, em seu art. 35, ao falido que faltasse ao cumprimento de qualquer dos deveres impostos pela lei.

Enfim, o regime jurídico das prisões, anterior à atual Constituição da República de 1988, permitia muito mais hipóteses de restrição à liberdade para o cidadão em geral do que o regime jurídico constitucional vigente.

A interpretação mais estrita e literal dos textos similares ao do atual art. 53, § 2º, da CR/88, que vedava a imposição de qualquer prisão ao parlamentar, que não fosse rigorosamente a hipótese de prisão em flagrante por crime inafiançável, tinha muito maior razão de ser no regime jurídico anterior ao de 1988.

Primeiro, porque a possibilidade de prisão decorrente do flagrante delito de crime inafiançável guardava coerência com a concepção jurídica reinante, segundo a qual se tinha na hipótese uma presunção de culpa. Segundo, porque proteger o parlamentar, restringindo a essa única hipótese a possibilidade de sua prisão, significava protegê-lo de uma ampla gama de possíveis detenções arbitrárias, advindas de variadas autoridades, que poderiam lhe impor diversas modalidades de prisão, com base num leque amplo de possibilidades.

A disciplina constitucional vigente, todavia, é radicalmente diversa, de modo que continuar a interpretar o texto do art. 53, § 2º, da CR/88, ainda que se o tenha como reprodução de sucessivos dispositivos constitucionais que, com algumas variações, estavam presentes desde a Constituição do Império, significa adotar uma concepção hermenêutica *retrospectiva*, dissociada dos novos valores introduzidos pela Constituição de 1988.

O atual regime jurídico-constitucional da privação da liberdade permite a decretação da prisão preventiva de parlamentar por norma extraível da própria conjugação do art. 53, § 2º, com o art. 5º, LXVI, ambos da CR/88, iluminados pelo **princípio republicano**, que repele privilégios, não tolera discriminações, nem permite que se institua uma categoria de cidadãos dotados de prerrogativas que não sejam instrumentais aos

próprios fins da República, impondo, por conseguinte, uma interpretação restritiva do texto do art. 53, § 2º, da CR/88. É, pois, como aliás tem sido, garantia parlamentar, mas sob limites e possibilidades hauridas no contexto normativo e histórico da própria CR/88.

Importa assentar que não cabe depreender do art. 53, § 2º, da CR/88, uma regra conformadora de direitos fundamentais. Não se trata de uma regra que busca antecipar-se a um eventual conflito entre o direito fundamental à liberdade do detentor da imunidade parlamentar e outros interesses constitucionalmente tuteláveis pela imposição de uma prisão preventiva.

A regra do art. 53, § 2º, da CR/88, não pode ser vista como instituidora de um direito pessoal do parlamentar, mas como uma regra erigida em favor da sociedade, em favor da democracia e da própria República, pois busca dotar os parlamentares das garantias necessárias ao desempenho desembaraçado do mandato, que é exercido em favor daqueles que o elegeram via sufrágio. Regras que protegem mandatários enquanto tais, são regras, em verdade, erigidas em favor dos outorgantes do mandato.

Não é despiciendo lembrar que parlamentares não são agraciados pelas normas constitucionais com determinadas prerrogativas porque seriam cidadãos de categoria distinta, mas porque exercem, e para que continuem a exercer de forma desembaraçada, uma função essencial à democracia e à república.

A esse respeito, **Rui Barbosa**, ao comentar o art. 19 da Constituição de 1891, já advertia que *“não são, logo, as imunidades parlamentares esse privilégio dos membros do Congresso, figurado pelos amigos do estado de sítio. Privilégio constituem elas, sim, mas da Câmara, do Senado, do Congresso, da nação, cujas vontades ele exprime no exercício do Poder Legislativo, e não poderia exprimir com a sobrançeria precisa sem esse escudo para a consciência de seus membros. O Congresso é um poder inerme. O Presidente da República, um poder armado. Que liberdade, nas hostilidades entre um e outro, poderá ter o primeiro, se uma inviolabilidade constitucional não o garantisse contra a força do segundo? (...) 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” (Comentários à constituição federal brasileira. v 2. São Paulo : Saraiva, 1933, p. 41).

Sendo assim, não se pode pretender aplicar à compreensão desse texto as regras de hermenêutica próprias dos direitos fundamentais, segundo as quais, *"em caso de dúvida, deve prevalecer a interpretação que, conforme os casos, restrinja menos o direito fundamental, lhe dê maior proteção, amplie mais seu âmbito, o satisfaça em maior grau"* (CANOTILHO, Joaquim José Gomes & MOREIRA, Vital. **Fundamentos da constituição**. Coimbra : Coimbra, 1991, p. 143).

Ao contrário, pelas mesmas razões, deve-se repelir interpretações que não se ajustem à teleologia da regra imunizante.

Retomando, a decretação da prisão preventiva de parlamentar está permitida por norma extraível da própria conjugação do art. 53, § 2º, com o art. 5º, LXVI, ambos da CR/88, iluminados pelo **princípio republicano**.

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

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

ou sem fiança".

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

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

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

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

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

Convencido da presença dos requisitos para a concessão da liberdade provisória, o juiz natural da causa concede-a, com ou sem a

ADPF 497 MC / RJ

imposição de cautelares alternativas (art. 321 do CPP), dentre elas a fiança (art. 319, VIII, do CPP), ou se verificar que não são suficientes ou inadequadas, decretará a prisão preventiva (art. 282, § 6º e 310, II, ambos do CPP).

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

Por essa razão, jungida à permissão de prisão em flagrante por crime inafiançável, prevista no art. 53, § 2º, da CR/88, está a possibilidade de decretação da prisão preventiva do parlamentar federal pelo Supremo Tribunal Federal.

A se entender que não tem o Supremo Tribunal Federal poderes para decretação da prisão preventiva do parlamentar preso em flagrante por crime inafiançável, coerentemente, deve se entender que ao parlamentar foi sonogada a garantia do art. 5º, LXVI, da CR/88 (não ser mantido na prisão quando a lei permite liberdade provisória) ou que lhe foi sonogada a inafastabilidade da apreciação jurisdicional de sua situação flagrancial (art. 5º, XXXV, da CR/88) e de ter eventual prisão em flagrante ilegal contra si imposta a condição e ser “...*imediatamente relaxada pela autoridade judiciária*” (art. 5º, LXV, da CR/88), que são direitos fundamentais de todo cidadão, os quais teriam sido substituídos por um juízo exclusivamente político a ser exercido pelo Parlamento.

O juízo político previsto na segunda parte do §2º, do art. 53, da CR/88, em verdade, não é substitutivo das garantias próprias que são previstas a todo cidadão preso em flagrante. Ao contrário, é um *plus*.

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

Estender essa competência para permitir a revisão, por parte do Poder Legislativo, das decisões jurisdicionais sobre medidas cautelares

ADPF 497 MC / RJ

penais, significa ampliar referida imunidade para além dos limites da própria normatividade que lhe é própria, em ofensa ao postulado republicano e à própria independência do Poder Judiciário.

Sendo certa a necessidade da análise jurisdicional da possibilidade de a prisão decorrente de flagrante do parlamentar protrair-se no tempo, certa também é a possibilidade de a prisão preventiva lhe ser decretada como consequência dessa análise.

Poder-se-ia objetar que, ao permitir a prisão em flagrante por crime inafiançável de parlamentar, o art. 53, § 2º, da CR/88, estaria permitindo implicitamente, apenas e tão somente, a decretação, pelo Supremo Tribunal Federal, da prisão preventiva nas hipóteses em que houvesse a prévia prisão em flagrante do parlamentar. Em outras palavras, para o parlamentar, só seria possível a prisão preventiva por conversão da prisão em flagrante por crime inafiançável, desde que mantida pelo parlamento, mas não a hipótese de prisão preventiva autonomamente decretada.

Essa interpretação, mais focada na literalidade do texto do art. 53, § 2º, da CR/88, todavia, não se mostra adequada se confrontada com o ideal republicano, que impõe interpretação restritiva a prerrogativas, especialmente quando a imposição do regime comum, a todos aplicável, se mostrar suficiente à obtenção dos objetivos buscados com a instituição da regra imunizante. Daí porque a resposta à pergunta inicial se impõe afirmativa. E isso se explica.

O Supremo Tribunal Federal, como mencionado, tem sólida e reiterada jurisprudência no sentido de impor interpretação restritiva às imunidades e prerrogativas constitucionalmente previstas, sempre com os olhos voltados ao princípio republicano. Além da já citada restrição ao alcance aparentemente mais amplo que a literalidade da Constituição procurou empregar às imunidades materiais dos parlamentares, tem prevalecido interpretação restritiva quanto ao alcance do art. 86, § 4º, da CR/88, que prevê imunidade do Presidente da República por atos estranhos ao exercício de suas funções, e do foro por prerrogativa de função, o qual não pode ser ampliado fora das hipóteses estritas previstas na própria Constituição.

ADPF 497 MC / RJ

Nessa linha, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Inquérito 3.983/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, Pleno, j. 02.03.2016, assentou, conforme trecho da ementa a seguir transcrito, cujos grifos não constam do original:

4. A previsão constitucional do art. 86, § 4º, da Constituição da República se destina expressamente ao Chefe do Poder Executivo da União, *não autorizando, por sua natureza restritiva, qualquer interpretação que amplie sua incidência a outras autoridades*, nomeadamente do Poder Legislativo. Precedentes.

Do corpo do acórdão, colhe-se o seguinte trecho, com grifos que, igualmente, não constam do original:

Tal previsão constitucional se destina expressamente ao Chefe do Poder Executivo da União, não autorizando, por sua natureza restritiva, qualquer interpretação que amplie sua incidência a outras autoridades, notadamente do Poder Legislativo. **Conforme já assentou esta Corte, “a norma consubstanciada no art. 86, § 4º, da Constituição, reclama e impõe, em função de seu caráter excepcional, exegese estrita (...)”** (Inq 672 QO, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, DJ 16/4/1993). Na mesma linha de compreensão, ao decidir pela inconstitucionalidade de normas da Constituição do Estado de São Paulo que reproduziam o conteúdo dos arts. 86, §§ 3º e 4º, da Carta Magna, o Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que *“as prerrogativas contempladas nesses preceitos da Lei Fundamental – por serem unicamente compatíveis com a condição institucional de Chefe de Estado – são apenas extensíveis ao Presidente da República”* (ADI 1021, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Relator(a) p/ acórdão: Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, DJ 17/11/1995). É inaplicável ao denunciado, portanto, a imunidade penal temporária conferida pela Carta Magna ao Presidente da República.

Quanto ao foro por prerrogativa de função, outorgado pela Constituição da República a algumas autoridades, igualmente é sólida a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de, com base no princípio republicano, considerar as regras a ele relativos de interpretação estrita. Tome-se o exemplo do decidido na ADI 2.587, Rel. Min. Maurício Corrêa, Pleno, j. 01.12.2004, que refutou a possibilidade de Constituições Estaduais conferirem foro por prerrogativa de função a Delegados de Polícia. Do corpo do voto do eminente relator, colhe-se o seguinte trecho, que não leva grifos no original:

31. Penso que o artigo 125 não outorgou às constituições estaduais uma verdadeira carta em branco para assegurar o privilégio a quem bem entendesse, conferindo ao Tribunal de Justiça competências que não encontram paralelo na Carta Política. **A questão refoge a uma simples opção política, mas retrata um sistema rígido de jurisdição excepcional, que por diferir postulados basilares do Estado de Direito Democrático exige uma interpretação restritiva e expressa.**

Conforme referiu o Ministro Carlos Velloso no julgamento do citado Inq 687, *'o princípio da igualdade é inerente à República e ao regime democrático. Não é à-toa, aliás, que o princípio isonômico é acentuado, mais de uma vez, na Constituição: assim, por exemplo, art. 5º, caput, art. 5º, I, art. 150, II, art. 7º, XXX, XXXi, XXXII, XXXIV, art. 3º, III, art. 43, art. 170, VIII'*. **Nesse contexto, as hipóteses que excepcionam sua aplicação somente podem ser admitidas se veiculadas pela própria Constituição Federal e devem, nesses termos, merecer a mais limitada interpretação.**

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

Ainda, como se disse, com o advento da Constituição de 1988, a centralidade da prisão antes da sentença condenatória exequível, deixa de ser a evidência da culpabilidade antecipadamente considerada pela situação flagrancial, e passa a ser o **juízo fundamentado da autoridade judiciária competente**, embasado na **necessidade e adequação**.

Dessa forma, pelo regime instituído pela Constituição de 1988, como é decorrência lógica da permissão da prisão em flagrante, a permissão da decretação da prisão preventiva, deve-se concluir que no valor subjacente à permissão da prisão em flagrante está contido o valor permissivo da prisão preventiva, esta considerada independentemente da existência de prévia situação de flagrante delito.

Afinal, repita-se, pela regra do art. 5º, LXVI, da CR/88, é a afirmação pela autoridade judiciária competente dos requisitos da prisão preventiva que garante a permanência da prisão pré-processual.

Essa interpretação é a que melhor se coaduna com o princípio republicano, eis que, se a *ratio* da instituição da imunidade formal resta atendida quando o parlamentar é preso em flagrante, submetido ao juízo técnico-jurídico do Supremo Tribunal Federal que confirmará a possibilidade de manutenção da prisão, desde que presentes os pressupostos que justifiquem a decretação da prisão preventiva.

Afinal, reitere-se, o que pretende a Constituição é imunizar o parlamentar contra prisões arbitrárias, que tenham por exclusiva finalidade subtrair-lhe os poderes de representação conferidos pelos eleitores. Contra prisões justas, que não tenham a finalidade espúria de tisanar o regular exercício do mandato conferido pelos eleitores, a Constituição não se levantou.

Diante disso, a compreensão que tenho a respeito da regra imunizante do art. 53, § 3º, da CR/88 não comporta proibição de decretação de prisão preventiva. Com redobradas vênias de quem entende de forma diversa, entendo que a **todo cidadão** a Constituição assegura o direito de não ser preso, “...senão em flagrante delito ou **por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente**, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei

ADPF 497 MC / RJ

(art. 5º, LXI, CF).

Aos parlamentares, pela regra do art. 53, § 2º, da CFRB, segundo compreendo, conferiu-se uma garantia extra de só ser preso, sem ordem escrita e fundamentada de autoridade judicial, em flagrante por crime inafiançável. Quanto à prisão decorrente de decisão judicial, ao contrário, parlamentares estão sujeitos ao regime jurídico aplicável a todos os cidadãos, como decorre do princípio republicano.

A afirmação da possibilidade de se decretar a prisão preventiva contra o parlamentar implica, necessariamente, o cabimento da decretação das cautelares alternativas à prisão preventiva.

Como referido, ainda que presentes os pressupostos de **necessidade** da prisão preventiva, previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, ou seja, ainda que a decretação da prisão preventiva seja necessária à "*garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria*", a partir da reforma implementada pela Lei 12.403/2011, que introduziu no art. 319 do CPP medidas cautelares alternativas, a prisão preventiva foi erigida à categoria de *ultima ratio*, somente sendo passível de decretação quando presentes requisitos de **adequação**, ou, nos termos do art. 282, § 6º, do CPP "*quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)*", regra que vem reforçada no art. 310, II, do CPP, o qual permite ao juiz "*converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão*".

Desde que adequadas à situação do parlamentar em relação ao qual se formou um juízo positivo a respeito da necessidade de decretação da prisão preventiva, se forem suficientes para se atingir o mesmo objetivo processual buscado pela prisão preventiva, o Supremo Tribunal Federal deve, em substituição, decretar uma das cautelares alternativas à prisão.

As regras introduzidas pela Lei 12.403/2011, ao submeterem a prisão preventiva à categoria de *ultima ratio*, dentre as medidas cautelares processuais penais, são conformadoras do **princípio da**

proporcionalidade, o qual impõe, sempre que ordenamento jurídico ofereça mais de um meio para o atingimento de um mesmo fim, a opção pelo menos gravoso dos meios.

A partir da vigência das regras introduzidas pela Lei 12.403/2011, passa a ser requisito para a decretação da prisão preventiva, verificar previamente se as medidas cautelares alternativas não são suficientes e adequadas ao atingimento do mesmo objetivo perseguível com a custódia. Trata-se de direito subjetivo do suspeito da prática de um crime, não ser submetido à prisão preventiva se os objetivos de **necessidade** desta última puderem ser alcançados com as medidas cautelares menos restritivas.

Nessa linha, as mesmas razões que justificam a possibilidade de decretação da prisão preventiva de parlamentar quando em causa crime inafiançável, com muito mais razão estão presentes para justificar a decretação das medidas cautelares alternativas, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

Sendo assim, concluo pela possibilidade, a partir da interpretação que faço da regra do art. 53, § 2º, da Constituição da República, de decretação, por parte do Poder Judiciário, de medidas cautelares penais em desfavor de integrantes do Poder Legislativo, desde que – seria despidendo dizer, mas convém enfatizar –, estejam presentes os requisitos constitucionais e legais.

Saliento, ainda, com a devida vênia de concepções diversas, na esteira do que assentei quando proferi voto por ocasião do julgamento da ADI 5.526, que a regra do art. 53, § 3º, da Constituição, bem como aquela inscrita em seu art. 55, § 2º, igualmente, não conferem ao Poder Legislativo poder revisional quanto aos atos emanados do Poder Judiciário.

A regra do art. 55, § 2º, da Constituição, nas hipóteses que enuncia, confere competência ao Congresso Nacional para decretar a perda do mandato parlamentar.

Dessa competência não se pode extrair, com a devida vênia da maioria que se formou quando do julgamento da ADI 5.526, **igual**

competência para sustar medidas cautelares decretadas pelo Poder Judiciário.

Por certo, há uma diferença marcante e significativa entre a decretação da perda do mandato, medida definitiva e irreversível, e a suspensão temporária da função pública ínsita no exercício do mandato parlamentar, decretada pelo Poder Judiciário, fundada nos juízos de adequação e de necessidade *“para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais”*, conforme dicção literal do art. 282, I, do Código de Processo Penal.

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

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

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

“Como prerrogativas que são, naturalmente reivindicarão interpretação restritiva.

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

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

O mesmo se diga a respeito da regra do art. do art. 53, § 3º, da CRFB, que confere competência à Casa respectiva para sustar o andamento de processo penal instaurado em desfavor do parlamentar federal, igualmente, com redobradas vênias de quem entenda de forma diversa, sua invocação para sustentar a tese de que as medidas cautelares penais estariam sujeitas à mesma sorte, importa em ampliação interpretativa incompatível com o princípio republicano.

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

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

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

ADPF 497 MC / RJ

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

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

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

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

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

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

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

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

da regra do art. 53, § 3º, da CRFB.

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

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

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

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

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

Essa, aliás, é a razão pela qual o Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência tradicional restritiva a respeito da imunidade prevista no art. 86, § 4º, da CR/88, que impede a responsabilização do Presidente da República por atos estranhos ao exercício do mandato, excluindo do seu âmbito de abrangência a possibilidade de instauração de investigações voltadas a uma futura responsabilização. Nesse sentido: Inq 672/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 16.04.93 e Inq 567/DF QO, Rel. Min. Sepúlveda

ADPF 497 MC / RJ

Pertence, RTJ 144/136-145.

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

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

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

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

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

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

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

e da ordem pública.

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

Sendo assim, proponho a esse colegiado a compreensão segundo a qual (i) a regra do art. 53, § 2º, da CRFB não impede o Poder Judiciário, presentes os requisitos constitucionais e legais, de decretar medidas cautelares penais em desfavor de integrantes do Poder Legislativo; e (ii) a Constituição da República não confere atribuição ao Poder Legislativo para revisar juízos técnico-jurídicos emanados do Poder Judiciário, ainda que se trate da decretação de medida cautelar penal em desfavor de um de seus integrantes.

Consequentemente, voto por conceder a medida cautelar na ADPF 497 para sustar a Resolução 495, de 17 de novembro de 2017, da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro.

Ainda, voto por conceder a medida cautelar na ADI 5.824 para fixar interpretação conforme à constituição, assentando que as regras dos §§ 2º a 5º, do art. 102, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro não vedam ao Poder Judiciário decretar medidas cautelares de natureza penal em desfavor de deputados estaduais, nem conferem poderes à Assembleia Legislativa para revogar ou sustar os atos judiciais respectivos.

Da mesma forma, voto por conceder a medida cautelar na ADI 5.825 para fixar interpretação conforme à constituição, assentando que as regras dos §§ 2º a 5º, do art. 29 da Constituição do Estado do Mato Grosso não vedam ao Poder Judiciário decretar medidas cautelares de natureza penal em desfavor de deputados estaduais, nem conferem poderes à Assembleia Legislativa para revogar ou sustar os atos judiciais respectivos. Consequentemente, por arrastamento, voto por suspender a eficácia da Resolução 5.211 de 2017 da Assembleia Legislativa do Estado do Mato Grosso.

É como voto.