

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.526 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. EDSON FACHIN**
REDATOR DO ACÓRDÃO : **MIN. ALEXANDRE DE MORAES**
REQTE.(S) : **PARTIDO PROGRESSISTA - PP**
ADV.(A/S) : **RICARDO MARTINS JÚNIOR**
REQTE.(S) : **PARTIDO SOCIAL CRISTAO - PSC**
ADV.(A/S) : **ALESSANDRO MARTELLO PANNO**
REQTE.(S) : **SOLIDARIEDADE**
ADV.(A/S) : **TIAGO CEDRAZ LEITE OLIVEIRA**
INTDO.(A/S) : **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**
PROC.(A/S)(ES) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**
INTDO.(A/S) : **CONGRESSO NACIONAL**
PROC.(A/S)(ES) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Boa tarde, Presidente; boa tarde a todos. Quero aproveitar para cumprimentar as brilhantes sustentações orais feitas pelos ex-Procurador-Geral da República, Doutor Aristides Junqueira Alvarenga; pelo advogado do Senado Federal, Doutor Hugo Souto Kalil; pelo Deputado Federal e advogado, Doutor Evandro Gussi; e pela Advogada-Geral da União, Doutora Grace Maria Fernandes Mendonça.

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de cautelar, promovida pelo Partido Progressista (PP), pelo Partido Social Cristão (PSC) e pelo Solidariedade (SD), contra a redação dos artigos 312 e 319 do Código de Processo Penal (CPP), os quais dispõem sobre a prisão preventiva e sobre a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão.

Sustentam os requerentes que o reconhecimento, por parte do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, da possibilidade de aplicação de medidas cautelares de caráter penal aos parlamentares — o que se deu no julgamento da AC 4.070/DF — demandaria uma decisão definitiva desta CORTE no sentido de se conferir interpretação conforme a Constituição aos dispositivos acima referidos, de modo que sua aplicação concreta se desse em obediência às garantias de autonomia das Casas Legislativas e

ADI 5526 / DF

às prerrogativas constitucionais dos parlamentares. Consequentemente, pleiteiam a *“concessão de medida cautelar, com efeitos ex tunc, para emprestar aos arts. 312 e 319 do Código de Processo Penal interpretação conforme à Constituição para assentar que a aplicação das medidas neles previstas a membros do Poder Legislativo, detentores de imunidades parlamentares formais, deverá ser submetida, no prazo de 24 horas, à respectiva Casa legislativa, para que sobre elas delibere, sempre que se operar, por meio dessa aplicação, um afastamento – total ou parcial – do exercício das funções parlamentares”*. Pedem a confirmação, ao final do procedimento, da medida cautelar deferida.

Solicitadas informações, o Presidente da República sustentou, inicialmente, a constitucionalidade formal e material das normas impugnadas, as quais teriam sido criadas com a finalidade de *“garantir a satisfação estatal do ius puniendi por meio de medidas acautelatórias”*. Em informações complementares, destacou ser *“inadmissível a aplicação aos parlamentares de qualquer modalidade de prisão processual (preventiva ou temporária), com exceção da hipótese positivada no texto constitucional, ou seja, no caso de prisão em flagrante por crime inafiançável”*. Salientou também serem inaplicáveis aos parlamentares as medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP.

O Presidente do Senado Federal argumentou pela impossibilidade de aplicação do art. 312 do CPP a parlamentares federais, pois não haveria *“hipótese constitucional de prisão preventiva destas autoridades”*. Outrossim, afirmou que a eventual aplicação aos parlamentares de medidas cautelares diversas da prisão (CPP, art. 319), se implicassem o afastamento do cargo, deveria ser seguida da remessa dos autos à Casa Legislativa respectiva, dentro de vinte e quatro horas, para que esta resolvesse sobre a medida. Já em informações complementares, pleiteou a declaração da *“inconstitucionalidade de interpretação que possibilite a aplicação de medidas cautelares pessoais de natureza penal aos membros do Congresso Nacional”*.

O Presidente da Câmara dos Deputados, por sua vez, pleiteou o acolhimento do pedido formulado na inicial da presente Ação Direta, tendo em consideração *“a inafastabilidade do controle político em face da*

ADI 5526 / DF

supressão de prerrogativas parlamentares". Procedendo ao aditamento às informações anteriormente prestadas, sustentou a inaplicabilidade dos artigos 312 e 319 do CPP aos parlamentares federais.

Instado a se manifestar, a Advogada-Geral da União afirmou ser inaplicável o art. 312 do CPP aos parlamentares federais, sendo, portanto, desnecessário que se conferisse interpretação conforme a Constituição ao referido dispositivo. Por outro lado, a concessão de medidas cautelares diversas da prisão, na forma do art. 319 do CPP, encontraria fundamento nos princípios da inafastabilidade da jurisdição e da presunção de inocência, sendo certo que a *"imunidade prisional refere-se exclusivamente à impossibilidade de prisão dos membros do Congresso Nacional, exceto em casos de flagrante de crime inafiançável"*. Desse modo, *"resta evidente que a regra constitucional que determina o envio à Casa Legislativa de decisão judicial impositiva de prisão a membro do Congresso Nacional incide, tão-somente, nos casos de prisão em flagrante por crimes inafiançáveis, não sendo possível sua extensão para alcançar toda e qualquer medida cautelar prevista no artigo 319 do Código de Processo Penal"*.

Em parecer, o Procurador-Geral da República pugnou pela improcedência do pedido formulado na presente Ação Direta, uma vez que os dispositivos constitucionais que elencam as imunidades parlamentares, *"por conferirem tratamento especial perante o Estado, no que toca ao sistema penal e processual penal — ou seja, por significarem tratamento distinto do aplicável aos demais cidadãos —, (...) devem ser interpretados de forma restritiva"*. Aduziu, em acréscimo, que *"submeter medidas cautelares do sistema processual penal ao crivo de casa legislativa, quando deferidas contra membros do Congresso Nacional, importaria em ampliar indevidamente o alcance de imunidades parlamentares e instituir procedimento novo, não previsto pela Constituição de 1988"*.

É o relatório.

Inicialmente, quero cumprimentar o Ministro EDSON FACHIN pelo substancial voto, em que fez uma excelente análise dos artigos 312 e 319 do Código de Processo Penal, interpretando-os com base no artigo 19 da

ADI 5526 / DF

Constituição Brasileira, que em seu inciso I traz como uma das vedações federativas a impossibilidade de a lei criar “*distinções entre brasileiros ou preferências entre si*”, e, a partir disso, afirmou que as hipóteses que preveem imunidades à responsabilização dos agentes políticos e membros dos poderes de Estado devem ser interpretadas nos estritos limites em que postas no texto constitucional, não se permitindo alargamentos pela via da interpretação extensiva.

Em relação também a isso, importante esclarecer, principalmente para aqueles que não são propriamente da área jurídica, que não estamos aqui tratando de privilégios hediondos, de favorecimentos pessoais existentes a parlamentares que praticam atos de corrupção; tampouco estamos aqui tratando de algo que só existe no Brasil. As chamadas imunidades parlamentares, não são criações brasileiras absurdas como afirmam inúmeras críticas, como se essa previsão fosse uma deturpação do Estado de Direito. Talvez aqueles que fazem essas críticas ignorem a construção de mais de quatrocentos anos de história da necessidade de fortalecimento dos parlamentos e, no caso dos regimes presidencialistas, do Poder Legislativo; frente ao arbítrio. Exatamente essa é a construção feita e, obviamente, foi sofrendo alterações e evoluções. À sua época, essa construção foi feita para que os representantes do povo tivessem garantias, assim como os membros do Poder Judiciário e os representantes do Executivo também as têm. Não se trata, portanto, da análise de meros privilégios hediondos, como se estivéssemos a julgar o absurdo dos absurdos.

A respeito dessas importantes garantias das Casas Parlamentares que representam o povo, devemos lembrar RUY BARBOSA, que, em 1898, escreveu:

“O privilégio de que se trata é, portanto, um privilégio a favor do povo, um privilégio a favor da lei, um privilégio a favor da Constituição. Sempre se entendeu assim desde BLACKSTONE até BRUNIALTI, o mais recente dos tractadistas, que o qualifica de tão necessário quanto, nas Monarchias, a inviolabilidade do Monarcha... (...) longe de pol- os em situação privilegiada, a prerrogativa parlamentar, de

facto, não fez mais que nivelar a deles à dos outros cidadãos (...) Assim se tem pronunciado, em toda a parte, na Inglaterra, na França, na Itália, nos Estados Unidos, em resoluções e sentenças que poderíamos citar, a jurisprudência dos parlamentares e Tribunaes, desde THOMAZ JEFFERSON, que disse: O privilégio não pertence aos membros da Camara, mas à Assembleia” (*Commentários à Constituição Federal Brasileira*. Vol. II. Saraiva: 1933, p. 41-42).

Concordo plenamente com a premissa posta por Sua Excelência, Ministro EDSON FACHIN, quando afirmou que *as imunidades parlamentares não podem ser interpretadas extensivamente, sendo-lhes vedados alargamentos subjetivos*.

Mas me perdoe Sua Excelência, o ilustre Ministro relator, pois, se as imunidades parlamentares não podem ser interpretadas extensivamente, não podem ser reduzidas, ignoradas, desprezadas ou interpretadas a partir de meras normas ordinárias ou pela aplicação vaga, imprecisa e genérica de princípios, que apesar de estruturantes da República e importantíssimos na Constituição Federal, em tempos recentes, passaram a servir para justificar quaisquer posicionamentos, mesmo que totalmente opostos e antagônicos e, várias vezes, sem relação com o caso concreto, simplesmente como uma resposta a determinados posicionamentos de parcela da opinião pública.

A utilização vaga, genérica e sem fundamentação teórica de importantes princípios, como o da moralidade, o republicano, o democrático; ora para uma interpretação; ora para outra interpretação, sem qualquer embasamento nos casos concretos ou no enquadramento jurídico normativo, acaba por enfraquecê-los, pois não podem ser utilizados como panaceia para todos os males do ordenamento jurídico ou dos problemas do país, devendo ser combatida essa prática.

Como lembrado pelo grande juiz e jurista belga FRANÇOIS RIGAUX, há necessidade, em cada julgamento, do “*apelo à sabedoria, à humanidade, em suma, à ética do magistrado*”, pois somente “*a ideia às vezes avançada de que a intuição do juiz basta para tudo, tanto para escolher a regra*

ADI 5526 / DF

aplicável como para avaliar os fatos e adaptar o dispositivo, deve ser resolutamente combatida. Sob sua variante mais perversa, essa doutrina apresenta a motivação do julgamento como raciocínio fictício que lançaria um véu de legalidade sobre uma decisão cuja única fonte seria a consciência, o senso da justiça ou a equidade do magistrado” (FRANÇOIS RIGAUX. A lei dos juízes. Martins Fontes: 2003. p. 71 e s.); e não a própria Constituição ou a Lei, corroendo o Estado democrático de direito.

Exatamente por esse motivo, HENRY ABRAHAM, destacado professor da Universidade de Virgínia, afirmou que:

“Não sem razão, outro importante Juiz, Leander Hand, alertou certa vez dos perigos de julgamentos sob a “pressão da histeria pública, do pânico público, da cobiça pública”. Apontando, ainda, sobre os perigos de a CORTE ter sido frequentemente chamada a agir como um “*agulhão moral*” para com os outros dois ramos, e tentar evitar o engajamento ou interesse numa disputa de popularidade, pois, preconizou o magistrado, “sua função, enfaticamente, não é de contar eleitores. Se esse tempo chegar um dia o Supremo Tribunal judicial como agora o conhecemos terá perdido seu significado” (*Ensaio sobre a Constituição dos Estados Unidos*. Forense Universitária. Rio de Janeiro, 1978, p. 108).

A interpretação judicial, inclusive o ativismo, deve estar lastreada na Constituição, pois não há e não pode existir, como lembra ROSCOE POUND, poder sem limites, nem mesmo do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, uma vez que,

“a democracia não permite que seus agentes disponham de poder absoluto e sejam, como os imperadores romanos orientais, isentos das leis. Uma geração que esteja disposta a abandonar a herança jurídica dos americanos para estabelecer regime absoluto de certa maioria verificada afinal que está sob o domínio absoluto do chefe da maioria” (*Liberdade e garantias constitucionais*. Ibrasa: São Paulo, 1976, p. 83).

ADI 5526 / DF

Essa limitação independe de se tratar de qualquer dos três ramos de poder do Estado; repito inclusive do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Conforme salientam os professores ingleses GARY SLAPPER e DAVID KELLY, o reexame judicial é um exercício delicado e necessariamente traz o Judiciário para a arena política, usando a palavra política em seu sentido amplo e apartidário, exigindo extremo equilíbrio e ponderação, como na presente hipótese, para garantir o próprio equilíbrio entre os poderes da República, pois, como destacado pelo antigo juiz decano da Câmara dos Lordes LORD BINGHAM, de Cornhill, em novembro de 2006,

“inovação excessiva e aventura judiciais devem ser evitadas. Sem negar o valor ou a legitimidade do desenvolvimento judicial do direito, levado a extremos, tal criatividade judicial pode ela mesma destruir o estado de direito.” (GARY SLAPPER, DAVID KELLY. *O sistema jurídico inglês*. Forense: Rio de Janeiro, 2011. p. 24).

Os problemas da politização do Judiciário não são alheios à doutrina brasileira e foram bem analisados pelo professor TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR., quando argumentou que, “o *marketing* pode colocar em risco o papel neutro do Judiciário, com a “*transformação do direito em simples e corriqueiro objeto de consumo*”, perdendo dessa maneira o “*seu sentido de prudência*”, que deve repousar na concórdia potencial dos homens, para fundar-se em uma espécie de coerção: a coerção da eficácia funcional. Ou seja, politizada, a experiência jurisdicional torna-se presa de um jogo de estímulos e respostas que exige mais cálculo do que sabedoria”, por meio, como ainda salientado pelo citado professor, da busca de “apoio da opinião pública, a geração do consenso popular, a manutenção da imagem, a busca de prestígio”. (TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR. *Direito Constitucional*. Manole: São Paulo, 2007, p. 408-409).

Nas palavras de LORD WOOLF, é essencial que os juízes tenham consciência disso, pois:

“o exame judicial é questão de equilíbrio entre os direitos do indivíduo e a necessidade de que ele seja tratado com justiça, e os direitos do governo tanto local quanto nacional de fazer aquilo para o que foram eleitos, a uma decisão muito sensível e política a ser tomada” (GARY SLAPPER, DAVID KELLY. *O sistema jurídico inglês*. Forense: Rio de Janeiro, 2011, p. 249).

O Estado de Direito trouxe o equilíbrio entre os poderes e a vitória da racionalidade e juridicidade sobre a ideia da mera vingança emotiva, populista e imediata, exigindo-se o devido processo legal, com seus princípios corolário da ampla defesa e contraditório, para a aplicação de graves sanções, entre elas a decretação da privação de liberdade e suspensão, ainda que cautelar e provisória, dos direitos políticos de membros de um Poder de Estado.

Obviamente, ninguém ousa mais afirmar hoje que o juiz é apenas “*a boca da lei*”, sem poder exercer sua essencial função de ampla revisão judicial, mas com a necessidade de expressar suas limitações, para que o Poder Judiciário não se transforme em “*pura legislação*”, inclusive derogatória de normas constitucionais. (FRANÇOIS RIGAUX. *A lei dos juízes*. Martins Fontes: 2003. p. 71).

Importante lembrar, a esse respeito, a relação às vezes conflituosa entre o juiz e o legislador e a tensão entre o exercício da interpretação e uma importante expressão restritiva do poder dos juízes enunciada pelo JUSTICE HOLMES, em 1917:

"os juízes fazem e devem fazer obra legislativa, mas se nos interstícios da lei: não movem massas, mas somente moléculas"
(*Southern Pacific Co. v. Jensen*, diss. Op. 244 US 205, 221 – 1917).

A Constituição Federal não é o *TESTE DE RORSCHACH*, popularmente conhecido como o teste do *Borrão de Tinta*, que consiste em dar respostas sobre manchas simétricas que aparecem em dez pranchas,

ADI 5526 / DF

sendo as respostas, invariavelmente, diversas e refletindo o estado psicológico de cada examinado.

A Constituição Federal é fruto do Poder Constituinte originário, que em 5 de outubro de 1988 foi promulgada após longos debates, ampla participação popular e o resgate do Estado Democrático de Direito.

A diferenciação e limitação entre interpretação, ativismo judicial e inventividade do juiz são realizadas tanto pela Suprema Corte norte-americana quanto pelo Tribunal Constitucional Federal alemão e pelas próprias cortes na França e na Bélgica, sempre no sentido de manter-se o equilíbrio entre o legislador e o Judiciário.

Nessas hipóteses, como defendido pelo brilhante JUSTICE BENJAMIN CARDOSO, em 1921, há a necessidade de as *excentricidades dos juízes se equilibrarem*.

Como lembra FRANÇOIS RIGAUX, encontra-se essa diferenciação no voto do JUSTICE FRANKFURTER, em *Denis v. United States*, e, sobretudo, no voto dissidente do mesmo juiz em *Textile Workers Union v. Alabama*:

“nele Frankfurt acusa o voto majoritário de ter concebido um código de relações de trabalho unicamente deduzido da invenção judicial”.

Confrontado com o mesmo dilema, o Tribunal Constitucional Federal alemão recorreu a um subterfúgio para fixar limites à *inventividade do juiz*, afirmando que uma lei unívoca não dá azo à interpretação judiciária. Na França e na Bélgica, a jurisdição constitucional distingue de sua própria função o denominado “*poder de apreciação*” (subjetivismos), que cabe apenas às assembleias legislativas eleitas (FRANÇOIS RIGAUX. *A lei dos juízes*. Martins Fontes: 2003. p. 326/327).

O perigo de confundir a “*interpretação constitucional*” e mesmo o “*ativismo judicial*” com a “*inventividade*” ou “*excentricidade judicial*” já fora alertado por JOHN LOCKE, em sua grandiosa obra *Dois tratados sobre o governo civil*, quando afirmou que:

“quem coloca sua própria vontade no lugar das leis, que são a vontade da sociedade expressa pelo legislativo, acaba por alterar o legislativo, e todo aquele que introduzir novas leis sem ter sido autorizado pela escolha fundamental da sociedade e dessa maneira, ou subverte as antigas, renega e derruba o poder pelo qual foram elaboradas e, desse modo, estabelece um novo Legislativo” (Martins Fontes: São Paulo: 1998. p.574-575).

Como salientado pelo eminente professor americano de ciência política e estudioso da CORTE SUPREMA, JOSEPH M. BESSETTE,

“A Constituição, parece, não é meramente o que a Corte Suprema diz que ela é e nem mesmo o que cada geração de norte-americanos diz que ela é. É também um conjunto de instituições políticas que incorpora em sua estrutura e em seu funcionamento princípios duradouros de governo popular são [sadio]” (*Democracia Deliberativa: O Princípio da Maioria no Governo Republicano*. In: R. GOLDWIN, W. SCHAMBRA, *A Constituição Norte-Americana. Capitalismo/Democracia*. Forense Universitária: Rio de Janeiro, 1986, p. 306).

Em sua tradicional obra “*Liberdade e garantias constitucionais*”, ROSCOE POUND discute a grande problemática da interpretação de o direito basear-se tão somente em uma suposta moralidade de época em questão, pois podemos afirmar que nem tudo que é imoral em determinada época pode ser considerado automaticamente ilegal, sem o devido processo legal, e salientou que, juntamente com a declaração de direitos, a separação dos poderes é essencial para a caracterização da liberdade (Ibrasa: São Paulo, 1976, p 70-71).

Da mesma maneira, FRANÇOIS RIGAUX salienta que:

“de modo geral, cabe ao juiz definir os termos da lei, notadamente os que figuram na hipótese legal, quando o próprio legislador não fez. Esperar do autor de um texto

normativo que defina nele todos os termos levaria a uma regressão ao infinito, como já havia constatado Descartes e Pascal. Por isso, conforme uma solução unânime comum aos juízes de vários países e com a qual converge a jurisprudência da corte permanente de justiça internacional e da corte Internacional de Justiça, quando um texto normativo não é acompanhado de uma definição dos termos empregados, reputa-se que foi escrito na linguagem corrente ou usual. Ele deve, portanto, ser interpretado segundo sentido natural comum ou usual dos termos empregados”.

E qual seria esse termo comum e usual em relação as imunidades parlamentares desde a Constituição de 1824?

Desde a Constituição do Império o sentido usual da imunidade parlamentar processual em relação à prisão é claro, pois somente permite o *afastamento cautelar do parlamentar federal* no exercício de seu mandato conferido pelo povo em uma única hipótese, qual seja, o flagrante delito por crime inafiançável. Obviamente, o sentido usual corrente dessa interpretação é a impossibilidade de qualquer outra forma de privação da liberdade de ir e vir, que impeça o exercício regular da cassação do mandato popular antes de condenação final por meio do devido processo legal, com a finalidade de equilíbrio entre os poderes.

Note-se que, conforme disse o JUSTICE BRANDEIS, “a convenção de 1787 adotou a doutrina da separação dos poderes não com o fito de promover eficiência, mas para evitar o exercício do poder arbitrário. O objetivo não é evitar atrito, mas garantir o povo contra a autocracia por meio do atrito inevitável resultante da distribuição dos poderes governamentais entre três departamentos”, impedir a autocracia de qualquer dos poderes, inclusive do próprio Judiciário, pois a possibilidade de controlar os atos dos que manejam o poder governamental deve ser razoável, não arbitrária e desarrazoada, como exigência legal que se torna efetiva no curso dos processos ordinários nos tribunais; tendo sido uma das principais garantias que contribui para a permanência do equilíbrio democrático com o constitucionalismo (conferir: ROSCOE POUND, *Liberdade e garantias*

ADI 5526 / DF

constitucionais. Ibrasa: São Paulo, 1976, p. 72-79).

Na independência harmoniosa que rege o princípio da Separação de Poderes, as imunidades parlamentares são institutos de vital importância, visto buscarem, prioritariamente, a proteção dos parlamentares, no exercício de suas nobres funções, contra os abusos e pressões dos demais poderes; constituindo-se, pois, um direito instrumental de garantia de liberdade de opiniões, palavras e votos dos membros do Poder Legislativo, bem como de sua proteção contra prisões arbitrárias e processos temerários. Essas imunidades não dizem respeito à figura do parlamentar, mas à função por ele exercida, como salientado por PAOLO BISCARETTI DI RUFIA, no intuito de resguardá-la de eventuais abusos na atuação do Executivo ou do Judiciário, consagrando-se como garantia de sua independência perante os outros poderes constitucionais (*Introduzione al diritto costituzionale comparato*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 1970. p. 303-305).

Algumas rápidas considerações sob o ponto de vista histórico, político e sociológico são importantes para que se entenda que existem limitações constitucionais à persecução penal realizada em relação a parlamentares federais, não somente no Brasil, como demagogicamente várias vezes se afirma, e se faça a análise de sua amplitude e aplicabilidade.

A criação das imunidades parlamentares como corolário da defesa da livre existência e independência do Parlamento tem no sistema constitucional inglês sua origem, por meio da proclamação do duplo princípio da *freedom of speech* (liberdade de palavra) e da *freedom from arrest* (imunidade à prisão arbitrária), no *Bill of Rights* de 1689. Ressalte-se, porém, que a declaração inglesa de direitos de 1688, estatuto I, de Guilherme III e Maria II, no ato declaratório dos direitos e liberdades do súdito, já previa autonomia dos membros do Parlamento ao afirmar que as eleições deveriam ser livres e a liberdade de expressão, debates e procedimentos no Parlamento não poderiam ser impedidos ou contestados em qualquer tribunal ou em qualquer lugar fora do Parlamento.

ADI 5526 / DF

Posteriormente, o mecanismo foi adotado nos Estados Unidos da América, em 17/9/1787: “Em nenhum caso, exceto traição, felonias e violação da paz, eles (senadores e representantes) poderão ser presos durante sua frequência às sessões de suas respectivas Câmaras, nem quando a elas se dirigirem, ou delas retornarem; e não poderão ser incomodados ou interrogados, em qualquer outro lugar, por discursos ou opiniões emitidos em uma ou outra Câmara” (art. 1º, seção 6), na França (em 23 de junho de 1789, houve nova proclamação das imunidades, ante a ameaça de dissolução do Terceiro Estado; a assembleia decretou a inviolabilidade dos seus membros e declarou “traidor, infame e digno de morte quem pusesse a mão sobre eles”), e, posteriormente, no restante da Europa continental.

No tocante à *freedom from arrest* norte-americana e inglesa, sua criação, a praxe, a jurisprudência e a doutrina alienígenas são pacíficas no sentido de ser ela impeditiva das prisões civis, políticas e por dívidas, não tutelando, em regra, prisões no campo penal (ALCINO PINTO FALCÃO. *Da imunidade parlamentar*. Rio de Janeiro: Forense, 1965. p. 7-29).

Nesse passo, a garantia brasileira, consagrada constitucionalmente, difere de suas origens históricas, por sua maior abrangência, pois, no Direito Constitucional brasileiro, desde a Constituição do Império, a imunidade formal abrange a prisão no campo penal, impedindo sua decretação e execução em relação ao parlamentar, que não pode sofrer nenhum ato de privação de liberdade, exceto no caso de flagrante de crime inafiançável.

No Brasil, a Constituição Imperial de 1824 concedia aos membros do Parlamento as inviolabilidades pelas opiniões, palavras e votos que proferissem no exercício de suas funções, bem como a garantia de o parlamentar não ser preso durante a legislatura, por autoridade alguma, salvo por ordem de sua respectiva Câmara, menos em flagrante delito de pena capital. Além disso, previa-se a necessidade de licença da casa respectiva para o prosseguimento da ação penal.

Assim, textualmente, previa a Constituição de 25/3/1824:

“Art. 26. Os Membros de cada uma das Camaras são invioláveis pelas opiniões, que proferirem no exercício das suas

funções.

Art. 27. Nenhum Senador, ou Deputado, durante a sua deputação, pode ser preso por Autoridade alguma, salvo por ordem da sua respectiva Camara, menos em flagrante delicto de pena capital.

Art. 28. Se algum Senador, ou Deputado for pronunciado, o Juiz, suspendendo todo o ulterior procedimento, dará conta à sua respectiva Camara, a qual decidirá, se o processo deva continuar, e o Membro ser, ou não suspenso no exercício das suas funções”.

A Constituição da República de 1891 previa, em seus arts. 19 e 20, as imunidades material e formal, pois os parlamentares eram invioláveis pelas opiniões, palavras e votos, bem como não poderiam ser presos nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Câmara, salvo caso de flagrante em crime inafiançável.

Era o seguinte o texto da Constituição de 24/2/1891:

“Art. 19. Os deputados e senadores são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato.

Art. 20. Os deputados e os senadores, desde que tiverem recebido diploma até à nova eleição, não poderão ser presos, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Camara, salvo caso de flagrância em crime inafiançável. Neste caso, levado o processo até pronuncia exclusive, a autoridade processante remetterá os autos á Câmara respectiva, para resolver sobre a procedência da acusação, si o acusado não optar pelo julgamento immediato.”

Em julgamento histórico, em 1914, em *habeas corpus* impetrado por RUY BARBOSA, em causa própria e em defesa da imunidade material dos parlamentares, mesmo no Estado de Sítio, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL reafirmou a importância das imunidades parlamentares e a necessidade de sua manutenção para o “*equilíbrio do regimen político da federação brasileira*” (HC 3536/RJ, Rel. Min. OLIVEIRA RIBEIRO, Pleno,

ADI 5526 / DF

5/6/1914).

O capítulo II, seção I, da Constituição de 1934, em seu art. 31, previa a inviolabilidade do parlamentar por suas opiniões, palavras e votos, no exercício do mandato, enquanto o art. 32 previa imunidades relacionadas à prisão e ao processo. Curiosamente, essas imunidades formais eram estendidas ao suplente imediato do Deputado em exercício.

O texto da Constituição de 16/7/1934 determinava:

“Art. 31. Os deputados são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos no exercício das funções do mandato.

Art. 32. Os deputados, desde que tiverem recebido diploma até a expedição dos diplomas para a legislatura subsequente, não poderão ser processados criminalmente, nem presos, sem licença da Câmara, salvo caso de flagrância em crime inafiançável. Esta imunidade é extensiva ao suplente imediato do Deputado em exercício.

§ 1º A prisão em flagrante de crime inafiançável será logo comunicada ao Presidente da Câmara dos deputados, com a remessa do auto e dos depoimentos tomados, para que ella resolva sobre a sua legitimidade e conveniência, e autorize, ou não, a formação de culpa.

§ 2º Em tempo de guerra, os deputados, civis ou militares, incorporados às forças armadas por licença da Camara dos deputados, ficarão sujeitos às leis e obrigações militares”.

A Carta de 1937 alterou o tratamento das imunidades parlamentares, pois, apesar de prevê-las, tanto a material quanto a formal, possibilitava a responsabilização do parlamentar por difamação, calúnia, injúria, ultraje à moral pública ou provocação pública ao crime.

Os artigos 42 e 43 da Constituição de 10/11/1937 estipulavam, respectivamente, que, durante o prazo em que estivesse funcionando o Parlamento, nenhum de seus membros poderia ser preso ou processado criminalmente, sem licença da respectiva Câmara, salvo caso de flagrância em crime inafiançável; e que só perante sua respectiva Câmara responderiam os membros do Parlamento Nacional pelas opiniões e votos

ADI 5526 / DF

que emitissem no exercício de suas funções; não estariam, porém, isentos de responsabilidade civil e criminal por difamação, calúnia, injúria, ultraje à moral pública ou provocação pública ao crime. Em seu parágrafo único, o art. 43 ainda estabelecia que, em caso de manifestação contrária à existência ou independência da Nação ou incitamento à subversão violenta da ordem política ou social, poderia qualquer das Câmaras, por maioria de votos, declarar vago o lugar do deputado ou membro do Conselho Federal, autor da manifestação ou incitamento.

Em 1946, a Constituição brasileira, consagrando regras mais democráticas, previa as clássicas prerrogativas parlamentares. Assim, a imunidade material foi prevista no art. 44 e as imunidades formais foram previstas no art. 45, determinando-se que os deputados e senadores eram invioláveis no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos (art. 44), e que, desde a expedição do diploma até a inauguração da legislatura seguinte, os membros do Congresso Nacional não poderiam ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Câmara. No caso de flagrante de crime inafiançável, os autos seriam remetidos, dentro de 48 horas, à Câmara respectiva para que resolvesse sobre a prisão e autorizasse, ou não, a formação de culpa.

A Câmara interessada deveria deliberar sempre pelo voto da maioria de seus membros. A Carta ainda previa que, em se tratando de crime comum, se a licença para o processo criminal não estivesse resolvida em 120 (cento e vinte) dias, contados da apresentação do pedido, esse seria incluído em ordem do dia, para ser discutido e votado, independentemente de parecer (acrescentado pela EC nº 9, de 22/7/1964).

Na vigência da Constituição de 1946, em Acórdão de 1956, o Pleno do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL já salientava as inúmeras críticas feitas às imunidades parlamentares. O ministro SAMPAIO COSTA, convocado para relatar o HC 34467, em acórdão de 1956, afirmou que:

“constitucionalistas notáveis, estudando-as em suas origens e sob seus múltiplos aspectos, negam-lhes a compatibilidade com as instituições republicanas”. Porém,

ADI 5526 / DF

advertiu que (...) a verdade é que as imunidades parlamentares assentam em razões de ordem pública e política, no interesse geral da coletividade. Não são um privilégio pessoal do deputado ou do senador. Tampouco um direito subjetivo, ou mesmo uma garantia individual. São atributos inerentes a função do cargo legislativo” (HC 34467, rel. Min SAMPAIO COSTA, convocado, 24/9/1956).

Em 1967, a Constituição Federal consagrou as imunidades material e formal no art. 34. Afirmava textualmente que os deputados e senadores eram invioláveis no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos. Além disso, desde a expedição do diploma até a inauguração da legislatura seguinte, os membros do Congresso Nacional não poderiam ser presos, salvo flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Câmara. No § 2º do artigo 34, porém, estabelecia que se no prazo de 90 dias, a contar do recebimento, a respectiva Câmara não deliberasse sobre o pedido de licença, seria esse incluído automaticamente em ordem do dia e assim permaneceria durante 15 sessões ordinárias consecutivas, tendo-se como concedida a licença se, nesse prazo, não ocorresse a deliberação.

A Emenda nº 1, de 17/10/1969, denominada corretamente por nosso Decano, Ministro CELSO DE MELLO, como a *Carta envergonhada*, e, posteriormente, a Emenda 11, de 13/10/1978, à Constituição Federal de 1967 alteraram a regulamentação das imunidades parlamentares, prevendo, em regra, que os deputados e senadores eram invioláveis no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos, porém, excepcionalmente, poderiam ser responsabilizados, no caso de crime contra a Segurança Nacional.

Também era prevista a impossibilidade (i) de prisão do parlamentar, desde a expedição do diploma até a inauguração da legislatura seguinte, salvo no caso de flagrante de crime inafiançável, e (ii) de que fossem processados, criminalmente, sem prévia licença de sua Câmara, e que, se a Câmara respectiva não se pronunciasse sobre o pedido, dentro de 40 dias a contar de seu recebimento, se teria como concedida a licença. No

ADI 5526 / DF

caso de flagrante de crime inafiançável, os autos deveriam ser remetidos, dentro de 48 horas, à Câmara respectiva, para que resolvesse sobre a prisão e autorizasse, ou não, a formação de culpa.

A constituição anterior, porém, *excetuava das imunidades os crimes contra a Segurança Nacional*, para os quais o processo independia de licença da respectiva Câmara, podendo o Procurador-Geral da República, recebida a denúncia e analisando a gravidade do delito, requerer a suspensão do exercício do mandato parlamentar, até a decisão final de sua representação pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (EC 1, de 17/10/1969).

A redação original da Constituição Federal de 1988 previa as imunidades material e formal no art. 53, §§ 1º, 2º e 3º, determinando que os deputados e senadores eram invioláveis por suas opiniões, palavras e votos, bem como, desde a expedição do diploma, não poderiam ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Casa. Ainda, disciplinava que, no caso de flagrante de crime inafiançável, os autos seriam remetidos, dentro de vinte e quatro horas, à Casa respectiva, para que, pelo voto secreto da maioria de seus membros, resolvesse sobre a prisão e autorizasse, ou não, a formação de culpa.

Essa opção consciente do legislador constituinte originário na definição dessa imunidade formal em relação à prisão dos membros do Congresso Nacional poderia ter sido rediscutida na Revisão Constitucional de 1993/1994, mas, em que pese a apresentação de 143 propostas revisionais em relação ao artigo 53, que prevê o conjunto de garantias e prerrogativas parlamentares, entre elas a relativa à prisão de parlamentares, como destacado pelo então relator da Revisão Constitucional e, posteriormente, Ministro desta Casa, NELSON JOBIM, “a grande maioria das propostas revisionais, referentes ao art. 53, tem como escopo manter o instituto da imunidade parlamentar no tocante às inviolabilidades (imunidade material), fixando no próprio texto constitucional seu alcance também para a área civil. As várias alterações propostas foram no sentido de substituição da então necessária ‘licença

ADI 5526 / DF

prévia' para iniciar os processos contra parlamentares pela possibilidade posterior de sustação da ação penal por maioria absoluta da Casa respectiva" (CONGRESSO REVISOR – Relatoria da Revisão Constitucional. Pareceres produzidos. Histórico. Tomo I, Brasília, 1994). O Parecer 12 foi apresentado pelo Relator em 17/1/1994, porém não foi apreciado e o texto do artigo 53 foi mantido integralmente.

Em 2001, as garantias dos congressistas foram rediscutidas pelo Congresso Nacional, resultando na aprovação da EC 35, de 20/12/2001, que alterou substancialmente a redação do artigo 53, acrescentou expressamente a "inviolabilidade civil e penal" para a imunidade material e substituiu a imunidade processual em relação ao processo, nos termos anteriormente sugeridos pela Revisão Constitucional, ou seja, revogando a necessidade de licença prévia para o processo de parlamentares e possibilitando, somente para os crimes praticados após a diplomação, a sustação da ação penal por maioria absoluta dos membros da casa, desde que devidamente provocada por iniciativa de partido político nela representada. Não houve alteração em relação à imunidade formal quanto à prisão dos congressistas.

No Brasil, a análise histórica demonstra que somente em momentos de exceção, com o afastamento da plena Democracia, as imunidades parlamentares foram cerceadas pelas Cartas de 1937 e 1969 (EC nº 01).

Não se diga que a análise histórica dos precedentes da Assembleia Nacional Constituinte e mesmo a análise dos textos de todas as constituições brasileiras desde o Império não têm nenhuma repercussão na interpretação de importantes institutos e questões jurídico-políticas de um país, como na presente hipótese.

Em hipóteses semelhantes, a própria Corte Internacional de Justiça reafirmou a importância desse método de interpretação em dois acórdãos recentes, um de 1994 e o outro de 1995, onde se aplicou exatamente esse método interpretativo, que consiste em confirmar, inclusive com ajuda da análise dos trabalhos preparatórios redacionais dos atos normativos, a leitura que a Corte deve fazer do texto do tratado, afirmando também que não é necessário recorrer tão somente a outros métodos interpretativos

ADI 5526 / DF

(CIJ, 3 de fevereiro de 1994, *Jamahiriya arabe libyenne/Tchad. Différend territorial*, *CIJ Recueil 1994*, p. 6, §55, p. 27; 15 de fevereiro de 1995, *Delimitação marítima e questões territoriais entre Qatar e Bahrein, competência e admissibilidade*, *CIJ Recueil 1995*, p. 6, § 39, p. 21).

Qual então seria a razão desse importante preceito constitucional referente a autonomia do Poder Legislativo?

Manter a representação popular e somente permitir o afastamento cautelar do parlamentar eleito pelo voto popular, antes do devido processo legal e de sua condenação, nessa única e gravíssima hipótese que é a prisão em flagrante por crime inafiançável, nos termos do § 2º do artigo 53 da Constituição Federal de 1988. Sendo, portanto, inadmissível a aplicação da prisão preventiva prevista no artigo 312 do Código de Processo Penal.

Não seria obviamente necessário ao legislador constituinte, ao estabelecer uma única hipótese em que é possível a restrição à liberdade de ir e vir do parlamentar, com o consequente afastamento do exercício de seu mandato, ao mesmo tempo, estabelecer de forma específica todas as demais hipóteses em que se vedam prisões, detenções ou subtrações ao exercício da atuação parlamentar. Seria não só de imprecisão legislativa, mas também de inutilidade, uma vez que a legislação poderia futuramente criar, como realmente o fez no caso das medidas cautelares, novas formas de detenções e afastamentos provisórios dos parlamentares, somente com uma nova roupagem nominativa, antes da definitividade da condenação penal.

Portanto, como ensinado pelo Decano de nossa CORTE, Min. CELSO DE MELLO:

“o estado de relativa incoercibilidade pessoal dos congressistas (*freedom from arrest*), que só poderão sofrer prisão provisória ou cautelar numa única e singular hipótese: situação de flagrância em crime inafiançável”, concluindo, que “Dentro do contexto normativo delineado pela Constituição, a garantia jurídico-institucional da imunidade parlamentar formal não obsta, observado o “*due process of law*”, a execução de penas privativas da liberdade definitivamente impostas ao membro

ADI 5526 / DF

do Congresso Nacional” (Inq 510/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno, julgamento: 1/2/1991).

REPITO o ensinamento do Ministro CELSO DE MELLO sobre a possibilidade de: *“a execução de penas privativas de liberdade DEFINITIVAMENTE IMPOSTA”*.

Isso porque, salvo a hipótese expressamente prevista na Constituição Federal, o afastamento cautelar ou a aplicação de medidas que, direta ou indiretamente, interfiram no exercício de mandatos populares concedidos aos congressistas, antes do devido processo legal e da condenação final, seriam atos extremos e seríssimos de desequilíbrio entre os Poderes, afetando o Estado de Direito e a Democracia, sem expressa previsão constitucional.

Dessa maneira, teríamos, ainda, a ocorrência de aplicação de sanção política provisória gravíssima e sem prévia cominação legal, com flagrante ferimento ao expressamente previsto no inciso XXXIX do artigo 5º da Constituição Federal.

Preceito esse, cuja observância, remonta a mais de 400 anos, e que não pode ser ignorado por este SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Nos estratos do *Segundo Instituto*, do grande magistrado inglês COKE, em 1642, ao comentar a Magna Carta, por ordem da Câmara dos Comuns, afirmou, no capítulo 29: *“que nenhum homem seja detido ou preso senão pela lei da terra, isto é, pela lei comum, lei estatutária ou costume da Inglaterra”*; em outras palavras, que nenhum homem seja privado de sua liberdade de ir e vir sem expressa autorização constitucional ou legal, inexistente, no constitucionalismo brasileiro, no tocante aos parlamentares federais, desde a primeira constituição Imperial e em todas as constituições republicanas brasileiras, salvo nas hipóteses de flagrante delito por crimes inafiançáveis e condenações transitadas em julgado.

As liberdades, garantias e imunidades previstas na Constituição são múltiplas e não raras vezes apresentam antinomias – obviamente, para essas situações, existem os métodos de interpretação, entre eles, muitas vezes citados, a ponderação dos interesses, que acaba sendo um instrumento necessário para que o magistrado possa decidir o caso

ADI 5526 / DF

concreto. Na presente hipótese, porém, a aplicação desse método é desnecessária, pois estão em conflito uma norma constitucional e uma norma infraconstitucional cuja aplicação não está expressa em relação aos parlamentares federais, uma vez que o processo e julgamento desses por infrações penais comuns são regidos pela Lei 8.038/1990.

Na aplicação do presente caso, não há dúvidas, como bem diferenciou ROSCOE POUND, que, dentre preceitos jurídicos da Constituição, alguns são regras e outros, princípios. Entre as regras, temos aquelas que definem estados de fato, proibições, garantias ou expressamente certas liberdades contra abuso por parte do governo ou ainda certas limitações do poder governamental, e que são autoaplicáveis (*Liberdade e garantias constitucionais*. Ibrasa: São Paulo, 1976, p. 80); por serem regras estruturantes da separação de poderes e consagrarem direitos políticos e de liberdade, não se permite, qualquer interpretação restritiva desses direitos fundamentais, sendo inaceitável constitucionalmente, pois, como salientado pelo professor HOWARD D. FISCHER:

“em nenhuma hipótese a essência de um direito fundamental pode ser afetada sendo uma das principais regras principais da interpretação do Tribunal Constitucional Federal alemão em relação a aplicação dos direitos” (*O sistema jurídico alemão e sua terminologia*. Forense: Rio de Janeiro, 2009, p. 52).

A hipótese tratada nos autos diz respeito a direitos referentes a um dos Poderes de Estado e garantidos em uma das cláusulas pétreas de nossa Carta Magna, a “separação de poderes” (CF, art. 60, § 4º, III).

Em nossa Constituição Federal, concordemos ou não, gostemos ou não, essas regras constituem o que toda a doutrina nacional define como o ESTATUTO DOS CONGRESSITAS, que é autoaplicável, e não só independente, mas também não permite a edição de legislação infraconstitucional que o restrinja, sob pena, em um Estado de Direito, de ferimento às garantias de um dos poderes de Estado, o LEGISLATIVO.

Não se trata de interpretar extensivamente as imunidades parlamentares, mas sim de garantir sua auto aplicação e não permitir

ADI 5526 / DF

inconstitucional heresia em autorizar restrições ao ESTATUTO CONSTITUCIONAL DOS CONGRESSISTAS por meras leis ordinárias, invertendo a ordem natural das regras interpretativas, ou seja, analisar-se o texto constitucional com base no Código de Processo Penal.

Repito, concordemos ou não, o texto constitucional é expresso e claro, trazendo tanto a regra quanto a exceção. Em regra, portanto, o congressista não poderá sofrer qualquer tipo de afastamento cautelar de seu mandato, inclusive em nenhuma hipótese de prisão de natureza processual preventiva ou temporária; sendo-lhe inaplicável o artigo 312 do Código de Processo Penal; excepcionalmente, porém, o congressista poderá ser preso, no caso de flagrante delito por crime inafiançável.

Obviamente, nesse único permissivo constitucional, poderá o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL substituir a prisão em flagrante delito por crime inafiançável pelas medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, por constituírem medidas individuais e específicas menos gravosas. Mas em ambas as excepcionais hipóteses a manutenção da prisão em flagrante delito por crime inafiançável ou da cautelar substitutiva dependerá de deliberação da Casa respectiva para formação de culpa, que resolverá pelo voto ostensivo e nominal da maioria de seus membros, nos exatos termos do art. 53, § 2º, da Constituição Federal.

A *ratio* constitucional, que não pode ser ignorada pela interpretação de leis ordinárias (CPP), é o absoluto respeito ao mandato delegado pelo povo ao seu representante e a excepcionalidade de afastamentos cautelares do exercício das funções parlamentares.

Dentro do respeito absoluto à Constituição, que submete a todos, inclusive os membros desta CORTE, verifica-se que, na presente hipótese, diferentemente dos únicos precedentes desta casa (2ª Turma, AC 4.036 – AC 4.039 - Referendo-MC, ambas relatadas pelo Min. TEORI ZAVASCKI; 1ª Turma, HC 89.417/RO, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA), não existe espaço interpretativo para relativizar essa norma constitucional, sob pena de subversão do equilíbrio entre os Poderes, pois não podemos confundir o CONTINENTE com o CONTEÚDO, ou seja, a suposta prática de atos

ADI 5526 / DF

ilícitos por parlamentares (“*conteúdo*”) não autoriza a anulação das garantias estruturantes previstas pela Constituição Federal ao Poder Legislativo (“*continente*”); sob pena de criarmos perigoso precedente que permitirá, em hipotética situação futura, nova licença interpretativa que autorize o afastamento, em casos concretos, das garantias dos demais Poderes e Instituições, como, por exemplo, a vitaliciedade dos membros da magistratura ou do Ministério Público. As garantias do Legislativo, assim como as garantias do Judiciário e do Ministério Público, são previsões protetivas dos Poderes e Instituições de Estado contra influências, pressões, coações e ingerências internas e externas. Devem ser asseguradas para o equilíbrio da Separação de Poderes e manutenção de um Governo Republicano e Democrático, sob pena de, repito, confundirmos o CONTINENTE (“*Poderes de Estado*”) com o CONTEÚDO (“*eventuais membros que pratiquem ilícitos*”), com consequente enfraquecimento das Instituições.

Como destacado pelo Ministro CELSO DE MELLO:

“o Instituto da imunidade atua, no contexto normativo delineado por nossa constituição, como condição de garantia de independência do poder legislativo, seu real destinatário, em face dos outros poderes do estado. Estende-se ao congressista, embora não constitua uma prerrogativa de ordem subjetiva deste. Trata-se de prerrogativa de caráter institucional, inerente ao poder legislativo, que só é conferida ao parlamentar *ratione muneris*, em função do cargo e do mandato que exerce” (Inq 510/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno, julgamento: 1º/2/1991).

Ora, não há dúvidas de que o art. 53, § 2º, do texto constitucional protege o integral exercício do mandato parlamentar dos Congressistas, pois ao se referir expressamente que a restrição à liberdade de ir e vir do parlamentar somente poderá ocorrer em prisão em flagrante por crime inafiançável estabeleceu implicitamente a impossibilidade de qualquer outro tipo de prisão cautelar, seja preventiva, temporária ou, ainda,

ADI 5526 / DF

medidas cautelares absolutamente idênticas ou com grande semelhança, pois, por exemplo, basta uma breve leitura na Lei de Execuções Penais, para verificar a proximidade entre a aplicação conjunta de algumas medidas cautelares previstas no artigo 319 do CPP com a prisão albergue domiciliar ou formas semelhantes ao cumprimento de pena em regime aberto, independentemente da nova nomenclatura que se dê, pois o Direito não vive de rótulos, mas sim da perquirição da natureza jurídica das medidas constritivas do direito de ir e vir e do pleno exercício das funções parlamentares.

Igualmente, salvo na hipótese anteriormente citada de substituição da prisão em flagrante delito por crime inafiançável, não devem ser toleradas constitucionalmente quaisquer medidas cautelares em relação aos parlamentares cujo objeto seja sua detenção, afastamento ou cerceamento do ambiente do Congresso Nacional ou impedimento direto ou reflexo do exercício de suas funções parlamentares.

Sábias as palavras do JUSTICE STONE, da Suprema Corte norte-americana, quando afirmou: *"embora o exercício inconstitucional do poder pelos ramos executivo e legislativo do governo esteja sujeito a revisão judicial, único controle sobre nosso próprio exercício do poder é nosso senso de auto coibição"* (297 US 1 1937), pois, apesar de existirem problemas relacionados com a supremacia judicial, ocasionalmente os juízes precisam ser lembrados, como o fez o referido magistrado no caso *Estados Unidos versus Burle* (1936), de que *"os tribunais não são único órgão do governo que se deve presumir ter capacidade para governar"*.

Diante do exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a presente ação direta de inconstitucionalidade para, desde a expedição do diploma, declarar a nulidade parcial sem redução de texto do artigo 312, para torná-lo inaplicável aos congressistas, e do artigo 319, para excluir a possibilidade da aplicação de medidas cautelares que acarretem o afastamento direto ou indireto dos parlamentares do exercício de seus mandatos ou da imposição de qualquer outra medida cautelar que cerceie direta ou reflexamente o exercício das funções inerentes a atividade parlamentar; salvo na hipótese de substituição à prisão em flagrante por

ADI 5526 / DF

crime inafiançável, permitida pelo texto constitucional, quando, obrigatoriamente, deverá ser aplicada a regra contida no § 2º do artigo 53 da Constituição Federal.

Caso, porém, fique vencido pela douta maioria, desde já VOTO no sentido de que a decretação judicial de qualquer forma de prisão, detenção, afastamento cautelar do exercício do mandato ou qualquer outra medida cautelar que cerceie direta ou indiretamente o pleno exercício das atividades parlamentares deverá ser encaminhada à Casa Legislativa respectiva, para aplicação integral do §2º do artigo 53 da Constituição Federal, pois, como bem destacado por RUY BARBOSA, a função de tutelar as prerrogativas parlamentares constitucionais também é dever do próprio Parlamento:

“E a quem há de tocar essa função de vigilância tutelar a benefício da prerrogativa parlamentar? Ao poder que prende, isto é, aquelle contra cujos descomedimentos se pretende estabelecer a garantia? Seria inqualificável imbecilidade. O freio não pode residir na própria autoridade, contra cujos excessos ele se cria. Toda vez que uma faculdade é susceptível de abuso, o contrapeso, repressivo, ou preventivo, dele, há de confiar-se, a uma entidade alheia aquella de onde ele pode emanar, e, quando, possível, interessada em cohibil-o. Que entidade, no assumpto vertente, pode ser essa, senão o Congresso mesmo, senão a Câmara, cujas imunidades estejam em lide na pessoa do membro recolhido à prisão” (*Commentários à Constituição Federal Brasileira*. 2. T. Saraiva: 1933, p. 45-46).

É como voto, Presidente.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Caro Ministro CELSO, conforme salientei nas conclusões de meu voto, declarei a nulidade parcial sem redução de texto do artigo 319, para excluir a possibilidade da aplicação de medidas cautelares que acarretem o afastamento direto ou indireto dos parlamentares do exercício de seus mandatos ou da imposição de qualquer outra medida cautelar que cerceie direta ou reflexamente o exercício das funções inerentes à atividade parlamentar; salvo na hipótese de substituição à prisão em flagrante por crime inafiançável, permitida pelo texto constitucional, quando, obrigatoriamente, deverá ser aplicada a regra contida no § 2º do artigo 53 da Constituição Federal. Adiantei, ainda, que, se o entendimento da douta maioria fosse diverso, votaria no sentido de que a decretação judicial de qualquer forma de prisão, detenção, afastamento cautelar do exercício do mandato ou qualquer outra medida cautelar que cerceie direta ou indiretamente o pleno exercício das atividades parlamentares deverão ser encaminhadas à Casa Legislativa respectiva, para aplicação integral do §2º do artigo 53 da Constituição Federal. Adiro, no entanto, aos bem-lançados fundamentos jurídicos do ilustre Ministro TOFFOLI, que chega a um meio termo com muito bom senso, acolhendo-os, no sentido de que o Poder Judiciário dispõe de competência, por autoridade própria, para a aplicação das medidas cautelares de natureza pessoal previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal aos parlamentares, mesmo no caso de excepcional ausência de flagrância por crime inafiançável, porém em situações de superlativa excepcionalidade. Nessas hipóteses, desde a expedição do diploma, se a medida cautelar aplicada pelo Poder Judiciário acarretar o afastamento direto ou indireto do mandato parlamentar ou a impossibilidade total ou parcial do exercício regular de suas funções legislativas, nos termos do § 2º do artigo 53 da Constituição Federal, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa Legislativa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a medida aplicada.