



SENADO FEDERAL

Advocacia

PARECER N. 577/2017 – NASSET/ADVOSF

Ref. Ofício “S” nº 70/2017 - Ação Cautelar n. 4.327/STF

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL.
ESTATUTO DO CONGRESSISTA. IMUNIDADES.
IMPOSIÇÃO. MEDIDA CAUTELAR.
INCONSTITUCIONALIDADE. DELIBERAÇÃO PELA
CASA LEGISLATIVA.

- 1) Viola a Constituição da República e a legislação processual penal a imposição de medida cautelar pessoal de natureza penal a membro do Congresso Nacional, salvo como substituição à prisão em flagrante delito por crime inafiançável.
- 2) Perda e suspensão de mandato parlamentar somente podem ocorrer nas hipóteses autorizadas pela Constituição da República.
- 3) Compete ao Senado Federal deliberar sobre medida cautelar imposta a Senador da República, quando tal medida interfira em sua liberdade de locomoção ou no exercício de seu mandato parlamentar.

I

1. Pelo Ofício n. 4.308/T, Sua Excelência o Senhor Ministro Marco Aurélio Mello comunicou ao Exelentíssimo Senhor Presidente do Senado Federal que a Primeira Turma daquela Corte determinou, por maioria, nos termos do voto do Ministro Luís Roberto Barroso, medidas cautelares pessoais, de caráter penal, a Sua Excelência o Senador Aécio Neves.



SENADO FEDERAL
Advocacia

2. A decisão deu-se no julgamento de agravo regimental interposto pelo ex-Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot Monteiro de Barros, no bojo da Ação Cautelar n. 4.327. As medidas cautelares pessoais foram: a) suspensão do mandato parlamentar e de qualquer outra função pública; b) recolhimento domiciliar em período noturno; c) proibição de contato com outros investigados ou réus no conjunto dos feitos relacionados àquela ação; d) proibição de ausentar-se do País, com dever de entrega do passaporte.

3. O teor do voto do redator para o Acórdão não acompanhou a comunicação.

4. O contexto da ação cautelar diz respeito a delitos de corrupção e de obstrução de investigação em virtude da alegada prática, pelo Senador da República investigado, de atos parlamentares *stricto sensu* que pretendiam o enfraquecimento da “Operação Lava Jato”, consistentes, supostamente, em: a) aprovação de anistia ao “caixa dois” eleitoral; b) aprovação de projeto de lei de abuso de autoridade.

5. A decisão deverá ser resolvida pelo Plenário do Senado Federal, com fundamento no art. 53, *caput* e §§ 2º e 3º, e no art. 55, VI e § 2º, da Constituição Federal, porque tem o condão de restringir o exercício do mandato parlamentar pelo titular eleito (núcleo de proteção das aludidas prerrogativas constitucionais), como se demonstrará a seguir.

II

6. A aplicabilidade de medidas cautelares diversas da prisão a Senadores da República e a Deputados Federais é tormentosa.



SENADO FEDERAL
Advocacia

7. Os defensores da incidência dessas cautelares argumentam no sentido de que tais providências judiciais não se confundem com a prisão e, portanto, não têm regramento constitucional específico em relação aos Congressistas.

8. O argumento, no entanto, é uma simplificação um tanto excessiva do problema e, por isso, deve ser visto com reservas.

9. Em nossa ordem jurídica, ressalvada a prisão temporária, as medidas cautelares pessoais, todas, estão ligadas à prisão preventiva por uma ordem sistemática e lógico-jurídica. Ora são dadas em substituição (sucedâneo) a esta modalidade de prisão (como a prisão domiciliar substitutiva)¹, ora perdem a eficácia se não estiverem ancoradas em seus requisitos (caso da prisão em flagrante)², ora haurem a sua condição de possibilidade a partir de sua potencial aplicação (caso das demais medidas cautelares). As medidas cautelares, assim, orbitam a prisão preventiva.

10. As medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal constituem limitação da esfera de liberdade de um investigado ou acusado determinada pelo juiz competente.

11. A exequibilidade da medida cautelar é assegurada somente pela existência da sanção prevista expressamente no art. 282, §4º, do Código de Processo Penal, consistente na conversão da medida cautelar em prisão preventiva³.

12. Para os investigados em geral, o descumprimento de medida cautelar é uma das causas de decretação de prisão preventiva – uma hipótese outra, além daquelas previstas no art. 312 do Código. É a partir desta premissa exegética que se devem situar as medidas cautelares do art. 319 do



SENADO FEDERAL
Advocacia

CPP – o que importa em reconhecer o seu caráter acessório em relação à prisão preventiva, como homenagem do legislador ao princípio da vedação de excesso em matéria penal.

13. Os parlamentares, contudo, **não podem sofrer prisão preventiva, e isso por força de determinação constitucional expressa.**

14. Nesse caso, a medida cautelar diversa da prisão revela-se também como um acessório, ao qual se estende a proibição quanto à medida principal. Conforme o comezinho brocardo, *accessorium sequitur principale*.

15. Em outras palavras, não haveria sentido em atribuir validade a medidas cautelares cujo fundamento mesmo de exequibilidade, em caso de descumprimento, não pode ser manejado em face de seu destinatário. Não pode o direito retirar com uma mão aquilo que deu com a outra.

16. Cuida-se de uma incongruência lógica e jurídica grave. Há muito a doutrina do direito reconhece que a norma jurídica sem a cominação de efeito em seu preceito primário (sanção) não pode existir.

17. Desse modo, a melhor interpretação da imunidade parlamentar contra a prisão (*freedom from arrest*), em leitura estritamente legal e em vista da unidade lógica da matéria, é a de que aos parlamentares não se pode aplicar medida cautelar que possa ser conversível, em caso de descumprimento, em prisão preventiva.

III



SENADO FEDERAL
Advocacia

18. Há, ainda, uma razão de ordem histórico-teleológica a dar suporte a essa conclusão.

19. Toda a literatura que trata do Estatuto do Congressista assevera que as imunidades parlamentares, tanto a formal quanto a material, se prestam a assegurar o exercício livre e desimpedido do mandato parlamentar outorgado pelo povo.

20. Quando da elaboração do texto constitucional, não havia ainda nenhuma medida cautelar pessoal diversa da prisão estabelecida no caderno processual penal brasileiro. Essas medidas, na verdade, vieram a ser estabelecidas em uma reforma processual de 2011. Assim, uma exegese simplista que venha a pretender a limitação da interpretação da cláusula de vedação de prisão acaba por estar em desajuste com a finalidade do instituto e com o contexto da Constituição de 1988.

21. Deve-se reconhecer, entretanto, que essas medidas cautelares têm o efetivo condão de interferir no livre exercício do mandato parlamentar – na medida em que retiram, ainda que temporariamente, do patrimônio jurídico do investigado ou acusado uma parcela de sua liberdade pessoal (seja na modalidade de locomoção, de comunicação ou, ainda mais grave, no próprio exercício da função pública).

22. A opção do Constituinte, vê-se bem, foi a de preservar a plena liberdade do parlamentar, mesmo quando viesse a ser investigado ou acusado por crime (independentemente da gravidade de sua conduta, salvo o caso de flagrante delito por crimes gravíssimos).

23. Preservar a escolha da Constituição, na presente ordem processual penal, portanto, implica em afastar a possibilidade de incidência de qualquer



SENADO FEDERAL
Advocacia

turbação ao *status libertatis* do parlamentar no exercício do mandato, ressalvada a singela hipótese de flagrante por crime inafiançável.

24. Em síntese: a garantia do art. 53, §2º, da Constituição da República se impõe contra a aplicação de prisão ou de qualquer outra medida de caráter pessoal que venha a impor limitações à esfera de liberdade do parlamentar, porque a finalidade da disposição constitucional é a preservação do mandato e da plena liberdade de seu exercício.

25. A proteção ao pleno exercício do mandato é corroborada pelas normas constitucionais que permitem à respectiva Casa Legislativa sustar o andamento de eventual ação penal em razão de recebimento de denúncia contra Senador ou Deputado (art. 53, §3º) e deliberar sobre a perda do mandato, caso o parlamentar sofra condenação criminal em sentença transitada em julgado (art. 55, VI e §2º).

26. Portanto, o pleno exercício do mandato e, consequentemente, o respeito à soberania popular, é o núcleo de proteção das aludidas prerrogativas parlamentares, no qual o legislador constituinte originário buscou preservar mesmo em caso de condenação definitiva, o que, portanto, também há de ser respeitado em pelas medidas cautelares penais, de natureza acessória.

27. Por mais essa razão, é descabida a aplicação de medidas cautelares penais aos membros do Congresso Nacional no curso do mandato, salvo a hipótese constitucional de flagrante delito por crime inafiançável – quando, então, o STF decidirá, em vista do caso concreto, sobre a necessidade de preventiva ou sobre a fixação de cautelares outras.



SENADO FEDERAL
Advocacia

IV

28. Ainda que se viesse a entender lícita, de modo geral, a aplicação de medidas cautelares pessoais penais aos membros do Congresso Nacional, há duas limitações impostas no caso concreto que não poderiam prevalecer, porque violam o Estatuto Constitucional do Congressista.

29. É que o Estatuto do Congressista tem assento constitucional e, por essa razão, sempre prevalece sobre disposição infraconstitucional eventualmente em confronto.

30. A preocupação constitucional em assegurar o livre exercício do mandato outorgado pelo voto popular guarda estreita relação com o princípio democrático e com a preservação das instituições públicas.

31. Nesse contexto, a previsão constitucional da imunidade processual parlamentar é garantia indispensável ao livre e pleno desempenho da atividade parlamentar, vinculada ao cargo ocupado e não à pessoa do parlamentar. Trata-se, portanto, de instituto jurídico de natureza *intuitu functionae* - e não *intuitu personae*, produzindo efeitos desde a expedição do diploma, nos termos do disposto no art. 53, § 1º, da Constituição Federal.

32. Todas as hipóteses de suspensão e cassação ou perda de mandato parlamentar devem ser arrimadas na Constituição da República – ainda que a Constituição possa autorizar alguma atividade supletiva dos Regimentos Internos, neste particular.⁴

33. Como afirmou o Ministro Relator – lamentavelmente, vencido no ponto –, além da ausência de autorização constitucional, não há sequer previsão de afastamento de mandato para parlamentares no Código de



SENADO FEDERAL

Advocacia

Processo Penal. A cautelar de suspensão de função pública evidentemente não poderia ser aplicada aos membros do Congresso Nacional, cujo regime jurídico é específico e de estatura constitucional.

34. A conclusão ganha ainda mais força quando se recorda que a Constituição não autoriza a perda automática de mandato em caso algum. Mesmo quando há condenação judicial transitada em julgado, é preciso uma declaração da Casa Parlamentar, observados a ampla defesa e o contraditório, para que o membro do Congresso Nacional perca o mandato.

35. Note-se a situação paradoxal. De um lado, na Câmara dos Deputados, um membro da Casa Parlamentar cumpre pena definitiva em estabelecimento prisional e, por força de expressa disposição constitucional, permanece no exercício do mandato parlamentar, pela vontade de seus pares. Do outro lado, no Senado Federal, um senador da República no exercício de suas funções é afastado “temporariamente”, *sine die*, do mandato parlamentar por ato unilateral do Poder Judiciário, sem que sequer tenha sido oferecida denúncia contra si, unicamente em função de investigação em curso.

36. Não se venha, ainda, argumentar com a inafastabilidade da jurisdição e com o poder geral de cautela da magistratura. **O fato é que o manejo de princípios constitucionais jamais deve ensejar o afastamento, na interpretação jurídica, de regra constitucional originária (e, portanto, de mesma estatura), sob pena de se declarar, por via oblíqua, a inconstitucionalidade de norma constitucional originária, o que há muito já se sabe impossível em nosso ordenamento constitucional.⁵**



SENADO FEDERAL

Advocacia

37. Além disso, a melhor doutrina processual penal assevera que não pode haver poder geral de cautela em matéria de fixação de medidas cautelares pessoais – justamente em homenagem aos princípios da taxatividade e da legalidade penal, tão frequentemente desprezados nesta quadra histórica.⁶

38. A **excepcionalidade do momento brasileiro**, sustentada na responsabilização de agentes públicos (*lato sensu*) por atos de corrupção, está a exigir das instituições brasileiras o **estrito cumprimento do texto constitucional e dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito** e não a construção de soluções que, a despeito de violarem frontalmente direitos e garantias fundamentais, pareçam mais *adequadas à gravidade* do caso concreto, especialmente porque coloca em risco a higidez do ordenamento jurídico, violando a segurança jurídica necessária para a estabilidade das instituições e o crescimento nacional.

V

39. Quanto à imunidade material, o então Procurador-Geral da República pretendeu a criminalização da atividade política em senso estrito; busca, ainda, exegese que retire do âmbito de proteção da imunidade parlamentar material (palavras, opiniões e votos) condutas que, alegadamente, se voltavam – na espécie – à aprovação de medida de anistia e de nova lei do abuso de autoridade, sob a fundamentação de suposto desvio de finalidade praticado por Senador da República.



SENADO FEDERAL
Advocacia

40. É evidente que a atividade legislativa constitui o próprio núcleo essencial da imunidade material parlamentar. São competências do Congresso Nacional dispor sobre anistia (art. 48, inc. VIII, da Constituição da República) e sobre direito penal (onde se inclui a repressão ao abuso de autoridade).

41. Desse modo, tem-se clara a inconstitucionalidade da interpretação proposta pelo eminente ex-Procurador-Geral da República, acolhida pela Turma Julgadora do Supremo Tribunal Federal.⁷

42. Mais uma vez, recorre-se à legalidade penal, porque esta é a única pauta hermenêutica admissível *vis-à-vis* os direitos e garantias fundamentais dos investigados: “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*”.

43. Como afirma ZAFFARONI, “*a Constituição da República não admite que a doutrina, a jurisprudência ou o costume sejam capazes de habilitar o poder punitivo*”.

44. Ora, o que ontem e sempre se considerou protegido debaixo da imunidade parlamentar não pode hoje – com efeitos retroativos aos atos praticados até a presente data – passar a ser interpretado como conduta criminalmente relevante.⁸

45. A pretensão de enquadramento de atos legislativos e parlamentares *stricto sensu* no delito de obstrução de investigação de infração penal de organização criminosa (art. 2º, §1º, da Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013), resulta em violação à liberdade da atividade legislativa, que deve gozar de liberdade absoluta, livre de censuras, considerando que todo poder



SENADO FEDERAL

Advocacia

emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição Federal (art. 1º, parágrafo único).

VI

46. Por fim, havendo o Supremo Tribunal decidido pela aplicação de medida cautelar pessoal a Senador da República (em especial, as de afastamento do cargo e de recolhimento noturno, que tem efeito análogo à prisão), deve submeter a questão ao Plenário da Casa Legislativa, por analogia da disposição constitucional que rege a prisão em flagrante do parlamentar.

47. No caso dos autos, a decisão de afastamento de Senador da República, postulada pelo agravante sob o fundamento de ser medida cautelar penal menos gravosa que a prisão cautelar, por via oblíqua, **torna sem efeito a norma constitucional prevista no art. 53, § 2º,⁹ e art. 55, inc. VI e § 2º,¹⁰ da Constituição Federal, uma vez que o afastamento do parlamentar do exercício do seu mandato foi prerrogativa constitucionalmente assegurada apenas ao Plenário do Senado Federal, em atenção ao princípio da separação dos poderes.**

48. Se a Constituição estabelece que o parlamentar não poderá ser preso, salvo por flagrante de crime inafiançável, e que, no prazo de vinte e quatro horas, a Casa respectiva resolverá sobre a prisão por decisão da maioria de seus membros, tem-se que o **Constituinte** realizou um sopesamento entre a relevância do mandato popular e a suposta prática de atividades ilícitas pelo mandatário, no sentido de que **incumbe aos pares do parlamentar a avaliação da gravidade da infração penal e do**



SENADO FEDERAL
Advocacia

comprometimento dos requisitos morais para a permanência ou não no exercício do mandato.

49. É justamente por isso que, mesmo determinada a prisão cautelar por autoridade judicial, **esta decisão pode ser tornada sem efeito por decisão majoritária da Casa Legislativa respectiva.**

50. Desejável ou não a solução encontrada pelo Constituinte, e independentemente da gravidade dos ilícitos eventualmente praticados e do momento de amplas investigações da Operação Lava-Jato, **a decisão final sobre o afastamento do mandato parlamentar, nesses casos, é competência exclusiva do Plenário do Senado Federal.**

51. Entendimento diverso implica tornar sem efeito o disposto no art. 53, § 2º, da Constituição, porque impede que se concretize a finalidade subjacente ao texto normativo, qual seja, a de preservar o exercício do mandato parlamentar, a despeito da possibilidade de preenchimento dos requisitos constitucionais para a prisão cautelar e de estar em curso investigação ou ação penal contra o parlamentar.

52. Tanto é assim que a própria Constituição estabelece que, recebida denúncia contra Senador ou Deputado, por crime praticado após a diplomação (supostamente caso dos autos), o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva que poderá, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, **sustar o andamento da ação penal** (art. 53, § 3º, da CF).

53. Mais que isso, o parlamentar somente perderá o mandato em caso de **condenação criminal transitada em julgado**, mediante decisão do Plenário



SENADO FEDERAL
Advocacia

da Casa, por maioria absoluta de seus membros, assegurada ampla defesa (art. 55, inc. VI, § 2º, da CF).

54. Não se há negar que o Constituinte estabeleceu significativas prerrogativas para o exercício do mandato popular, num conjunto normativo que comumente se denomina Estatuto dos Congressistas. Fê-lo, igualmente, para os demais agentes políticos do Poder Judiciário e do Poder Executivo.

55. Considerando a opção política pelo regime republicano e pelo Estado Democrático de Direito, não se poderia interpretar que tais normas constitucionais visam colocar os agentes políticos num *status* inalcançável pelo ordenamento jurídico.

56. A interpretação sistemática e teleológica dessas normas constitucionais deve – necessariamente – buscar uma aplicação consentânea com as opções políticas estruturantes do Estado Brasileiro, de modo que há, inegavelmente, uma finalidade lícita e desejável na preservação do exercício do mandato popular e na prerrogativa do Senado Federal de dispor sobre a prisão e sobre o andamento de ação penal contra seus membros.

57. O sistema constitucional delineado sustenta-se, portanto, nos princípios republicano e democrático e deve ser estritamente observado, confiando-se na capacidade e na seriedade das instituições para a tomada de decisões de sua competência.

58. Sob essa perspectiva, decisão de afastamento de Senador da República do mandato parlamentar – ou ordem que venha a limitar as suas atividades políticas normais – constitui, pelo ponto de vista institucional da Casa Legislativa, **medida de grande gravidade, porque acaba por retirar do**



SENADO FEDERAL
Advocacia

Plenário do Senado Federal a competência exclusiva de dispor sobre a manutenção ou não do mandato parlamentar.

59. Cabe salientar que as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas a luz das normas constitucionais e não o contrário. Assim, toda sistemática adotada pelo Código de Processo Penal deve ser lida de acordo com os ditames constitucionais que regem as prerrogativas dos congressistas.

60. Significa dizer que qualquer medida cautelar em investigação ou processo penal que restringisse o exercício do mandato parlamentar (embora se repute tal medida inconstitucional), se adotada pelo órgão colegiado competente, deveria, no prazo de vinte e quatro horas, ser submetida à deliberação do Plenário do Senado Federal, a quem é dado dispor sobre a manutenção ou não da medida cautelar.

61. Repise-se, portanto, que a norma constitucional visa a proteger o parlamentar de medidas que imponham restrição ao exercício do mandato.

62. Desse modo, não é compatível com a ordem jurídica republicana em vigor no Brasil qualquer tipo de cerceamento de índole processual ou material penal ao exercício do mandato parlamentar, a não ser nos estritos termos do disposto no art. 53 da Constituição da República, que por força do princípio da simetria se aplica *mutatis mutandis* a todo titular de função parlamentar em quaisquer das esferas da Federação.

63. Haja vista o princípio da máxima efetividade da Constituição, o §2º do art. 53 da Carta Política deve ser aplicado a qualquer medida judicial, cautelar ou satisfativa, que implique obstrução, ainda que em grau mínimo, do exercício do mandato ou do funcionamento parlamentar da Casa Legislativa.



SENADO FEDERAL
Advocacia

64. Saliente-se que a deliberação pela Casa Legislativa deve ocorrer sempre que houver medida judicial – de qualquer natureza – que restrinja as atribuições dos parlamentares. *Ubi eadem ratio, ibi idem jus* (onde há a mesma razão, aplica-se o mesmo direito). Nestes termos, uma interpretação constitucional das normas processuais penais leva a conclusão de que **o art. 53, §2º, parte final, da Constituição tem aplicação sempre que houver medida cautelar penal que imponha uma restrição ao exercício do mandato parlamentar.**

VII

65. Pelas razões suso alinhavadas, conclui-se que:

- a. O Senado Federal está autorizado pela Constituição da República, por analogia da parte final do §2º do art. 53 do texto constitucional, a deliberar sobre a validade e sobre a eficácia das medidas cautelares impostas ao Senador da República, porque estas medidas interferem no exercício do mandato parlamentar e na liberdade de locomoção do Senador investigado.
- b. Não tem cabimento a aplicação de medidas cautelares penais de natureza pessoal em face de membros do Congresso Nacional, salvo na hipótese de serem fixadas como substituição à prisão em flagrante delito por crime inafiançável, nos termos do art. 53, §2º, da Constituição da República, o que não ocorreu no caso concreto.



SENADO FEDERAL

Advocacia

- c. A imposição de medida cautelar a Senador da República constitui ato constitucional, na medida em que agride ao disposto no art. 53 da Constituição da República, em especial quanto à cláusula de vedação de prisão – cuja escorreita interpretação abrange a vedação de medidas cautelares no escopo da proteção constitucional à plena liberdade do exercício do mandato parlamentar.
- d. Ademais, a imposição de medida cautelar a pessoa não sujeita a prisão preventiva constitui clara violação da unidade sistemática do Código de Processo Penal, especialmente em virtude do disposto no art. 282, §4º, da Lei Processual Penal.
- e. Outrossim, não há previsão legal de medida cautelar de afastamento ou suspensão de mandato parlamentar. Pela natureza das medidas cautelares, e em virtude do princípio da legalidade estrita e da taxatividade, é vedado o estabelecimento de novas medidas cautelares por analogia ou mediante o manejo do *poder geral de cautela* judicial.
- f. O mandato parlamentar jamais pode ser suspenso por ato unilateral do Poder Judiciário, sem a participação da Casa Legislativa respectiva. É o que se extrai do disposto no art. 55 da Constituição da República, que sempre determina providências por parte da Casa



SENADO FEDERAL
Advocacia

Legislativa para fins de dar eficácia a decisões judiciais que determinem perda de mandato.

66. É o parecer, *sub censura*.

Em 28 de setembro de 2017:

HUGO SOUTO KALIL
Advogado do Senado Federal
OAB/DF 29.179

Aprovado.

FERNANDO CESAR CUNHA
Advogado do Senado Federal
Coordenador-Geral

ALBERTO CASCAIS
Advogado-Geral do Senado Federal

¹ Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: (...)

² Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: [\(Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011\)](#).

I - relaxar a prisão ilegal; ou [\(Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011\)](#).

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou [\(Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011\)](#).

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. [\(Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011\)](#).

³ § 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único). [\(Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011\)](#).

⁴ Assim, é precisa e valiosa a lição do eminentíssimo Ministro Marco Aurélio:



SENADO FEDERAL

Advocacia

A liminar de afastamento é, de regra, incabível, sobretudo se considerado o fato de o desempenho parlamentar estar vinculado a mandato que se exaure no tempo. (...) O afastamento precoce – e não ocorre o fenômeno sequer ante título judicial condenatório precluso na via da recorribilidade, porquanto a Constituição Federal pressupõe declaração da Mesa da Casa Legislativa (artigo 53, § 3º) - não é compatível com os parâmetros constitucionais que a todos, indistintamente, submetem, inclusive os integrantes do Supremo, guarda maior da Constituição Federal. Implica o empréstimo de pouca importância ao Senado da República, como se os integrantes não fossem agentes políticos de estatura ímpar, que têm incolmidade resguardada por preceitos maiores.

(...)

A suspensão do mandato eletivo, verdadeira cassação temporária branca, sequer está prevista, como cautelar substitutiva da prisão, no caso descabida, no artigo 319 do Código de Processo Penal.

⁵ Importa trazer a lição de Humberto Ávila, que demonstra como as regras são, de partida, resultado da concretização de princípios efetuada pelo legislador e, portanto, não devem ceder diante de princípios de mesma estatura hierárquica. Sobre isso, a sua função eficacial de trincheiras:

Como já mencionado, as regras possuem uma rigidez maior, na medida em que a sua superação só é admissível se houver razões suficientemente fortes para tanto, quer na própria finalidade subjacente à regra, quer nos princípios superiores a ela. Daí porque as regras só podem ser superadas (defeasibility of rules) se houver razões extraordinárias para isso, cuja avaliação perpassa o postulado da razoabilidade, adiante analisado. A expressão “trincheira” bem revela o obstáculo que as regras criam para sua superação, bem maior do que aquele criado por um princípio. Esse é o motivo pelo qual, se houver um conflito real entre um princípio e uma regra de mesmo nível hierárquico, deverá prevalecer a regra, e não o princípio, dada a função decisiva que qualifica a primeira. A regra consiste numa espécie de decisão parlamentar preliminar acerca de um conflito de interesses e, por isso mesmo, deve prevalecer em caso de conflito com uma norma imediatamente complementar, como é o caso dos princípios. Daí a função eficacial de trincheira das regras.

(Ávila, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12^a ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 103). (destacou-se).

⁶ Sobre o tema, a jurisprudência da CIDH: “La Corte ha establecido en su jurisprudencia que las medidas cautelares que afectan, entre otras, la libertad personal del procesado tienen un carácter excepcional, ya que se encuentran limitadas por el derecho a la presunción de inocencia y los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática.”

(Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf. Extraído da manifestação do IDDD na ADPF n. 395).

E ainda: “Se se entende por analogia completar o texto legal, de modo a considerar proibido aquilo que ele não proíbe ou aquilo que ele permite, censurável aquilo que ele não censura ou, em geral, punível aquilo que ele não pune, baseando-se a decisão em que tal texto proíbe, não justifica, censura ou pune condutas similares ou de similar gravidade, **tal procedimento de interpretação fica absolutamente excluído da elaboração jurídica do direito penal**, porque a norma tem um limite linguisticamente insuperável, que é a máxima capacidade da palavra.”

(Zaffaroni e Batista. Direito Penal Brasileiro, Vol. I, Rio de Janeiro: Revan, 2015. pp. 208-209).

⁷ Sobre o ponto, vem à baila a advertência do eminent Professor Faria Costa, catedrático da Universidade de Coimbra e atual Provedor de Justiça da República Portuguesa:

*“Para além disso, ainda dentro desta linha de privilegiamento da liberdade e de valores humanitários, toda a interpretação – logo também para a norma incriminadora – deve operar-se restritivamente. Mas atenção. Tal só poderá verificar-se quando houver dúvida séria e firme sobre o sentido jurídico da norma, porque, de outra maneira, a interpretação “doce” mais não seria o que uma porta aberta a uma intolerável inversão dos mais lídimos princípios do Estado de direito democrático. Reforçemos ainda um pouco mais o que queremos que fique assinalado. **Não pode o intérprete, em vício metodológico, nem sempre detectável, criar a dúvida para depois chegar à conclusão que anteriormente já tinha prefigurado. Quanto a este ponto pensamos que devemos ser radicais na sua rejeição.** Rejeição por perversão metodológica, rejeição por infidelidade ao direito, rejeição por violação dos valores de um Estado de direito democrático.”*



SENADO FEDERAL

Advocacia

(Costa, José Francisco de Faria. *Noções Fundamentais de Direito Penal: fragmenta iuris poenalis*. 4^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, p. 135). [destacou-se].

⁸ “2. Não obstante, as mudanças de critério jurisprudencial, em particular quando atingem certa generalidade, não podem deixar de compartilhar as razões que fundamentam o princípio da legalidade e a proibição de retroatividade detimento: **não é admissível que se apene a quem não poderia conhecer a proibição.** Quando uma ação, que até certo momento era considerada lícita, passa a ser tratada como ilícita em razão de um novo critério interpretativo, ela não pode ser imputada ao agente, porque isso equivaleria a pretender que os cidadãos devessem abster-se não apenas daquilo que a jurisprudência considera legalmente proibido mas também daquilo passível de vir a ser julgado proibido (ou seja, do ‘proibível’) em virtude de possíveis e inovadores critérios interpretativos.”

(Zaffaroni, Eugênio Raúl Batista, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*, Vol. I, Rio de Janeiro: Revan, 2015. pp. 223-224). (destacou-se).

⁹ Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001\)](#)

§ 1º Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001\)](#)

§ 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001\)](#)

§ 3º Recebida a denúncia contra o Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001\)](#)

§ 4º O pedido de sustação será apreciado pela Casa respectiva no prazo improrrogável de quarenta e cinco dias do seu recebimento pela Mesa Diretora. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001\)](#)

§ 5º A sustação do processo suspende a prescrição, enquanto durar o mandato. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001\)](#)

§ 6º Os Deputados e Senadores não serão obrigados a testemunhar sobre informações recebidas ou prestadas em razão do exercício do mandato, nem sobre as pessoas que lhes confiaram ou deles receberam informações. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001\)](#)

§ 7º A incorporação às Forças Armadas de Deputados e Senadores, embora militares e ainda que em tempo de guerra, dependerá de prévia licença da Casa respectiva. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001\)](#)

§ 8º As imunidades de Deputados ou Senadores subsistirão durante o estado de sítio, só podendo ser suspensas mediante o voto de dois terços dos membros da Casa respectiva, nos casos de atos praticados fora do recinto do Congresso Nacional, que sejam incompatíveis com a execução da medida. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001\)](#)

¹⁰ ¹⁰ Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:

I - que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior;

II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar;

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;

IV - que perder ou tiver suspensos os direitos políticos;

V - quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição;

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

§ 1º - É incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas.



SENADO FEDERAL
Advocacia

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

§ 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.** [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 76, de 2013\)](#)

§ 3º Nos casos previstos nos incisos III a V, 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 ampla defesa.

§ 4º A renúncia de parlamentar submetido a processo que vise ou possa levar à perda do mandato, nos termos deste artigo, terá seus efeitos suspensos até as deliberações finais de que tratam os §§ 2º e 3º. [\(Incluído pela Emenda Constitucional de Revisão nº 6, de 1994\)](#)