



Favetti: Processo penal constitucional e parlamentares (o caso Maluf)

Desde a Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal ordenou a prisão de quatro deputados no exercício do mandato. Natan Donadon em 2013, Celso Jacob e Paulo Maluf em 2017, e João Rodrigues em 2018.

A 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, em maio de 2017, condenou Paulo Maluf e comunicou à Câmara dos Deputados a perda do mandato parlamentar.

Este artigo busca debater a incidência dos dispositivos que tratam da perda de mandato parlamentar.

A perspectiva do texto é que a 1ª Turma aplicou — pela segunda vez — o comando constitucional errado. Esse equívoco envolve questões da maior importância para conceitos correlatos como garantia de livre mandato para deputados e senadores, representação popular e — claro — valores constitucionais.

Mas antes é necessário socializar o conhecimento sobre as principais teses jurídicas antagônicas no caso concreto.

Depois de publicado o acórdão da 1ª Turma do STF e opostos embargos de declaração, estes foram negados. Então foram opostos embargos infringentes, que foram monocraticamente indeferidos pelo relator. Ademais, nesta decisão monocrática, foi determinado o imediato cumprimento da pena (7 anos, 9 meses e 10 dias) imposta ao deputado federal Paulo Maluf.

Essa decisão foi agravada durante as férias do STF. A presidente Cármen Lúcia, ante o teor do artigo 13 do RISTF, qual remete à Presidência do tribunal a análise de cautelares em período de recesso ou férias forenses, indeferiu a suspensão dos efeitos da decisão agravada (AC 4.373) e, assim, manteve-se a ordem de cumprimento imediato da pena.

Criminalistas criticaram a decisão que indeferiu, monocraticamente, os infringentes. Ressaltaram que ainda não houve o trânsito em julgado da condenação e, portanto, estaria impossibilitada a efetivação da prisão do deputado. A defesa trouxe, ainda, questões objetivas da saúde e idade do apenado.

Tudo em vão, e Maluf foi preso.

Tanto o ministro relator quanto a ministra presidente assentaram que o acórdão condenatório se dera a unanimidade no mérito, uma vez que a preliminar de prescrição levantada pelo ministro Marco Aurélio — e aí a divergência nos votos — limitou-se à questão prejudicial. Dessa maneira, não haveria a divergência quanto à procedência da ação penal e não seriam cabíveis os infringentes à luz do artigo 333, I, do Regimento Interno do Supremo Tribunal.

Logo, o ponto central para o cabimento ou não dos embargos infringentes é o conceito dogmático de procedência. Esse termo já teve outras passagens de divergência na corte, *verbia gratia* a antiga discussão do cabimento de ação rescisória direta no tribunal ante ao conhecimento de recursos extraordinários. Vale, neste ponto, reler a doutrina de Barbosa Moreira e as discussões entre os ministros



Sepúlveda Pertence (que se aliava à doutrina) e Moreira Alves (que mantinha uma terminologia técnica própria), bem como o teor da Súmula 249. Mas, para o caso posto, não teve dúvidas o relator — e a presidente — que a procedência ou improcedência de uma ação se limita à avaliação sobre o mérito, e não sobre questões preliminares ou de admissibilidade.

Mesmo assim, a alegação dos criminalistas era — e ainda permanece — sobre a necessidade de trânsito em julgado de uma ação para que se determine o cumprimento de pena. Discussão essa que está momentaneamente decidida quanto a sentenças confirmadas em 2º grau (caso Lula). Ao que tudo indica, está também se definindo quanto às ações penais originárias, uma vez que tanto o relator quanto a presidente indeferiram pedidos no precedente da AP 470 (caso mensalão).

Há uma diferença procedimental entre o caso Maluf e o caso mensalão para fins do momento do cumprimento de pena. É que o mensalão foi uma condenação tirada em Plenário; e é justamente o Plenário o órgão destinatário dos embargos infringentes monocraticamente indeferidos.

Essa pequena diferença se torna grande em um cenário constitucional de necessidade de julgamento de congressistas via corte suprema, sem destaque algum, ao menos no texto constitucional, para a possibilidade de julgamento pela metade ou um dos membros do tribunal. Isso porque a prisão de senadores e deputados federais tem todo um regramento dado diretamente pela Constituição. O espírito da Constituição não é, evidentemente, a proteção do indivíduo parlamentar. O espírito da Constituição é a tutela dos votos, isto é, põe o olhar nos representados, vale dizer, nos eleitores.

No caso Maluf, os recursos foram entendidos como protelatórios e, portanto, caracterizados como abuso de direito. Não é incomum que em casos em que se declare o abuso de direito a corte proclame o trânsito em julgado da sentença a partir da decisão de mérito, conferindo eficácia ao cumprimento — imediato — da pena imposta.

Ante a prisão imposta pelo tribunal ao deputado, a defesa alegou problemas de saúde e sua avançada idade. Quanto a esse ponto, decidiu-se que a verificação da dignidade na prisão caberá ao juízo de execução da pena, a cargo da Vara de Execução Penal do Distrito Federal.

Verifica-se que boa parte da discussão no caso fixou-se na dinâmica do processo penal: cabimento de embargos infringentes, conceito de procedência, trânsito em julgado etc.

Essas questões, ao menos por ora, estão decididas: relator e presidente já definiram o entendimento sobre tais assuntos com base no Código de Processo Penal, Regimento Interno e jurisprudência sedimentada no processo do mensalão.

Há, contudo, dentre as questões que o caso oferece para estudo, um ponto de natureza constitucional extremamente relevante e que merece uma maior reflexão.

Sabe-se que a regra constitucional sobre a prisão de congressista é a não prisão (artigo 53, parágrafo 2º), salvo a exceção de flagrante delito por crime inafiançável, caso em que a Casa respectiva irá decidir sobre a manutenção ou não da prisão.



No caso Maluf, portanto, para se efetivar a prisão, a 1ª Turma teve que, antes, casar-lhe o mandato. A lógica adotada no caso Maluf foi a mesma da Ação Penal 694 (caso Paulo Feijó). A AP 694 ainda pende de decisão final, pois aguarda a admissibilidade de embargos infringentes opostos pelo advogado Marcelo Bessa.

A Mesa da Câmara dos Deputados ingressou com arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF 511), que ainda pende de julgamento. O fundamento maior da ADPF 511 é que a decisão da AP 694 viola a separação de poderes.

Na AP 694 (relatora ministra Rosa Weber), a 1ª Turma fixou a tese proposta pelo ministro Roberto barroso de que, em se tratando de pena privativa de liberdade, em regime inicial fechado, a perda do mandato se dá como resultado direto e vincula a Mesa da Câmara dos Deputados, uma vez que: “i) se o parlamentar devesse permanecer em regime fechado por prazo superior ao período remanescente do seu mandato, existe impossibilidade material e jurídica de comparecer à Casa Legislativa e exercer o mandato; ii) o art. 55, III da Constituição comina a sanção de perda do mandato ao parlamentar que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias; e iii) o art. 56, II da Constituição prevê a perda do mandato para o parlamentar que se afastar por prazo superior a 120 dias” (trecho do voto do ministro Barroso na AP 694).

Ante o precedente, no caso Maluf, o relator decretou a perda do mandato de deputado federal e comunicou a Câmara dos Deputados.

Para tanto, a 1ª Turma invocou a aplicação do parágrafo 3º — e não do 2º — do artigo 55 da Constituição Federal. Do que importa, eis o texto:

Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:

III – que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada;

VI – que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.

§ 2º Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.

Pela Constituição, assim que houver condenação criminal transitada em julgado (artigo 55, VI, CF), deve a Câmara votar a perda do mandato parlamentar mediante um processo interno que assegure ao deputado a ampla defesa (artigo 55, parágrafo 2º, CF).

Mas, no caso Maluf, a 1ª Turma do tribunal não seguiu essa escala procedimental constitucional porque aplicou o parágrafo 3º do artigo 55 — e não o parágrafo 2º —, de maneira a decretar, a própria turma, e não a Câmara, a perda do mandato parlamentar.

A jurisprudência do Supremo é um pouco cambaleante quanto a qual parágrafo do artigo 55 se aplica em



casos de condenação criminal. Em 2004, no RE 418.876 (ministro Sepúlveda Pertence), o Supremo entendeu que a condenação criminal de deputado estadual leva à perda do mandato, mas isso não se aplica a deputado federal, justamente pela incidência do parágrafo 2º do artigo 55: cabe, nesses casos, à Câmara dos Deputados deliberar sobre a perda do mandato.

Já no caso mensalão, julgado em 2012, a jurisprudência se alterou. No caso Ivo Cassol (AP 565), o Supremo mudou novamente o entendimento e deixou para a Casa Legislativa a deliberação de perda de mandato. Aplicou o inciso VI e, logicamente, o parágrafo 2º, e, assim, deixou para a Câmara decidir a perda do mandato.

No caso Donadon, AP 396, julgado em 2013, em questão de ordem, o Plenário asseverou que compete à Câmara decidir sobre a perda do mandato.

No caso Maluf, a lógica que fundamenta o voto condutor é qualificada: uma vez condenado ao regime fechado, Maluf não poderia comparecer às sessões da Câmara, o que causaria a perda do mandato parlamentar ao teor do inciso III do artigo 55.

Dessa forma, a turma aplicou o parágrafo 3º do artigo 55:

“Nos casos previstos nos incisos III (...), a perda será declarada pela Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros, ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada a ampla defesa”.

Segundo a 1ª Turma, como se trata de prisão em regime fechado, logicamente o parlamentar preso faltará mais que a terça parte das sessões, presumindo-se a perda do mandato por faltas.

Apesar de respeitosa e qualificada a lógica adotada, creio que, com todo respeito, ela merece algumas considerações.

Primeiramente, o próprio parágrafo 3º prevê a ampla defesa em processo a ser instruído perante a Mesa da Câmara. De maneira tranquila, pode-se afirmar que a Constituição não permite a queda do mandato — muito menos a prisão — antes dessa deliberação da Mesa.

Ainda que assim não fosse, a incidência do inciso III, do artigo 55, deu-se por presunção. Presume-se, *iure et iure*, que o parlamentar condenado não irá comparecer às sessões legislativas.

Essa presunção de faltas usurpa o poder dos juízes de execução penal, pois estes podem autorizar o trabalho externo do preso — comparecimento às sessões legislativas —, e revoga, tacitamente para casos semelhantes, o artigo 36 da Lei das Execuções Penais.

Há, contudo, outra questão que reputo mais séria em dimensão constitucional. É que a escolha pela incidência do parágrafo 3º parece sofrer de uma relativa inconsistência quando se analisa as garantias dos agentes políticos do Legislativo federal.

A necessidade de aplicação do parágrafo 2º

A lógica adotada no caso em tela foi a de se declarar a perda do mandato pela presunção de ausência



devido à prisão, que, a rigor, só poderia prevalecer (a prisão) se já tivesse a perda do mandato. Há uma aparente inconsistência nessa dialética.

Voltemos às regras constitucionais.

Parece muito claro que há uma sequência dos atos formais para a perda do mandato quando se está diante de condenação criminal, dada pelo parágrafo 2º do artigo 55, com redação dada pela EC 76 de 2013 (que retirou o sigilo das votações de perda de mandato):

“Nos casos dos incisos (...) VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados (...), por maioria absoluta, (...), assegurada a ampla defesa”.

Com todo respeito à lógica adotada no julgamento de Maluf, parece-me que o caso é tipicamente de incidência do parágrafo 2º, e não 3º, do artigo 55 da Constituição. É dizer: seria o caso da comunicação à Câmara da condenação transitada em julgado, para que esta avaliasse a perda do mandato por voto aberto e, a partir daí, se ter a eficácia imediata ou mediata da sanção na sua dimensão de recolhimento à prisão.

Dessa maneira, creio que a melhor regra a ser adotada no caso seria a do parágrafo 2º pelos seguintes motivos:

- a) Inconsistência lógica da incidência do parágrafo 3º do artigo 55, pois houve uma inversão quanto ao momento inicial do ato complexo de perda de mandato parlamentar: por causa da prisão (momento que o acórdão do Supremo colocou como inicial), terão as faltas e, portanto, a perda de mandato (incidência então do parágrafo 3º). Mas, segundo a Constituição, se deve primeiro decretar a perda do mandato (momento inicial) para posterior prisão. Usar o argumento da ausência de mais de terço das sessões derivada da prisão é inconsistente, porque sem a perda do mandato não há que se falar em prisão, pois esta é uma das consequências da perda do mandato. É quase um sofisma: utilizou-se a consequência da perda do mandato (prisão e faltas) para se declarar a própria perda do mandato como deputado;
- b) Em caso de sentença penal condenatória de parlamentar, há expresse, claro e cristalino tratamento constitucional (inciso VI e parágrafo 2º do artigo 55 da Constituição). O dispositivo é gritante sobre sua aplicação: condenações criminais transitadas em julgado (inciso VI, artigo 55, CF) devem obedecer ao rito do parágrafo 2º;
- c) O caso Maluf revela-se uma mutação constitucional com manutenção do texto dos casos de incidência do inciso VI. A partir deste caso, a regra do inciso VI somente terá validade para condenações diferentes do regime fechado. Dessa maneira, está se dando uma interpretação restritiva do texto constitucional relativo a garantias constitucionais de parlamentar (não se trataria de interpretação conforme, uma vez que seria interpretação do próprio texto constitucional), lendo-se no inciso VI que a perda do mandato se dá somente quando houver condenação criminal com sentença transitado em julgado, cuja pena não seja inicialmente em regime fechado.

Esse o cenário, trago essa singela questão de Direito Constitucional ao debate, de maneira técnica e sem



qualquer moralismo sobre a política ou sobre o deputado em questão, ou mesmo sobre o Supremo.

Considero, em especial pelo momento que vivemos, que essas questões inerentes à atividade política sejam debatidas a exaustão. Essa seara demanda uma maior clareza quanto às prerrogativas de se exercer a política, de julgar e de ser julgado.

Date Created

18/04/2018