

## Eugênio Pacelli: O Parlamento e as cautelares no processo penal

Para quem não se desvencilha nunca da literalidade do texto, os membros do Congresso Nacional, em hipótese alguma, poderão ser presos preventivamente, dado que a eles o constituinte de 1988 reservou generoso tratamento, ao somente admitir a custódia dos parlamentares em caso de prisão flagrante e em crime inafiançável, nos termos da norma contida no artigo 53, §2º, da Constituição da República. Mais ainda: reservou à respectiva Casa o controle acerca da manutenção, ou não, da prisão concretizada sob tais circunstâncias.

Há perigosas armadilhas hermenêuticas na escolha de semelhante metodologia de interpretação. Veja-se o caso da previsão constitucional de inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente (artigo 5º, LVI, CR), em que nem mesmo o intérprete mais aprisionado à literalidade do texto recusará a exceção de validade e de admissibilidade de tal prova, nas hipóteses em que ela se prestar a demonstrar a inocência de quem estiver sendo investigado ou processado.

Dito de outra maneira, há normas em textos legais e constitucionais que comportam — ou exigem — regras de exceção ao respectivo comando. Sabido, então, que texto e normas não significam a mesma coisa, as exceções normativas seriam deduzidas de textos não escritos, mas como exigência lógico-jurídica do comando (legal ou constitucional) prescritivo. A inadmissão da prova ilícita tem claros objetivos e finalidades que estão a vincular o âmbito de sua aplicação, ou seja, a) expandir o espaço de proteção dos direitos individuais à intimidade, à privacidade, à imagem, às inviolabilidades individuais, enfim, e, b) dissuadir o poder público, produtor da prova processual penal, da prática de violações àqueles direitos antes mencionados. Assim, vedar a valoração de prova demonstrativa da inocência de alguém seria absolutamente intolerável e contrário às finalidades ou ao espaço de aplicação da referida norma constitucional.

De outro lado, não nos parece ser esse o caso daquele dispositivo constitucional em que se afirma o princípio da não-culpabilidade, em que o texto, o contexto e o respectivo âmbito de validade estão dispostos de maneira inquestionável: ninguém poderá ser considerado culpado, senão após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (artigo 5º, LXII, CR). Ora, considerando que a expressão trânsito em julgado tem significado inequívoco no direito brasileiro, a aludida norma constitucional veda a execução de pena antes de decisão da qual não caiba mais recurso.

Nesse passo e nesse ponto, a orientação da Suprema Corte institui-se mais como ato de vontade, que propriamente uma interpretação constitucionalmente adequada. Trata-se evidentemente de escolha de política judiciária, diante dos mecanismos recursais presentes na legislação e na própria Constituição, aliado à estrutura da jurisdição nacional, construída em quatro graus ou instâncias. É dizer, a solução até pode ser justificada no plano da acomodação do texto às atuais circunstâncias históricas, mas certamente é injustificada do ponto de vista da interpretação constitucional sob o paradigma do Estado de Direito e do sistema dos direitos fundamentais.

Enfim, e, por fim, o julgamento da ADI 5.526, na qual o Supremo Tribunal Federal, por apertada maioria — 6 x 5 — condicionou a eficácia das cautelares diversas da prisão impostas a parlamentares à chancela do Parlamento.

Nada tem de simples a questão, a se reconhecer, de início, a existência de cinco votos no sentido da possibilidade de aplicação de medidas cautelares pessoais aos membros do Congresso, fora das situações de flagrante, e sem o controle posterior e político do Congresso Nacional.

É preciso também reconhecer que mesmo a interpretação literal do artigo 53, §2º, da Constituição não constituía a única fundamentação para a vedação de prisão preventiva e de medidas cautelares aos congressistas. Convém lembrar, não só por oportuno, mas por demasiado relevante, que o artigo 53, §3º, dispõe sobre a possibilidade de suspensão do curso de ação penal contra os membros do Congresso Nacional, por voto da maioria de seus membros.

Mais. No artigo 55, VI, da mesma Constituição, se estabelece a condenação criminal passada em julgado para fins de perda do mandato.

Tais normas constitucionais tem o claríssimo propósito de conferir ao Congresso Nacional a singular tutela do exercício de mandato eletivo, em legítimo controle político de tão relevante direito fundamental.

Não fosse a tragédia que se abateu sobre o aludido Poder nos últimos anos, com centenas (?) de parlamentares investigados e/ou processados criminalmente, certamente ninguém se animaria a questionar a eficácia de tais prerrogativas. Ninguém poderia mesmo supor que a decadência do Legislativo nacional chegasse a tais níveis.

Ocorre que se é por regras que se orienta o Direito, não menos verdadeira é a afirmação no sentido da necessidade permanente da criação ou do reconhecimento de exceções a elas, diante da complexidade do mundo da vida, sempre à frente do mundo das normas.

A regra, aqui, portanto, é a impossibilidade de imposição de prisão preventiva aos membros do Congresso Nacional.

Mas não se pode aceitar também que a relevantíssima função estatal do dever de jurisdição esteja absolutamente desprotegida diante de condutas que a coloquem em risco evidente, e, mais, ainda, que também atinjam os direitos fundamentais de terceiros, não envolvidos na prática de ilicitudes penais. O parlamentar que desrespeita o elevado grau de suas funções públicas não pode encontrar guarida em regras — constitucionais, que sejam — de imunidade processual.

Mas não porque eles devam ser tratados em situação de igualdade em relação aos demais membros da comunidade jurídica. Dessa distinção no tratamento já cuidou a Constituição da República, a estender-se também ao presidente da República. Distinção que tem em conta a inegável relevância dos cargos e funções dos congressistas, legítimos representantes da vontade popular. Bem ou mal, titulares dessa significativa representatividade.

Cumprе destacar, no particular, que o constituinte de 1988 revelou-se completo analfabeto em matéria

processual penal. Basta ver as inúmeras passagens em que o texto constitucional se refere à liberdade provisória e à inafiançabilidade, indicando desconhecer que ambas já não portavam o significado restritivo da redação originária do CPP, pelo menos desde o ano de 1977, pelas mãos da Lei 6.416. Lá se dispunha sobre a possibilidade da restituição da liberdade ao apripionado em flagrante delito, mesmo para os crimes considerados inafiançáveis.

Assim foi que a ressalva para a manutenção da prisão em flagrante de crime inafiançável para os parlamentares desmentia o sistema de garantias inserido no próprio texto constitucional. Somente ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária poderia e poderá determinar a manutenção da prisão em flagrante, já sob o manto da prisão preventiva, com indispensável fundamentação acautelatória (artigo 5º, LXI, CF).

Por isso, a previsão da competência da respectiva Casa Parlamentar para decidir sobre a manutenção da prisão já veio com os olhos no passado, autorizando o Congresso a exercer controle político sobre a antecipação de culpa que sempre acompanhou a legislação nacional sobre o flagrante delito, até a Lei 6.416/77, e, é claro, até a Constituição de 1988, quando se consolidou o princípio da não-culpabilidade e não mais o do presunção de culpa pelo flagrante.

Eis a questão: ao Congresso se reserva juízo político sobre a conveniência de restrições ao mandato eletivo; ao Judiciário, porém, a competência que se lhe atribui a Constituição é de outra ordem, a saber: o juízo acerca da necessidade e adequação de medidas cautelares protetivas de pessoas e do próprio exercício da jurisdição.

Assim, nas hipóteses em que o parlamentar investigado ou processado estiver ameaçando testemunhas, destruindo provas ou reiterando a prática de ações qualificadas como delitos, outra solução não poderá ser a de imposição a ele de medidas cautelares diversas da prisão, cujo descumprimento, porém, poderá, sim, dar ensejo até mesmo à prisão preventiva.

Parece-nos que os problemas em relação a essa conclusão residem muito mais no juízo concreto quanto à aplicação desses dispositivos, do que na sua aceitabilidade em abstrato. Infelizmente, tem-se visto no Brasil um crescente manejo da prisão preventiva, com fundamentação típica da velha redação do CPP, lastreada unicamente na visibilidade da autoria. Aliás, no julgamento da ADI 5.526, foi o caso concreto de medidas impostas a um senador da República na semana anterior à citada sessão que parece ter ditado os rumos da definição da Corte.

E ao que se tem por informações processuais daquele caso concreto, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, vencidos os ministros Alexandre de Moraes e Marco Aurélio, incorreu em excesso evidente na fixação de medidas cautelares de afastamento do cargo de Senador e na imposição de recolhimento noturno. Nenhuma dessas providências se fazia necessária, até porque o delito ainda no início das investigações, sequer guardava relação direta com o exercício do cargo. Parecem ter prevalecido ali juízos de moralidade e de decoro, circunstâncias essas, contudo, cuja apreciação é privativa do Congresso Nacional (artigo 55, II, CF).

Pensamos, aliás, que a medida atinente ao afastamento do cargo deve ser também privativa do Congresso Nacional, a quem incumbe a decisão sobre a perda de cargo de Deputados e Senadores (artigo

---

55, CF). Dizer que o afastamento não é a mesma coisa que a perda soa tão verdadeiro quanto afirmar-se que uma coisa é uma coisa e outra coisa é outra coisa. Não temos dúvidas quanto a isso.

Ocorre que o mandato eletivo, e, em especial, aqueles dos membros do Congresso Nacional, não pode ser equiparado ao exercício de todo e qualquer outro cargo ou função pública. Basta ver as inúmeras prerrogativas e competências atribuídas ao referido órgão. Convém até lembrar que a Constituição da República, reverenciada em prosa e verso Brasil afora, inclusive na Suprema Corte, é produto de um Congresso Nacional Constituinte, que lá e assim permaneceu após a elaboração do texto.

De modo que há mesmo que se deferir ao Parlamento o controle político sobre o afastamento do cargo, que, em verdade, poderá implicar a sua perda e constitui inegável restrição a direitos fundamentais, não só do eleito, mas também de seus eleitores.

Quanto às demais cautelares, não há como vedar o seu manejo pelo poder Judiciário. É verdade que o Congresso Nacional poderá até mesmo sustar o andamento da ação penal, caso em que restarão afastadas e suspensas também todas aquelas medidas cautelares que tiverem sido impostas ao processado (artigo 53, §3º). Mas que assim seja: que ele assuma o ônus político de suspender a ação penal. O que não conseguimos conceber é o condicionamento de decisão do Poder Judiciário à chancela do Parlamento. A exceção, como visto, diz respeito à proibição do exercício do mandato eletivo. Semelhante juízo de cautelaridade há de ficar em mãos daquele órgão a quem cabe decidir pela perda do cargo.

**Date Created**

17/10/2017