



SENADO FEDERAL
CONSULTORIA LEGISLATIVA

MEMO/CONLEG-GB/SF Nº 86/2017

Brasília, 2 de outubro de 2017.

De: DANILo AUGUSTO BARBOZA DE AGUIAR
Consultor-Geral Legislativo
Para: Luiz Fernando Bandeira de Mello
Secretário-Geral da Mesa

Assunto: Encaminha Nota Informativa nº 3.050/2017

Senhor Secretário-Geral da Mesa,

Em atenção ao Memorando nº 971/2017 - SGM, no qual solicita a elaboração de parecer sobre o Ofício nº 4.308/T, do Excelentíssimo Senhor Ministro Marco Aurélio, encaminho, para instrução da matéria, a Nota Informativa nº 3.050, de 2017, elaborada pelo Consultor Legislativo Victor Marcel Pinheiro.

Atenciosamente,

DANILo AUGUSTO BARBOZA DE AGUIAR
Consultor-Geral Legislativo



NOTA INFORMATIVA Nº 3.050, DE 2017

Referente à STC 2017-08988, da Secretaria-Geral da Mesa, que, em caráter de urgência, solicita Nota Informativa a respeito da incidência do § 2º do art. 53 da Constituição Federal no caso de imposição de medidas cautelares que implicam o afastamento do exercício do mandato de Senador da República.

Solicita a Secretaria-Geral da Mesa do Senado Federal Nota Informativa sobre a incidência do § 2º do art. 53 da Constituição Federal no caso de imposição de medidas cautelares que implicam o afastamento do exercício do mandato de Senador, em razão do recebimento do Ofício “S” nº 70, de 2017, do Supremo Tribunal Federal (STF).

A questão a ser enfrentada recai sobre a interpretação mais adequada e atual do § 2º do art. 53 da Constituição Federal e da possibilidade de as Casas Legislativas deliberarem sobre medidas cautelares que implicam o afastamento do exercício do mandato parlamentar.

Não se está aqui a avaliar a correção do entendimento da Corte Suprema a respeito da possibilidade de se imporem medidas cautelares pessoais diferentes da prisão a parlamentares. O ponto sob exame diz respeito à eficácia dessa decisão e à necessidade de sua avaliação pelo Senado Federal ou não.

Trata-se de discussão em andamento no STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.526, em que se pleiteia a interpretação conforme à Constituição do art. 319 do Código de Processo Penal, de modo a estabelecer a necessidade de avaliação pelo Poder Legislativo nesses casos. Essa ação, entretanto, ainda está em andamento, pendente, portanto, de julgamento.

Sabe-se que a interpretação constitucional é tarefa que exige constante atualização de sentido dos textos normativos positivados e historicamente construídos. Dessa maneira, cabe investigar qual o sentido, hoje, do mencionado § 2º do art. 53 da Constituição Federal à luz das diversas modificações pelas quais passou o ordenamento jurídico brasileiro.

A tradição constitucional brasileira desde sua primeira Constituição, de 1824 (arts. 26 e 27), contempla a chamada *imunidade processual* parlamentar, de modo a possibilitar à pertinente Casa Legislativa a decisão sobre a prisão de um membro seu. Dispositivos em sentido semelhante estão presentes na Constituição Federal de 1891 (art. 20), Constituição Federal de 1934 (art. 32), Constituição Federal de 1937 (art. 42), Constituição Federal de 1946 (art. 45), Constituição Federal de 1967 (art. 34) e Emenda Constitucional nº 1, de 1969 (art. 32).

Trata-se de instituto que remonta a *freedom from arrest* presente na *Bill of Rights* de 1689 da Inglaterra e que influencia o direito comparado desde então. Nesse sentido, mencionam-se outros países que também estabelecem proteções especiais aos parlamentares relacionadas às suas palavras, opiniões e votos, bem como em face de prisões indevidas: Alemanha, Argentina, Estados Unidos, Itália e Portugal.



A razão da existência de tal prerrogativa processual refere-se diretamente à separação de poderes e à proteção das funções do Parlamento. A autoridade judicial é a competente para decretar prisões cautelares e definitivas, de modo a assegurar o cumprimento da legislação penal. Entretanto, salvaguardas devem ser levantadas para que essa competência não acarrete arbítrio e forma indevida de pressão política do Poder Judiciário sobre o Poder Legislativo.

As prerrogativas dos congressistas, portanto, não são vocacionadas a proteger, precipuamente, direitos individuais daqueles que ocupam cargos no Poder Legislativo. Ao contrário, as prerrogativas parlamentares têm por finalidade imediata a proteção do exercício das funções do cargo ocupado, para que o Poder Legislativo possa desempenhar suas funções sem o temor de ser perseguido por quaisquer órgãos públicos ou privados.

Conforme MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, nos seus *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, v. 2, p. 45, “essas garantias são dadas aos parlamentares, mas em prol do Legislativo. Configuram, pois, prerrogativas e não privilégios”.

No mesmo sentido, JOSÉ AFONSO da SILVA, em sua obra *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 535: “São estabelecidas menos em favor do congressista que da instituição parlamentar, como garantia de sua independência perante outros poderes constitucionais”.

Nesse sentido, veja-se, também, a decisão do STF no *Habeas Corpus* nº 34.467, julgado em 25 de setembro de 1956, relatado pelo eminentíssimo Ministro SAMPAIO COSTA:

Habeas corpus. Imunidades parlamentares; instituição de ordem pública e política; seu conceito. Não são um privilégio pessoal do deputado ou do senador; tão pouco um direito subjetivo, ou mesmo uma garantia individual; são atributos inerentes a função do corpo legislativo.

E no inquérito nº 510, decidido em 1º de fevereiro de 1991, cujo relator foi o ilustre Ministro CELSO DE MELLO:

O instituto da imunidade parlamentar atua, no contexto normativo delineado por nossa Constituição, como condição e garantia de independência do Poder Legislativo, seu real destinatário, em face dos outros poderes do Estado. Estende-se ao congressista, embora não constitua uma prerrogativa de ordem subjetiva deste. Trata-se de prerrogativa de caráter institucional, inerente ao Poder Legislativo, que só é conferida ao parlamentar *ratione munericis*, em função do cargo e do mandato que exerce. E por essa razão que não se reconhece ao congressista, em tema de imunidade parlamentar, a faculdade de a ela renunciar. Trata-se de garantia institucional deferida ao Congresso Nacional. O congressista, isoladamente considerado, não tem, sobre ela, qualquer poder de disposição.

Em decisão mais recente, veja-se a posição da Ministra CARMEN LÚCIA no *Habeas Corpus* nº 89.417, julgado em 22 de agosto de 2008:

Duas ordens de cuidados devem presidir a interpretação das normas constitucionais na matéria em causa na presente ação: a) a Constituição garante a imunidade relativa dos parlamentares e a Constituição proíbe a impunidade absoluta de quem quer que seja; b) a regra limitadora do processamento de parlamentar e a proibitiva de sua prisão são garantias do cidadão, do eleitor para a autonomia do órgão legiferante (no caso) e da liberdade do eleito para



representar, conforme prometera, e comprimir os compromissos assumidos no pleito. Não configuram aqueles institutos direito personalíssimo do parlamentar, mas prerrogativa que lhe advém da condição de membro do poder que precisa ser preservado para que preservado seja também o órgão parlamentar em sua autonomia, a fim de que ali se cumpram as atribuições que foram constitucionalmente cometidas.

A redação atual do § 2º do art. 53 da Constituição foi dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 20 de dezembro de 2001, que modificou as prerrogativas e garantias parlamentares. Entretanto, em relação ao tema em discussão, sua redação é praticamente a mesma dos §§ 1º e 3º do art. 53, na redação original da Constituição.

Destaque-se que, à época da promulgação da Constituição Federal de 1988, e durante anos depois, a redação vigente do Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941) estabelecia que a medida cautelar processual penal por excelência era a prisão. Não havia a previsão legislativa expressa de outras medidas cautelares pessoais. Essas medidas cautelares pessoais substitutivas da prisão somente foram positivadas no Código de Processo Penal, em seu art. 319, pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. Isso significa que, quando da elaboração da redação original do § 2º do art. 53 da Constituição Federal, cujo texto é praticamente o mesmo até hoje, não havia na legislação processual penal as medidas cautelares processuais hoje vigentes.

Esse dado é relevante para compreender o real alcance desse dispositivo na atualidade. Indiscutivelmente, destina-se a proteger o exercício do mandato parlamentar, de maneira a criar um mecanismo de defesa para o Poder Legislativo em face de decisões do Poder Judiciário. Em

outras palavras, trata-se de uma proteção – não do ocupante do cargo público – mas do próprio mandato exercido em nome dos cidadãos brasileiros de modo a evitar um desequilíbrio entre os Poderes.

Há outros dispositivos constitucionais que caminham exatamente na mesma linha de proteger o exercício do mandato parlamentar, entre os quais se destacam: a possibilidade de o Poder Legislativo suspender o andamento de ação penal contra um de seus membros (art. 53, § 3º, da Constituição Federal); a inviolabilidade civil e penal por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos (art. 53, *caput*, da Constituição Federal); e a necessidade de deliberação da respectiva Casa sob a perda de mandato de parlamentar condenado criminalmente (art. 55, § 2º, da Constituição Federal).

Em todos esses casos, incluindo o do § 2º do art. 53, é importante repisar, o objetivo não é proteger a liberdade individual do parlamentar, mas o efetivo exercício do respectivo mandato sem intervenções indevidas do Poder Judiciário.

Assim, haveria um esvaziamento da proteção constitucional ao mandato parlamentar, se outras medidas cautelares atingissem exatamente o mesmo resultado da prisão e não pudesse ser avaliadas pela Casa respectiva. Por alcançarem o mesmo resultado prático, todas as medidas cautelares – sejam elas prisão ou não – que impliquem o afastamento do exercício do mandato devem estar submetidas à mesma regra constitucional: avaliação da decisão pela maioria absoluta da Casa respectiva, nos termos do art. 53, § 2º, da Constituição Federal.

É necessário alertar que há argumentos que defendem uma interpretação literal e restritiva do § 2º do art. 53 da Constituição Federal, de modo a entender que somente no caso expressamente previsto – prisão em flagrante de parlamentar – haveria a possibilidade de a Casa respectiva decidir a respeito. Entretanto, essa não é a melhor interpretação a ser conferida ao dispositivo.

Se há argumentos pela interpretação restrita no presente caso, eles deveriam recair sobre a questão da competência ou não do Poder Judiciário decretar medidas cautelares processuais penais que afastem o parlamentar do exercício do mandato. Isso porque há a interferência direta de um Poder em outro, o que somente pode ser admitido nos casos expressa ou implicitamente previstos na Constituição Federal.

Veja-se, nesse sentido, o voto do Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade, em 15 de abril de 2004:

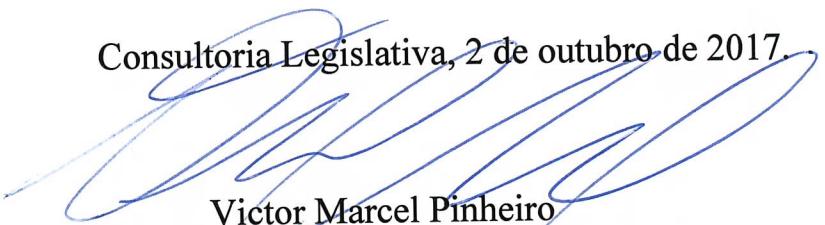
Desse relevo primacial dos “pesos e contrapesos” no paradigma de divisão dos poderes segue-se – como acentuei em outro julgamento – que “à norma infraconstitucional – aí incluída, em relação à Federal, a constituição dos Estados-membros, não é dado criar novas interferências de um Poder na órbita de outro, que não derive explícita ou implicitamente de regra ou princípio da Lei Fundamental da República.

Ressalta-se que a questão da competência de o Poder Judiciário decretar medidas cautelares que implicam o afastamento do mandato parlamentar não é o objeto desta Nota Informativa. No caso presente, essa questão já foi respondida afirmativamente pelo STF, devendo-se, entretanto, esclarecer quais são os efeitos jurídicos dessa decisão.

Diante desse cenário, o regime jurídico de proteção do Poder Legislativo em face do Poder Judiciário também deve respeitado. Ainda que se possa afirmar que a competência para decretar medidas cautelares decorra de princípios constitucionais como a inafastabilidade de jurisdição (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal), a possibilidade de a Casa parlamentar pertinente resolver sobre essas medidas também decorre da prerrogativa de imunidade processual insculpida no § 2º do art. 53 da Constituição. Dessa maneira, em nosso entendimento, toda e qualquer medida cautelar que implique o afastamento do exercício do mandato deve ser submetida à avaliação da Casa Legislativa competente para sua apreciação.

Sendo essas as informações a prestar em caráter de urgência, permanecemos à disposição para os esclarecimentos necessários.

Consultoria Legislativa, 2 de outubro de 2017.


Victor Marcel Pinheiro
Consultor Legislativo