



EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES, REDATOR PARA O ACÓRDÃO.

Processo: Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.526.

A Câmara dos Deputados, por seus advogados que esta subscrevem, com fundamento nos arts. 6º, *caput*, e 26 da Lei n. 9.868/1999; 1.022, II, do Código de Processo Civil; e 337, *caput*, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, vem à presença de Vossa Excelência opor

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

com vistas à integração do acórdão proferido nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.526, ajuizada pelo Partido Progressista, Partido Social Cristão e Solidariedade.

1. Legitimidade.

Na linha da jurisprudência desse Supremo Tribunal Federal (ADI n. 1.105-2ºED, Plenário, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 30.8.2011; ADI n. 1.286-AgR, Plenário, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 6.10.2005; ADI n. 3.819-ED, decisão monocrática, Min. Eros Grau, DJ 13.6.2007; ADI 2.323-MC-ED, Plenário, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 24.8.2001; ADI 2.591-ED, Plenário, Rel. Min. Eros Grau, DJ 13.4.2007), em ação direta de inconstitucionalidade, a despeito do feitiço objetivo do processo, forma-se uma relação jurídico-processual entre parte(s) requerente(s) e requerida(s), ocupando o polo ativo um ou mais dos legitimados inscritos nos incisos do art. 103 da Constituição Federal de 1988 e, no passivo, os órgãos ou autoridades responsáveis pela edição do ato normativo vergastado.

Visto que a presente ação direta tem por objeto a interpretação dos arts. 312 e 319 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei n. 12.403/2011, a Câmara dos Deputados manifestou-se nos autos, com espeque no art. 6º, *caput*, da

Lei n. 9.868/1999, por meio da Petição n. 32.448/2016, de 17.6.2016, na qualidade de órgão responsável pela produção da norma questionada, condição que a torna parte legítima para deduzir estes aclaratórios.

2. Tempestividade.

O acórdão em face do qual são opostos embargos de declaração foi publicado no DJe do dia 7.8.2018, terça-feira, iniciando-se o cômputo do prazo de cinco dias para o exercício da pretensão recursal no dia 8.8.2018, quarta-feira, com término no dia 14.8.2018, terça-feira, computados apenas os dias úteis, na forma do art. 219, *caput*, do Código de Processo Civil, mostrando-se tempestiva a presente petição.

3. Necessidade de integração do julgado.

O controle concentrado de constitucionalidade, a cargo desse Supremo Tribunal, é, sem dúvida, um dos pilares erigidos pela Constituição da República de 1988 voltados a assegurar o seu próprio respeito e realização.

A ampliação do rol de legitimados para provocar essa espécie de controle normativo; a necessária participação da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral da República; e a sistemática introduzida pela Lei n. 9.868/1999 de abertura do procedimento à participação de sujeitos aptos a contribuir para o amadurecimento dos pronunciamentos da Corte são características de um processo dialético que divide o protagonismo da tarefa de concretizar o texto constitucional entre diferentes atores sociais e institucionais, confiando-se ao Tribunal o dever de trazer à luz seu resultado final, encerrando, nessa esfera, a discussão jurídica do tema, bem assim consolidando, a cada passo, a segurança jurídica e a proteção do ordenamento jurídico.

Por sua própria ontologia e função sistêmica, o controle concentrado de constitucionalidade tem no princípio fundamental da separação de poderes uma permanente fonte de argumentos e considerações de ordem jurídica, política e

institucional que servem para a construção de seus limites e do próprio conteúdo das decisões que produz.

Essa sensibilidade permanente ao princípio da separação dos poderes conquista maior intensidade quando o objeto levado à apreciação do Tribunal diz respeito não apenas a atos normativos emanados do Poder Legislativo, mas também ao seu próprio funcionamento interno, prerrogativas institucionais e garantias constitucionais de seus membros.

Nessa seara, avulta de importância o princípio representativo e o especial significado que ostenta na consolidação do regime democrático brasileiro. Não por acaso, o sistema representativo, a forma republicana e o regime democrático são previstos no mesmo preceito normativo como princípios estruturantes da ordem constitucional – art. 34, VII, “a” –, de modo que apenas uma relação de recíproca harmonia é capaz de torna-los eficazes.

O mandato parlamentar é instituto jurídico-constitucional cuja proteção ultrapassa a figura concreta das pessoas que se revezam, ao longo do tempo, na composição das Casas Legislativas. Ao enfrentar essa temática, os olhos e a preocupação da jurisdição constitucional não podem estar voltados senão para a dimensão objetiva das prerrogativas institucionais de estatura constitucional aderentes ao Poder Legislativo, justamente porque as decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade têm a pretensão, assim como as leis, de vida longa, motivo por que a avaliação de suas consequências deve também constituir parte da *ratio decidendi*.

Firme nessas considerações, chama-se a atenção, num primeiro plano, para a necessidade de integração do acórdão prolatado na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.526 em face da superveniência de decisão proferida pelo Plenário dessa Corte em Questão de Ordem levantada na Ação Penal n. 937 (Ata de Julgamento publicada no DJe de 11.5.2018), por meio da qual foi fixada a tese de que *“o foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas”*, tendo em vista que esse novo paradigma de interpretação constitucional atinge o cerne da executoriedade da parte dispositiva do acórdão embargado.

Percorrendo-se os votos proferidos nesta ação direta de inconstitucionalidade e o conteúdo dos debates efetuados na respectiva sessão de julgamento, ocorrida no dia 11.10.2017, percebe-se que a discussão em torno da possibilidade de decretação de medidas cautelares pessoais no processo penal contra Deputados Federais e Senadores da República partia do pressuposto da competência do Supremo Tribunal Federal definida no art. 102, I, "b", da Constituição Federal, para processar e julgar, originariamente, nas infrações penais comuns, os membros do Congresso Nacional.

A redação do extrato do julgamento, confeccionado em sessão pelo Senhor Ministro Celso de Mello, referia-se expressamente ao Supremo Tribunal Federal. Após considerações dos demais Ministros, a redação foi adaptada para fazer menção ao Poder Judiciário, considerada a dimensão objetiva do julgamento, capaz, portanto, de incidir sobre o exercício da jurisdição penal de qualquer tribunal, federal ou estadual, no processo e julgamento de deputados estaduais ou distritais.

A escolha das palavras, de modo a refletir exatamente o quanto discutido e decidido pela Corte, não constitui questão de somenos importância. A preocupação concernente à simetria do órgão do Poder Judiciário competente para decretar medida cautelar pessoal de natureza criminal e o agente político do Poder Legislativo a ela sujeito não foi matéria estranha ao julgamento, conforme se depreende do seguinte parágrafo, extraído do voto do Senhor Ministro Gilmar Mendes:

“Acrescento que, atualmente, a prerrogativa de foro é observada em relação a todas as infrações penais imputadas aos parlamentares. No entanto, o Tribunal está rediscutindo sua amplitude. O Min. Roberto Barroso submeteu ao Pleno do STF questão de ordem, defendendo a restrição do foro privilegiado (AP 937 QO, Rel. Min. Roberto Barroso, julgamento iniciado em 31.5.2017). Sustentou que o "foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas". **Em tese, o Tribunal é dotado de mais maturidade e independência, o que justifica a competência originária em tais casos. A vingar a nova interpretação,**

já em primeira instância o magistrado da causa terá a competência para suspender o mandato dos parlamentares. Essa fragmentação ameaça diretamente o sentido da imunidade constitucional.” (grifei)

Com efeito, o foro por prerrogativa de função junto ao Supremo Tribunal Federal – garantia constitucional dos membros do Congresso Nacional – traz consigo franquias processuais que não estão previstas na legislação processual penal aplicável aos procedimentos que têm lugar perante juízos de primeiro grau.

Segundo disciplinado na Lei n. 8.038/1990, a instauração de inquérito penal contra Deputado Federal e Senador da República no Supremo Tribunal Federal passa, necessariamente, pelo crivo do ministro relator, que preside a investigação, controlando prazos e autorizando diligências submetidas à reserva de jurisdição. Outrossim, o juízo de recebimento da denúncia ofertada pelo Ministério Público, além de ser precedido de manifestação do investigado, é de competência colegiada, seja das Turmas ou do Plenário, o que empresta maior certeza quanto à viabilidade jurídica da pretensão ministerial.

No piso do sistema judicial, nenhuma dessas garantias aproveitará ao membro do Congresso Nacional eventualmente alvo de persecução penal. A instauração de procedimento de investigação preliminar, no caso do inquérito policial, depende da simples lavratura de portaria por delegado de polícia, oportunizando-se, a partir de então, a imposição de medidas cautelares pessoais em desfavor de parlamentar federal por decisão sumária e não exauriente proferida de autoridade judicial singular.

O acórdão embargado é produto de um esforço hermenêutico que em nenhum momento se debruçou sobre o conflito instaurado entre, de um lado, o sistema representativo e a proteção constitucional do mandato eletivo federal e, do outro, a autoridade do juiz de primeira instância para, cautelarmente, afastar Deputado Federal ou Senador da República do exercício do mandato ou impor medidas de constrição pessoal que interfiram no pleno exercício do mandato eletivo federal, como a proibição de ausentar-se da comarca ou mesmo de comparecer às sessões do Congresso Nacional.

Essa controvérsia normativo-constitucional merece oportuna e tempestiva solução, devido ao grave perigo de lesão que lança contra o funcionamento equilibrado dos Poderes da República, caso perdure.

Em sessão realizada no dia 20.6.2018, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça reconheceu a transcendência da tese firmada pelo Plenário dessa Suprema Corte no julgamento da Questão de Ordem na Ação Penal n. 937, para decidir, em sede de Questão de Ordem nas Ações Penais 857 e 866, que o foro por prerrogativa de função de governadores de estado e de conselheiros das cortes de contas estaduais e municipais passava a ser restrito a fatos ocorridos no exercício do cargo e em função deste.

Não há, em princípio, qualquer razão para que seja conferida solução diversa à controvérsia quando aportarem na Corte Especial matéria da mesma espécie respeitante a magistrados e membros do Ministério Público com prerrogativa de foro naquela Corte Superior.

Outrossim, caso venha a ser promulgada emenda constitucional nos termos em que formalizada a Proposta de Emenda à Constituição n. 333/2017, já aprovada pelo Senado Federal e atualmente em tramitação na Câmara dos Deputados, a regra se estenderia a todos os cargos que, na sistemática atual da Carta da República, são destinatários de foro especial por prerrogativa de função.

Diante do desenvolvimento desse novo cenário de distribuição do poder judicial, desdobram-se indagações de ordem constitucional quanto aos seus impactos na cláusula pétrea do princípio federativo e na estrutura hierarquizada do Poder Judiciário.

Haja vista que a competência no processo penal é definida, em regra, pelo lugar em que se consumar a infração, conforme o art. 70, *caput*, do Código de Processo Penal, não é difícil vislumbrar hipóteses em que autoridades políticas de um estado da federação possam responder a processo criminal perante a Justiça de outro. O governador do Estado de São Paulo, investigado por fato ocorrido no Estado de Minas Gerais, poderia ser afastado cautelarmente do cargo por decisão de juiz substituto de comarca do interior mineiro, por exemplo. Do mesmo modo, um deputado federal do Distrito Federal poderia, em tese, ser afastado do mandato por

decisão cautelar de juiz de comarca de qualquer dos municípios do entorno do Distrito Federal.

No que pertinente a magistrados a situação pode ser ainda mais complexa, devido à hierarquia que caracteriza a organização e a distribuição de funções dentro do Poder Judiciário.

A possibilidade de revisão desses tipos de decisões judiciais pela via recursal ou de ações autônomas de impugnação não seria suficientemente eficaz para evitar quadros de grave desordem institucional, na medida em que a produção de efeitos de medidas tais por pelo menos um dia já seria o bastante para afetar o funcionamento de governos e parlamentos.

Não vem ao caso analisar os aspectos positivos ou negativos do ativismo judicial ou da judicialização da política, mas parece evidente que a outorga a juízes de primeiro grau do poder de retirar preventivamente mandatários políticos majoritários ou proporcionais dos respectivos cargos redesenhará o princípio da separação de poderes em sua essência.

Decisões de relevo nacional e internacional são tomadas cotidianamente nas Casas do Congresso Nacional, ambiente em que o voto de cada parlamentar molda o resultado do conjunto. Uma vez que parlamentares possam ser impedidos de votar por decorrência de decisões judiciais precárias, juízes passarão a ter poderes excepcionais de veto preventivo a matérias em discussão no Poder Legislativo.

Isso definitivamente não condiz com a atual Constituição da República.

Por todas essas razões, entende-se que é dever desse Supremo Tribunal Federal enfrentar o assunto nestes autos, porquanto revelador de elemento revestido da mais alta densidade normativa que não foi apreciado quando do exame do mérito da presente ação direta. Na data do julgamento, dia 11.10.2017, o âmbito de incidência normativa dos preceitos constitucionais e legais analisados não abarcava a hipótese de que juízes de primeiro grau pudessem decretar o afastamento cautelar ou a imposição de outras medidas cautelares pessoais que de algum modo criem obstáculos à plenitude da atividade política de Deputados Federais e Senadores da República no Congresso Nacional.

Considerado o elevado risco de danos irreparáveis ao instituto jurídico-constitucional do mandato eletivo federal, ao sistema representativo, ao regime democrático e ao princípio da separação de poderes, defende-se que o acórdão embargado seja integrado, para dispor que as medidas cautelares pessoais previstas no art. 319 do Código de Processo Penal somente podem ser decretadas em desfavor de Deputado Federal e Senador República nos processos submetidos à competência originária do Supremo Tribunal Federal, de modo a harmonizar a interpretação e a aplicação da legislação processual penal ao que contido nos arts. 2º; 34, VII, “a”; 45, *caput*, 53, § 1º; e 102, I, “b”, da Constituição Federal de 1988.

Além disso, há ainda a necessidade de se sanar uma segunda omissão juridicamente relevante presente no acórdão, cujo item 5 restou assim redigido:

“Os autos da prisão em flagrante delito por crime inafiançável ou a **decisão judicial de imposição de medidas cautelares que impossibilitem, direta ou indiretamente, o pleno e regular exercício do mandato parlamentar e de suas funções legislativas**, serão remetidos dentro de vinte e quatro horas a Casa respectiva, nos termos do § 2º do artigo 53 da Constituição Federal, para que, pelo voto nominal e aberto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão ou a medida cautelar.” (grifei)

O assunto concernente à necessidade de se encaminhar à Casa Legislativa apenas o exame de decisão judicial que decreta o afastamento cautelar de parlamentar ou se também devem ser encaminhadas as decisões que imponham outras medidas que de algum modo causem empecilhos ao exercício do mandato constituiu, na sessão de julgamento do dia 11.10.2017, o tema que mais gerou discordâncias e mais difícil foi de ser equacionado.

Ao final dos debates, cinco votos haviam sido proferidos no sentido da prescindibilidade desse encaminhamento, ressalvada a hipótese expressamente constante do art. 53, § 2º, da Constituição – prisão em flagrante de crime inafiançável –, e cinco no sentido de que quaisquer das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal que afastem do mandato ou que importem, direta ou

indiretamente, constrangimentos ao seu pleno exercício por Deputado Federal e Senador da República devem ser objeto de apreciação pela Casa Legislativa respectiva.

A Senhora Ministra Carmén Lúcia posicionou-se pela competência do Poder Legislativo para apreciar medida cautelar imposta contra parlamentar apenas na hipótese do inciso VI do art. 319 do Código de Processo Penal – afastamento da função pública. Como também reconhecia a competência do Poder Legislativo nos casos em que o afastamento fosse indireto, acabou formando com a maioria a posição consignada no item 5 do acórdão, acima transcrito.

No entanto, a definição da competência para decidir se, no caso concreto, a medida de fato embaraça em alguma medida o regular exercício do mandato parlamentar escapou em absoluto do acórdão embargado.

Essa lacuna normativa poderá ser a causa de batalhas judiciais desnecessárias e fonte de grave insegurança jurídica, provocando prejuízos irreversíveis ao funcionamento das Casas Legislativas.

É bastante provável que diferentes interpretações surjam, nos casos concretos, quanto à intensidade da interferência judicial no exercício do mandato eletivo. Essa leitura deve pressupor uma clara compreensão acerca do significado da liberdade para o exercício do mandato político. Por imperativo constitucional e experiência histórica nacional, as Casas do Poder Legislativo é que detêm a legitimidade para conhecer da questão, que não pode estar submetida a interpretações flutuantes e potencialmente restritivas adotadas caso a caso por órgãos jurisdicionais.

Se, como concluído no julgamento desta ação direta, o esquema constitucional de separação dos poderes exige que medidas judiciais que provoquem ingerências sobre o exercício do mandato parlamentar devem ser enviadas à Casa Legislativa respectiva, para a emissão de juízo político quanto à eficácia da determinação, não pode ser da alçada da autoridade judicial a decisão de encaminhar ou não ao Poder Legislativo o conhecimento da matéria. Isso contrariaria o princípio jurídico básico segundo o qual a competência para praticar determinado ato

compreende a competência para conhecer da própria competência (*kompetenz-kompetenz*).

Não se cogita, em um Estado de Direito, que a autoridade competente para conhecer de determinada matéria tenha o exercício de sua competência *a priori* condicionado a juízo prévio de autorização sob a responsabilidade de autoridade pertencente a outro Poder da República.

Forte nessa compreensão, sustenta-se que o acórdão proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.526 deve ser integrado, para dispor que compete à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal conhecer de quaisquer das medidas cautelares pessoais previstas no art. 319 do Código de Processo Penal impostas contra seus respectivos membros, por consistir única solução que preserva o quanto disposto nos arts. 2º e 53, § 2º, da Constituição Federal de 1988.

4. Pedido

Ante o exposto, requer:

- a) Que os presentes embargos de declaração sejam conhecidos, processados e julgados, na forma dos arts. 26 da Lei n. 9.868/1999; 1.022 e seguintes do Código de Processo Civil; e 337 e seguintes do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal;
- b) Que seja sanada a omissão do acórdão proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.526, para que passe a dispor que:
 - b.1) as medidas cautelares pessoais previstas no art. 319 do Código de Processo Penal somente podem ser decretadas em desfavor de Deputado Federal e Senador República nos processos submetidos à competência originária do Supremo Tribunal Federal, regidos pelas disposições da Lei n.8.038/1990, de modo a harmonizar a interpretação e aplicação da legislação processual penal ao que previsto nos arts. 2º; 34, VII, “a”; 45, *caput*; 53, § 1º; e 102, I, “b”, da Constituição Federal de 1988; e que

- b.2) compete à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal conhecer de quaisquer das medidas cautelares pessoais previstas no art. 319 do Código de Processo Penal impostas contra seus respectivos membros, por consistir única solução que preserva o quanto disposto nos arts. 2º e 53, § 2º, da Constituição Federal de 1988;
- c) A juntada do instrumento de mandato anexo, nos termos do art. 103, *caput*, do Código de Processo Civil.

Brasília, de de 2018.

FERNANDO SABÓIA VIEIRA

Matrícula n. 1.874
OAB/DF n. 11.101

FÁBIO RAMOS DE ARAÚJO SILVA

Matrícula n. 4.228
OAB/DF n. 9.776/DF