

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.526 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN
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 DIAS TOFFOLI:

Como destacado pelo eminente Relator no despacho em que determinou a adoção do rito previsto no art. 12 da Lei nº 9.868/99,

“Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pelo Partido Progressista (PP), Partido Social Cristão (PSC) e Solidariedade (SD), tendo por objeto os arts. 312 e 319 do Código de Processo Penal (Decreto-lei no 3.689/1941, com a redação que lhes foi dada pela Lei no 12.403/2011).

Eis o teor das normas objeto da presente ADI:

‘Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

(...)

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica.

§ 4º fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares.’

Asseveram os proponentes, em suma, a necessidade de se conferir interpretação conforme à Constituição aos referidos dispositivos legais para que estejam em consonância com as regras constitucionais que garantem a autonomia do Poder Legislativo e as prerrogativas dos parlamentares (art. 53, § 2º, § 3º; art. 55, § 1º, § 2º, todos da CRFB). Dessa forma, segundo os proponentes, ‘deve-se conferir aos arts. 312 e 319 do Código de Processo Penal uma interpretação conforme à Constituição, para assentar que a aplicação de suas medidas 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’.”

É a síntese necessária.

I) DA NATUREZA DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO

Para o adequado deslinde da controvérsia posta nesta ADI, há que se compreender a **natureza** das medidas cautelares diversas da prisão estabelecidas no art. 319 do Código de Processo Penal.

A petição inicial sustenta que

“[a]s normas do art. 319, fruto de iniciativa legislativa do Poder Executivo, **têm como objetivo evidente possibilitar a substituição da prisão cautelar** – definida no art. 312 – por medidas outras que, sendo menos restritivas de direitos, atingiriam os fins processuais por ela preconizados” (grifei).

Há um equívoco conceitual nessa assertiva, uma vez que, em

ADI 5526 / DF

verdade, as medidas cautelares em questão são **alternativas** à prisão, e não dela meramente substitutivas.

Segundo **Fábio Machado de Almeida Delmanto**, as medidas substitutivas, como o próprio nome sugere, são providências voltadas para substituir uma medida cautelar já decretada por outra. Trata-se de medidas que sempre sucedem algo que já existe.

A seu ver,

“(...) as medidas alternativas, embora tendentes também a evitar ou afastar a prisão provisória, **diferenciam-se das substitutivas porque são aplicáveis antes mesmo da decretação da prisão.** Daí porque se constituírem em **alternativa** ao juiz à decretação da prisão durante o processo. Nesse caso, portanto, a prisão não chega sequer a ser determinada”.¹

Outrossim, não obstante o art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal afirme que a prisão preventiva será determinada quando não for “cabível a sua substituição” por outra medida cautelar,

“[é] manifesta (...) a sua impropriedade técnica. As medidas cautelares previstas nos arts. 319 e 320 do Código de Processo Penal são alternativas à prisão cautelar, e não meramente dela substitutivas, uma vez que, presentes o **periculum libertatis** e o **fumus commissi delicti**, é possível, desde logo e alternativamente à prisão, que as condições pessoais do agente, os fatos e suas circunstâncias autorizem a imposição de uma restrição em menor grau ao direito de liberdade, o que significa dizer que a prisão preventiva ainda não é cabível.

1 DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. **Medidas substitutivas e alternativas à prisão cautelar.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 122. Embora se trate de obra anterior à Lei nº 12.403/11, a distinção feita pelo autor permanece válida após essa reforma processual.

Como salientado por Gustavo Badaró, “a diferença é fundamental. No caso de medidas substitutivas, a prisão preventiva é concretamente cabível, mas o juiz pode deixar de aplicá-la, substituindo-a por medida menos gravosa, não privativa de liberdade”.

De todo modo, embora primariamente alternativas à prisão, as medidas cautelares diversas, na dinâmica de sua execução, podem ter caráter substitutivo. Com efeito, na hipótese de prisão preventiva já decretada, os arts. 282, § 5º, e 315 do Código de Processo Penal admitem a sua substituição por outra(s) medida(s) cautelar(es) menos gravosa(s). Aliás, essa regra é aplicável a todas as medidas cautelares diversas da prisão, que também comportam sua substituição por medida (s) de maior ou menor intensidade² (grifei).

Nesse contexto, é possível impor-se uma medida cautelar prevista no art. 319 do Código de Processo Penal **quando não se mostre cabível ou mesmo quando expressamente vedada** a prisão preventiva.

Nesse particular, relembre-se que existem três modalidades de prisão preventiva: **i) autônoma** ou **originária** (art. 311 CPP); **ii) substitutiva (prisão-descumprimento** ou **prisão-sanção** – arts. 282, § 4º, 312, parágrafo único, e 313, III, do CPP); e **iii) conversão** (conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva – art. 310, II, CPP).

A prisão preventiva **autônoma** ou **originária** pressupõe que o imputado esteja solto ou preso temporariamente (art. 2º, § 7º, da Lei nº 7.960/89), e pode ser decretada em qualquer fase da investigação ou da instrução criminal, **desde que presentes uma das hipóteses de cabimento** (art. 313, CPP) e ao menos um dos requisitos positivos do **periculum libertatis** (art. 312, CPP), e não se verifique um dos requisitos negativos (art. 314, CPP).

A prisão preventiva substitutiva de outra medida cautelar (prisão-descumprimento ou prisão-sanção), prevista para a hipótese de seu

2 CAPEZ, Rodrigo. **Prisão e medidas cautelares diversas: a individualização da medida cautelar no processo penal**. São Paulo : Quartier Latin, 2007. p. 374.

descumprimento injustificado (art. 312, parágrafo único, CPP), não se vincula a nenhuma das hipóteses de cabimento do art. 313 do Código de Processo Penal,³ sob pena de absoluta ineficácia do sistema gradual de medidas cautelares introduzido pela Lei nº 12.403/11⁴

Exemplificativamente, a prisão preventiva somente poderá ser decretada **originariamente** nos crimes dolosos e desde que a pena privativa de liberdade máxima exceda a 4 (quatro) anos (art. 313, I, CPP).

Veda-se, portanto, a prisão preventiva originária nas contravenções punidas com pena de prisão e nos crimes dolosos cuja pena máxima seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, salvo, nesse último caso, se o agente for reincidente em crime doloso (art. 313, II, CPP), quando será, em tese, cabível a prisão preventiva, independentemente da quantidade da pena máxima cominada.

Essas vedações não se estendem às hipóteses de substituição de medida cautelar anteriormente aplicada por prisão preventiva **em razão de seu descumprimento** (arts. 282, § 4º, e 312, parágrafo único, CPP).

Assim, repita-se, é possível a imposição de uma medida cautelar diversa da prisão quando ainda não seja cabível, ou mesmo seja vedada, a prisão preventiva.

Especificamente quanto a parlamentares, que são dotados de imunidade formal, é imprescindível registrar que, diante da expressa vedação constitucional de sua prisão preventiva (art. 53, § 2º, CF), no caso de descumprimento de medida cautelar a eles imposta, não haveria a possibilidade de sua substituição por prisão preventiva, devendo ser buscado um sucedâneo que resguarde a efetividade da medida.

Outrossim,

“a correta avaliação da existência e da intensidade da

3 MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo: Método, 2011. p. 290-292. NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 13. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 717

4 SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, pp. 161-165.

situação de perigo é **conditio sine qua non** da aplicação de uma medida cautelar. Se não houver nenhuma situação de perigo, é vedada a imposição de qualquer medida cautelar. Se estiver presente uma situação de perigo, a resposta cautelar deverá ser modulada nos limites necessários para debelá-lo”.⁵

Com efeito, a norma geral do art. 282, I, do Código de Processo Penal estabelece que as medidas cautelares deverão ser aplicadas observando-se a “necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais”.

As situações que **tipificam** o **periculum libertatis** e que exaurem o rol de causas idôneas a legitimar a adoção de medidas cautelares são exatamente as mesmas para a prisão preventiva e para as medidas cautelares dela diversas (arts. 282, I e 312, CPP).

Trata-se apenas de escolher, motivadamente, qual medida deverá ser aplicada dentre as legalmente previstas, em razão da natureza da situação de perigo diagnosticada e do **grau das exigências cautelares a se satisfazerem** no caso concreto.

A proporcionalidade, portanto, é a pedra angular do novo sistema de medidas cautelares pessoais, o qual não mais gravita em torno da prisão preventiva.

II) DA VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL ABSOLUTA À PRISÃO TEMPORÁRIA OU PREVENTIVA DE PARLAMENTAR FEDERAL

A Constituição Federal, no art. 53, § 2º, veda, de forma peremptória, a submissão dos membros do Congresso Nacional a qualquer tipo de custódia cautelar, como a prisão temporária ou a prisão preventiva, e somente admite sua prisão em flagrante delito quando se tratar de crime inafiançável.

Trata-se de uma norma com estrutura de regra, que formula uma

5 CAPEZ, Rodrigo. **Prisão e medidas cautelares diversas: a individualização da medida cautelar no processo penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 449-450.

proibição.

De acordo com **Robert Alexy**, “se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”⁶

O Supremo Tribunal Federal, no Inq nº 510, Pleno, Relator o Ministro **Celso de Mello**, DJ de 19/4/91, ao tratar da imunidade parlamentar formal, já asseverou que uma de suas emanações é a **inarrestabilidade**: salvo flagrante de crime inafiançável, o membro do Congresso Nacional não poderá ser submetido à prisão cautelar (**freedom from arrest**).

Como destacado pelo Ministro **Celso de Mello** no voto condutor desse acórdão, “a Constituição só autoriza a prisão provisória ou cautelar do congressista numa única e singular hipótese: situação de flagrância em crime inafiançável”.

Por comungar desse entendimento, ao revogar, no Inq. nº 3.842/MT, de **minha relatoria**, a prisão preventiva de parlamentar estadual - que anteriormente havia decretado por entender que ele estaria afastado do exercício do mandato -, assentei que,

“(...) diante da vedação constitucional para a decretação da prisão preventiva de parlamentar no exercício do mandato, descabe argumentar-se, com base em fundamentos de índole infraconstitucional, com a adequação e necessidade da medida no caso concreto, para garantia da ordem pública, conveniência da instrução ou para se assegurar a futura aplicação da lei penal.

Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano assevera que o princípio da proporcionalidade se assenta sobre dois pressupostos: um *formal*, constituído pelo princípio da legalidade, e outro *material*, o princípio da justificação teleológica (**Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal**. Madrid : Colex, 1990, p. 69).

De acordo com o citado autor, o primeiro pressuposto, de

6 ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 90-91.

natureza formal, exige que toda medida limitadora de direitos fundamentais se encontre prevista em lei, postulado básico para sua legitimidade democrática e para garantia da previsibilidade de atuação dos poderes públicos (Op. cit, p. 69).

Para Maurício Zanoide de Moraes,

‘A noção de legalidade processual penal deriva, indubitavelmente, de todo o desenvolvimento da regra da legalidade para o campo penal material. Se não se discute mais a impositividade da parêmia ‘nulla poena nullum crimen sine lege’, o mesmo se dá com sua correspondente projeção processual (‘nulla coactio sine lege’) e pela qual devem ser ‘tipificadas’ tanto as condições de aplicação, como o conteúdo das intervenções processuais no âmbito dos direitos fundamentais dos cidadãos’ (Presunção de inocência no processo penal brasileiro análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 315).

Neste particular, a Convenção Americana de Direitos Humanos, ao assegurar o direito à liberdade pessoal, estatui que *‘ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados-partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas’* (art. 7.2)“.

Com efeito, de acordo com a melhor doutrina,

“[o] constituinte originário, ao dispor somente sobre a possibilidade de prisão em flagrante de parlamentar, por óbvio não ignorava as diversas modalidades de prisão cautelar então existentes, tanto que prescreveu, no art. 5º da Constituição Federal, que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente (inciso LXI) e que ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com

ou sem fiança (inciso LXVI).

Também não ignorava que, no processo penal, é permanente a tensão entre o direito de liberdade e o direito à segurança da coletividade e que, nas hipóteses estrita e legalmente previstas, aquele direito individual deve ceder em face do interesse coletivo em se garantir o resultado ou os meios do processo.

A Constituição Federal, todavia, fez explícita opção por vedar a prisão cautelar do Presidente da República e dos membros do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas dos Estados e da Câmara Legislativa do Distrito Federal.

O conflito entre o direito individual à liberdade e os interesses da persecução penal, portanto, já foi objeto de sopesamento por parte do constituinte originário, de modo que não é dado ao intérprete, a pretexto de realizar ponderação de valores, contornar a vedação constitucional.

Virgílio Afonso da Silva, embora tratando de questão diversa (dignidade da pessoa humana e vedação da tortura e de tratamento degradante - art. 5º, III, CF), bem esclarece que quando a própria Constituição, em normas com estrutura de regra, define condutas absolutamente vedadas em determinado âmbito, impõe-se uma barreira intransponível, ou seja, imune a relativizações a partir de sopesamentos, no conteúdo essencial desse direito fundamental".⁷

Nesse contexto, **vedada** constitucionalmente a possibilidade de imposição de prisão preventiva a parlamentar federal, descabe conferir-se a pretendida interpretação conforme à Constituição ao art. 312 do Código de Processo Penal, para o fim de se submeter sua decretação, em 24 horas, ao controle político da respectiva Casa Legislativa.

III) DA IMPOSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS A TITULAR DE IMUNIDADE FORMAL QUE INTERFERAM NO EXERCÍCIO DO MANDATO ELETIVO,

⁷ CAPEZ, Rodrigo. **Prisão e medidas cautelares diversas: a individualização da medida cautelar no processo penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 130.

SALVO NO CASO DE FLAGRANTE DE CRIME INAFIANÇÁVEL

Os parlamentares federais, como exposto no item anterior, não estão sujeitos à prisão temporária nem à preventiva (art. 53, § 2º, CF).

Essa **vedação constitucional absoluta se estende às medidas cautelares diversas da prisão que possam interferir, de qualquer modo, no livre exercício do mandato**, salvo no caso de flagrante de crime inafiançável.

Se a finalidade da imunidade formal é proteger o livre exercício do mandato parlamentar contra interferências externas, não faria sentido permitir-se que a **ratio** da norma constitucional pudesse ser contornada pela via das medidas cautelares diversas da prisão.

Trata-se de um argumento **a maiori, ad minus**: se o mais é vedado, o menos também.

Como aduz **Carlos Maximiliano**,

“os argumentos **a majori ad minus** e **a minori ad majus**, levam a aplicar uma norma aos casos não previstos, nos quais se encontra o motivo, a razão fundamental da hipótese expressa, porém mais forte, em mais alto grau de eficácia. Compreendem-se os dois em uma denominação comum: argumento **a fortiori**”.⁸

Seria ilógico vedar-se a prisão provisória para se resguardar o livre exercício do mandato eletivo, e, ao mesmo tempo, permitir-se que uma medida menos invasiva pudesse violar essa prerrogativa parlamentar.

A meu sentir, **se não houver flagrância**, a concessão de imunidade formal aos parlamentares federais impede que lhes sejam impostas medidas cautelares pessoais que interfiram no seu mandato, ainda que necessárias para garantir a efetividade da prestação jurisdicional, **ressalvadas, logicamente, situações de superlativa excepcionalidade**.

Por outro lado, permitir-se que o Supremo Tribunal Federal, em caso

⁸ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 200-201.

ADI 5526 / DF

de flagrante de crime inafiançável, imponha medida cautelar diversa da prisão em vez de determinar o encarceramento propriamente dito, a meu ver, bem se coaduna com a única exceção à imunidade formal prevista no art. 53, § 2º, da Constituição Federal.

Com efeito, se a própria norma constitucional em questão admite a prisão em flagrante no caso de crime inafiançável, o que pode implicar a privação total da liberdade do parlamentar, implicitamente autoriza a imposição, desde logo, de uma medida cautelar pessoal menos invasiva.

IV) DA NECESSIDADE DE SUBMISSÃO AO CONTROLE POLÍTICO DA CASA LEGISLATIVA DA DECISÃO QUE VIER A IMPOR MEDIDA CAUTELAR PESSOAL A PARLAMENTAR FEDERAL.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do referendo na AC nº 4.070, Relator o saudoso Ministro **Teori Zavascki**, por unanimidade, assentou o cabimento, para titulares de mandato eletivo, da medida cautelar de suspensão do exercício da função (art. 319, VI, do Código de Processo Penal), desde que demonstrada “situação de franca excepcionalidade”.

Transcrevo a ementa desse julgado:

“CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSÃO DO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO (ART. 319, VI, DO CPP), A ABRANGER TANTO O CARGO DE PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS QUANTO O MANDATO PARLAMENTAR. CABIMENTO DA PROVIDÊNCIA, NO CASO, EM FACE DA SITUAÇÃO DE FRANCA EXCEPCIONALIDADE. COMPROVAÇÃO, NA HIPÓTESE, DA PRESENÇA DE MÚLTIPLOS ELEMENTOS DE RISCOS PARA A EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO CRIMINAL E PARA A DIGNIDADE DA PRÓPRIA CASA LEGISLATIVA. ESPECIFICAMENTE EM RELAÇÃO AO CARGO DE PRESIDENTE DA CÂMARA, CONCORRE PARA A

SUSPENSÃO A CIRCUNSTÂNCIA DE FIGURAR O REQUERIDO COMO RÉU EM AÇÃO PENAL POR CRIME COMUM, COM DENÚNCIA RECEBIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, O QUE CONSTITUI CAUSA INIBITÓRIA AO EXERCÍCIO DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. DEFERIMENTO DA MEDIDA SUSPENSIVA REFERENDADO PELO PLENÁRIO” (grifei).

No julgamento em questão, o Plenário do Supremo Tribunal Federal referendou a decisão monocrática do eminente Relator **Teori Zavascki**, o qual impôs a parlamentar tanto o afastamento do cargo de Presidente da Câmara dos Deputados quanto a suspensão do exercício do mandato de deputado federal, além de ter reputado não ser cabível submeter essa decisão ao controle político da Casa Legislativa.

Ao votar naquela ocasião, asseverei que apenas acompanhava o eminente Relator diante da **manifesta singularidade da situação**, por entender que “não é desejo de ninguém que isso passe a ser um instrumento de valoração de um Poder sobre o outro, um instrumento de empoderamento do Poder Judiciário em relação aos Poderes eleitos democraticamente pelo voto popular”.

Aduzi ainda que “essa atuação de suspender o mandato popular há de ocorrer em circunstâncias que sejam realmente as mais necessárias, as mais comprovadas, as mais plausíveis possíveis” (grifei).

Registro, ainda, que, no apontado Inq nº 3.842/MT, quando revoguei a prisão preventiva do parlamentar estadual, **a ele impus medidas cautelares diversas da prisão**, consistentes na proibição de manter contato com os demais investigados e de se ausentar do país, não obstante fosse detentor de imunidade formal (art. 27, § 1º, CF).

De toda sorte, como visto, não se tratava de medidas cautelares que pudessem interferir no livre exercício do mandato.

Nos casos de medidas cautelares que **interfirm no exercício do mandato eletivo**, somente haverá autorização constitucional para sua imposição se houver flagrância, **ressalvadas, repita-se, situações de superlativa excepcionalidade**.

ADI 5526 / DF

Nesse caso, em vinte e quatro horas, deverá ser submetida a decisão judicial ao **controle político** da respectiva Casa Legislativa, nos termos do art. 53, § 2º, da Constituição Federal.

A Constituição Federal atribuiu à respectiva Casa legislativa o poder de resolver sobre a prisão em flagrante de parlamentar.

Ora, se o Legislativo tem o poder de suspender o mais, qual seja, os efeitos de uma situação de privação máxima da liberdade (prisão em flagrante) –, pode também deliberar sobre o menos, qual seja, medidas cautelares **personais** menos invasivas, desde que interfiram ou venham a interferir no exercício do mandato.

O art. 34, § 3º, da Constituição de 1967, de forma similar ao atual texto constitucional, determinava que, no caso de flagrante de crime inafiançável, os autos deveriam ser remetidos, dentro de quarenta e oito horas, à Câmara respectiva, “para que, por voto secreto, resolv[esse] sobre a prisão (...)”.

Pontes de Miranda, ao comentar esse dispositivo, observou:

“Aqui, surge a questão de se saber se a deliberação da Câmara dos Deputados ou do Senado, a respeito da prisão em flagrante delito, é deliberação política, ou judicial heterotópica (isto é, por órgão não-judiciário). A resposta é, de *iure conditio*, a de se tratar de deliberação política: a despeito da flagrância, pode a câmara entender que se deve manter a imunidade processual.”⁹

A prisão em flagrante deve ser submetida à respectiva Casa Legislativa, “para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão” (art. 53, § 2º, da Constituição Federal) **tanto na clássica hipótese de prisão em flagrante**, em que “qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito” (art. 301, CPP), **quanto na hipótese de prisão em flagrante de parlamentar por ordem judicial**.

⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Antônio. *Comentários à constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 17, Tomo III

ADI 5526 / DF

Nesse particular, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, na AC nº 4.039/DF, ao referendar a decisão do eminente Relator, Ministro **Teori Zavascki**, que havia ordenado a prisão em flagrante de um Senador da República ao qual se imputavam as condutas de integrar organização criminosa e de impedir ou, de qualquer forma, embaraçar, a investigação de infração penal que envolvia organização criminosa (art. 2º, **caput**, e § 1º, da Lei nº 12.850/13), determinou que os autos fossem imediatamente encaminhados ao Senado Federal para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolvesse sobre a prisão (art. 53, § 2º, da CF).

Não me olvido de que a regra do art. 53, § 2º, da Constituição Federal já teve sua incidência afastada pelo Supremo Tribunal Federal no HC nº 89.417/RO, Primeira Turma, Relatora a Ministra **Cármem Lúcia**, DJe de 15/12/06, cuja ementa transcrevo:

“HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO DECRETADA EM AÇÃO PENAL POR MINISTRA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DEPUTADO ESTADUAL. ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DA AUTORIDADE COATORA E NULIDADE DA PRISÃO EM RAZÃO DE NÃO TER SIDO OBSERVADA A IMUNIDADE PREVISTA NO § 3º DO ART. 53 C/C PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 27, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

COMUNICAÇÃO DA PRISÃO À ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO À ESPÉCIE DA NORMA CONSTITUCIONAL DO ART. 53, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO.

1. A atração do caso ao Superior Tribunal de Justiça Tribunal é perfeitamente explicada e adequadamente fundamentada pela autoridade coatora em razão da presença de um Desembargador e de um Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado nos fatos investigados na ação penal, todos interligados entre si, subjetiva e objetivamente. Conexão entre os inquéritos que tramitaram perante o Superior Tribunal de

Justiça, que exerce a **vis atractiva**. Não configuração de afronta ao *princípio do juiz natural*. Decisão em perfeita consonância com a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal. Súmula 704.

2. Os elementos contidos nos autos impõem interpretação que considere mais que a regra proibitiva da prisão de parlamentar, isoladamente, como previsto no art. 53, § 2º, da Constituição da República. Há de se buscar interpretação que conduza à aplicação efetiva e eficaz do sistema constitucional como um todo. A norma constitucional que cuida da imunidade parlamentar e da proibição de prisão do membro de órgão legislativo não pode ser tomada em sua literalidade, menos ainda como regra isolada do sistema constitucional.

Os princípios determinam a interpretação e aplicação corretas da norma, sempre se considerando os fins a que ela se destina.

A Assembléia Legislativa do Estado de Rondônia, composta de vinte e quatro deputados, dos quais, vinte e três estão indiciados em diversos inquéritos, afirma situação excepcional e, por isso, não se há de aplicar a regra constitucional do art. 53, § 2º, da Constituição da República, de forma isolada e insujeita aos princípios fundamentais do sistema jurídico vigente.

3. **Habeas corpus** cuja ordem se denega”.

No **habeas corpus** em questão, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a regularidade da prisão em flagrante de parlamentar estadual determinada pelo Superior Tribunal de Justiça, e **decidiu que falecia à Casa legislativa a independência necessária para sobre ela deliberar, em razão de circunstâncias excepcionais**, uma vez que, segundo a imputação, o paciente, chefe de organização criminosa, controlaria, mediante pagamentos, outros deputados estaduais, e vinte e três dos vinte e quatro membros da Assembleia Legislativa estariam indiciados em inquéritos policiais diversos, o que representaria, segundo o voto condutor do acórdão, uma “**situação de absoluta anomalia institucional, jurídica e ética**”.

De toda sorte, se a regra é a submissão da prisão em flagrante ao escrutínio do parlamento, deve ela também ser aplicada no caso de imposição de medidas cautelares diversas da prisão que possam turbar o exercício do mandato eletivo.

A finalidade precípua do controle político da prisão em flagrante de parlamentar é proteger, ao juízo discricionário da Casa Legislativa, o livre exercício do mandato eletivo contra interferências externas.

E, como visto, essa interferência externa ao livre exercício do mandato pode eventualmente ser atribuída ao Supremo Tribunal Federal, na hipótese em que vier a determinar a prisão em flagrante de parlamentar.

Por força dessa mesma *ratio* – tutela do mandato parlamentar -, a meu sentir, qualquer outro ato emanado do Poder Judiciário que importe em restrição pessoal ao livre exercício do mandato parlamentar deverá ser submetido ao controle político da Casa Legislativa, nos termos do art. 53, § 2º, da Constituição Federal.

Comungo da opinião de que o Supremo Tribunal Federal se sobressai por seu relevante papel de **moderador** dos conflitos que surgem na sociedade, atuando em diferentes searas: conflitos federativos, atividade econômica, atividade político-partidária, defesa dos direitos fundamentais e proteção das minorias.

Como já chamava atenção **José Afonso da Silva**, em artigo publicado em 1985 - *no qual defendia a instituição, no Brasil, pela Assembleia Nacional Constituinte, de uma Corte ou Tribunal Constitucional* -, as Cortes Constitucionais “exercem hoje um papel de verdadeiro equilíbrio entre os demais poderes, uma espécie de *poder moderador*, atualizado e sem predomínio”.

A seu ver,

“[a] jurisdição constitucional, assim compreendida, configura um dos pressupostos do Estado contemporâneo, destinada a realizar um contrapeso efetivo entre um poder executivo cada vez mais hegemônico e um poder legislativo que mantém sua estrutura e funcionamentos ambíguos por não ter-

se adequado devidamente ao novo tipo de Estado. Não significa que a jurisdição constitucional se converta num poder superior aos outros poderes estatais, que menoscabe o princípio da divisão de poderes, ao contrário, pela natureza específica de sua função será o instrumento mais apto para a garantia e a proteção dos direitos humanos e será também o melhor instrumento de controle e de tutela para o funcionamento democrático dos demais poderes do Estado¹⁰.

Como ponto de equilíbrio do Estado Democrático de Direito, a Suprema Corte deve ser forte e atuante na concretização e na interpretação dos comandos constitucionais.

Mas a relação independente e harmoniosa entre os Poderes do Estado exige que essa atuação se dê, como exposto, “sem predomínio”. Nem passivismo, nem ativismo exacerbado.

No exercício do seu papel moderador, incumbe ao Supremo Tribunal Federal **distensionar** as fricções que possam ocorrer entre os demais Poderes constituídos.

O Supremo Tribunal Federal, portanto, não pode atuar como fomentador de tensões institucionais, o que, a meu ver, viria a ocorrer caso se suprimisse do Poder Legislativo o legítimo controle político de **restrições de natureza processual penal** ao livre exercício do mandato parlamentar.

Em suma, se o Supremo Tribunal Federal, no exercício de sua jurisdição, no caso de flagrante de crime inafiançável ou, fora dessa hipótese, em situação de superlativa excepcionalidade, vier a impor **medidas cautelares pessoais de natureza processual penal que interfiram na liberdade de atuação parlamentar de um titular de imunidade formal**, essa decisão terá que ser submetida ao exame do Poder Legislativo.

Exemplificativamente, embora o recolhimento domiciliar noturno

10 SILVA, José Afonso. **Tribunais constitucionais e jurisdição constitucional**. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte, n. 60/61, p. 495-524, jan./jul. 1985. p. 520-523.

ADI 5526 / DF

seja **legalmente** considerado uma medida cautelar **diversa** da prisão, para fins constitucionais, caso ele venha a ser imposto a um parlamentar federal, inequivocamente haverá uma restrição a sua liberdade de locomoção, que interferirá, por sua vez, no livre exercício do mandato, haja vista que as sessões do Congresso Nacional se realizam costumeiramente no período noturno.

Logo, diante da **ratio** que preside o art. 53, § 2º, da Constituição Federal, cumpre submeter a imposição dessa medida cautelar pessoal ao controle político da Casa Legislativa.

Não me olvido de que a questão posta nesta ação direta decorre de uma tensão entre as incidências de dois princípios constitucionais da mais alta relevância: o princípio da **harmonia e da independência** entre os Poderes (art. 2º, CF), de um lado, e, de outro, o princípio da **inafastabilidade do controle jurisdicional** e, por via de consequência, da própria **efetividade** da jurisdição (art. 5º, XXXV, CF).

Nos termos do art. 102, I, b, da Constituição Federal, compete ao Supremo Tribunal Federal **processar** e julgar, originariamente, os membros do Congresso Nacional.

É evidente que, dentro de sua esfera de competência para **processar** parlamentares federais, inclui-se a imposição de medidas cautelares pessoais para se assegurar a efetividade da prestação jurisdicional.

Como sabido, toda medida cautelar visa resguardar uma determinada situação de perigo gerada pelo estado de liberdade do imputado (**periculum libertatis**): perigo para a produção de provas, perigo para a futura aplicação da lei penal ou o perigo para a ordem pública.

Ao se impor uma medida cautelar pessoal a um parlamentar para se resguardar os meios ou os fins do processo, autorizar-se que o Legislativo, pela via do controle político, possa glosar essa decisão judicial implicaria admitir a interferência desse Poder no legítimo exercício da atividade jurisdicional constitucionalmente reservada ao Supremo Tribunal Federal.

Por outro lado, pela óptica do Poder Legislativo, a medida cautelar

ADI 5526 / DF

pessoal que restringisse em qualquer grau o exercício do mandato parlamentar, sem a possibilidade do seu controle político, traduziria interferência indevida do Judiciário em seu funcionamento e, em consequência, no princípio da separação dos Poderes.

Em um extremo, a imunização total de parlamentares federais contra medidas cautelares necessárias ao exercício da atividade jurisdicional importaria em se conferir proeminência ao Poder Legislativo.

No extremo oposto, a imposição de medidas cautelares sem a possibilidade de seu controle político implicaria conferir proeminência ao Poder Judiciário.

A meu sentir, a solução para essa situação de **aporia** deve ser extraída da própria *ratio* do sistema de freios e contrapesos instituído pelo Poder Constituinte Originário. É o modelo de freios e contrapesos, por meio de contrapartidas de controle recíproco entre os Poderes, que viabiliza a manutenção do equilíbrio e da harmonia quando se tem intervenções de um Poder em função própria de outro.

Por essa razão, a solução dessa situação de tensão, **radicada na mediania entre os extremos e derivada de um juízo constitucional de ponderada razoabilidade**, é determinar-se que toda medida cautelar pessoal que crie embaraços ao livre exercício do mandato eletivo de parlamentar federal somente possa ser imposta no caso de flagrante de crime inafiançável ou, ausente o estado de flagrância, em situações de superlativa excepcionalidade, devendo, em ambas as hipóteses, a decisão judicial ser submetida, em vinte e quatro horas, ao controle político da respectiva Casa Legislativa.

Em abono a essa tese, registro, por fim, que, a Constituição Federal prevê, no art. 53, § 3º, que, recebida a denúncia contra senador ou deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dela dará ciência à Casa respectiva, a qual, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, **poderá sustar o andamento da ação penal**.

Assim,

“[c]omo desdobramento do sistema de freios e

contrapesos, o Legislativo, ao sustar a ação penal, **por via de consequência também sustará os efeitos da medida cautelar de suspensão do exercício da função pública**".¹¹

Com efeito, admitir-se que, suspensa a ação penal por deliberação do Legislativo, pudesse subsistir a medida cautelar de afastamento da função pública, **implicaria a cassação, de fato, do mandato parlamentar, o que é inadmissível.**

Ora, se a Casa Legislativa pode sustar o andamento da própria ação penal instaurada, após o recebimento da denúncia, sustando, por via de consequência, os efeitos da medida cautelar pessoal a ela vinculada, há que se reconhecer, implicitamente, sua prerrogativa de também suspender medida cautelar pessoal antes mesmo da formação da **opinio delicti** do Ministério Público.

Com essas considerações, **julgo parcialmente procedente** a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade para:

i) deixar de conferir ao art. 312 do Código de Processo Penal interpretação conforme à Constituição, diante da vedação constitucional absoluta à prisão preventiva (art. 53, § 2º, CF);

ii) conferir ao art. 319 do Código de Processo Penal interpretação conforme à Constituição Federal e determinar que a medida cautelar **pessoal** de natureza processual penal que implique afastamento do mandato eletivo de parlamentar federal ou que, direta ou reflexamente, crie embaraços ao seu livre exercício somente possa ser imposta no caso de flagrante de crime inafiançável ou, ausente a flagrância, em situações de superlativa excepcionalidade, devendo, em ambas as hipóteses, a decisão judicial ser submetida, em vinte e quatro horas, ao controle político da respectiva Casa Legislativa.

É como voto.

11 CAPEZ, Rodrigo. **Prisão e medidas cautelares diversas: a individualização da medida cautelar no processo penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 154.