

**SENADO FEDERAL**

OFÍCIO N° 063/2016-PRESID/ADVOSEF
(Processo SF n° 00200.007341/2016-25)

Brasília, 9 de junho de 2016.

Excelentíssimo Senhor Ministro,

Em resposta ao Ofício n° 7.327/2016, de 18 de maio de 2016, recebido em 30 de maio de 2016, no qual V. Exa. solicita informações para instruir o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 5526, proposta pelo Partido Progressista (PP), Partido Social Cristão (PSC) e Solidariedade (SD) e que trata dos arts. 312 e 319 do Código de Processo Penal, venho prestar, nos termos do art. 12° da Lei n° 9.868, de 1999, as informações anexas.

Oportunamente, solicito que as futuras intimações sejam efetuadas em nome dos Advogados do Senado Federal: Dr. Alberto Machado Cascais Meleiro (OAB 9.334/DF), Dr. Breno Righi (OAB 110.378/MG), e Dr. Anderson de Oliveira Noronha (OAB 23.731/DF).

Atenciosamente,

Assinatura manuscrita de Renan Calheiros, apresentando uma letra cursiva elegante.

Senador RENAN CALHEIROS
Presidente do Congresso Nacional

A Sua Excelência o Senhor
Ministro **EDSON FACHIN**
Referente à ADI 5526
Supremo Tribunal Federal
N E S T A





SENADO FEDERAL
Advocacia

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5526

REQUERENTES: PARTIDO PROGRESSISTA (PP), PARTIDO SOCIAL CRISTÃO (PSC) E SOLIDARIEDADE (SD)

INTERESSADOS: PRESIDENTE DA REPÚBLICA e CONGRESSO NACIONAL

RELATOR: MIN. EDSON FACHIN

REFERÊNCIAS: Ofício nº 7.327/2016 e Processo SF nº 00200.007341/2016-25.

Senhor Advogado-Geral,

Por meio do Ofício nº 7.327/2016, de 18 de maio de 2016, o Ministro do Supremo Tribunal Federal EDSON FACHIN solicita ao Sr. Presidente do Senado Federal informações sobre o objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5526.

Em tal ação os autores pedem que este STF confira aos arts. 312 e 319 do Código de Processo Penal interpretação conforme à Constituição para que as medidas previstas em tais artigos, quando aplicadas a membros do Poder Legislativo, deva ser submetida à casa legislativa em 24 horas, sempre que se operar, por meio dessa aplicação, um afastamento – total ou parcial – do exercício das funções parlamentares.

Foi adotado o rito do art. 12 da Lei nº 9.868/1999, o que implica possibilidade de o STF julgar definitivamente a ação, motivo pelo qual as informações tratam sobre todo o mérito da ADI.





SENADO FEDERAL
Advocacia

Inicialmente cabe fazer referência a dois casos recentemente julgados pelo STF e que os autores trazem em sua petição inicial, como base argumentativa e, apesar de não procederem ao cotejo analítico, como supostos precedentes.

1 – CASO DA AC 4039 (PRISÃO DO ENTÃO SENADOR DELCÍDIO AMARAL)

No caso da AC 4039 (prisão do ex-Senador Delcídio Amaral), o Min. Relator assentou (item 10) estarem demonstradas “*a necessidade de garantir a instrução criminal, as investigações e a higidez de eventuais ações vindouras*”, circunstâncias que autorizariam decretação de prisão preventiva. Também disse estar presente a “*necessidade de resguardar a ordem pública*”.

No item 12 reconheceu a questão relativa ao art. 53, §2º da CR, que somente autoriza prisão em flagrante de crime inafiançável de parlamentar federal.

No item 13 asseverou que a conduta do então parlamentar estava enquadrada no tipo do art. 2º da Lei nº 12.850/2013. Tal delito é de natureza permanente, ou seja, aquele em que a consumação se protraí no tempo, de sorte que a situação de flagrância configura-se enquanto houver a associação, permitindo a prisão em flagrante a qualquer tempo.

Deste modo, no mesmo item destacou estar configurada a hipótese “inafiançabilidade decorrente do disposto no art. 324, IV, do CPP”, cujo texto é:

Art. 324. Não será, igualmente, concedida fiança:
IV - quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312). (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Unindo estas duas premissas, o Min. Relator entendeu estar configurada a hipótese do art. 53, §2º da CR, por presentes a situação de





SENADO FEDERAL
Advocacia

flagrância e a de inafiançabilidade, tendo determinado a prisão do parlamentar, com determinação de remessa dos autos em 24h ao Senado Federal.

A decisão foi referendada pela Segunda Turma do STF, assentando igualmente as hipóteses de situação de flagrância e a de inafiançabilidade (esta decorrente do art. 324 *caput* e IV do CPP). Considerando o STF corretas estas premissas, concluiu pela aplicação escoreita do art. 53, §2º da CR/1988.

2 – CASO DA AC 4070 (AFASTAMENTO DO DEPUTADO EDUARDO CUNHA)

Os autores alegam que no caso da AC 4.070 houve “*aplicação ampla da prisão cautelar prevista no art. 312 aos membros do Poder Legislativo*”.

Trata-se de grosseiro equívoco: Na decisão proferida não há qualquer menção a prisão de parlamentar e é fato notório que a referida decisão não determinou nem redundou em prisão do Deputado Eduardo Cunha. O que houve ali foi determinação de suspensão do exercício do mandato de deputado federal de Eduardo Cunha e, por consequência, da função de Presidente da Câmara dos Deputados (item 22 da decisão do STF).

Nenhuma menção a prisão.

3 – MÉRITO

No mérito, alegam os requerentes que, para a preservação da autonomia do Poder Legislativo e das prerrogativas institucionais dos parlamentares, o art. 53, §2º da Constituição da República deve também ser baliza para a aplicação da prisão preventiva e das medidas cautelares diversas da prisão.

Por isso, defendem que essas providências, uma vez decretadas, devem ser submetidas em 24 horas à Casa respectiva para decisão dos





SENADO FEDERAL
Advocacia

parlamentares, seguindo-se o mesmo rito aplicável à prisão em flagrante de crime inafiançável.

Argumentam, com base na exposição de motivos da Lei nº 12.403/2011 e em julgado do STJ sobre a novidade legislativa, que a “*teleologia das medidas do art. 319 do CPP é a mesma que orienta a previsão da prisão cautelar do art. 312*”. Avançam, contudo, alegando os autores que as medidas cautelares diversas da prisão “*têm a mesma natureza jurídica da prisão cautelar*”.

Todavia, a própria denominação já aponta para o equivoco de tal alegação.

O fato de haver prisão cautelar e medidas cautelares apenas as aproxima no sentido de serem todas “cautelares”, não permitindo a conclusão de que tem em tudo a mesma natureza jurídica.

Por cautelar no processo penal se entende a prisão ou a medida diversa da prisão que é tomada no curso da persecução penal, ou seja, de caráter auxiliar e com o objetivo de viabilizar a eficácia da persecução penal.

Opõe-se, assim, à prisão ou medida diversa da prisão definitiva, que é aquela imposta em virtude de sentença condenatória transitada em julgado, de caráter satisfativo e com o objetivo de execução de decisão judicial após o devido processo legal.

Eis um quadro para melhor visualização:

	Prisão	Medidas diversas da prisão
Definitivas (penas)	Pena privativa de liberdade (art. 32, I do Código Penal)*	- Penas restritivas de direitos (art. 32, II do CP); - Penas de multa (art. 32, III do CP)
Cautelares	- Prisão em flagrante; - Prisão temporária; - Prisão preventiva.	- Medidas cautelares diversas da prisão (art. 319 do CPP)

* Alguns incluem aqui a prisão para início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau de jurisdição (objeto de decisão do STF em dezembro de 2015, no HC 126.292).





SENADO FEDERAL
Advocacia

Assim, apesar de ambas terem natureza cautelar, não é correto dizer que ambas têm a natureza de prisão. Não é por outro motivo que o próprio artigo 319 do CPP chama-as de “*medidas cautelares diversas da prisão*”.

A análise da aplicação das espécies de medidas cautelares diversas da prisão a parlamentares federais deve ser feita, por óbvio, sob as normas constitucionais afetas ao tema. No caso, centrais são as normas a respeito das imunidades parlamentares.

Como bem leciona Kildare Gonçalves, as imunidades dos membros do Parlamento nasceram na Inglaterra com o objetivo de proteger os parlamentares de prisões arbitrárias determinadas pelo rei. Da Inglaterra, esta orientação passou a ser implementada nos EUA que, em 1787, considerou os congressistas invioláveis no art. 1º da Seção 6 de sua Constituição, e atualmente é plenamente consagrada nas constituições ocidentais¹.

A ação em tela trata de uma das duas espécies de imunidades, a chamada imunidade formal/processual (*freedom from arrest*). Consiste ela na garantia contra prisão ou processo penal.

Com isto em mente, iniciemos analisando a questão da PRISÃO.

3.1 – HIPÓTESES DE PRISÃO

Neste ponto, a Constituição, após a EC 35/2001, estatui que:

CR/1988, art. 53. § 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.

¹ Carvalho, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional Positivo*. 21 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, págs. 482/3.





SENADO FEDERAL
Advocacia

O Código de Processo Penal, por sua vez, diz que:

“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, § 4).”

Constitucionalmente, desde a expedição do diploma a regra é a da não-prisão, a não ser na hipótese de **flagrante** (uma das espécies de prisão cautelar) **de crime inafiançável**. O STF, em decisão proferida no INQ 510, entendeu que a vedação do art. 53, §2º não incluía a prisão decorrente de condenação penal definitiva.

Assim, são duas as hipóteses de prisão de parlamentar após a expedição do diploma:

Prisão
- Prisão-pena (pena privativa de liberdade, decorrente de condenação penal definitiva – art. 32, I do Código Penal)
- Prisão em flagrante (de crime inafiançável); Prisão em flagrante (de crime afiançável); Prisão temporária; Prisão preventiva;

A conclusão é simples e direta: **não há permissivo constitucional para prisão preventiva de parlamentar federal**, assim como não há para prisão temporária ou para prisão em flagrante de crime afiançável. As duas hipóteses são as expostas acima.

Cabe ressaltar que não é verdade afirmar que o STF tenha decretado a prisão do então Senador Delcídio Amaral como prisão preventiva; na decisão se chegou à conclusão de ser hipótese de prisão em flagrante de crime concretamente inafiançável. Assim, aquele julgamento não abriu a hipótese de prisão preventiva de parlamentar federal, continuando ela a não existir.





SENADO FEDERAL
Advocacia

Com tudo isto em mente, não há outro caminho que não concluir pela impossibilidade de aplicação do art. 312 do CPP (prisão preventiva) a parlamentares federais, seja do caput seja do parágrafo único. Gostando-se ou não, a opção do constituinte foi no sentido de excluir qualquer tipo de prisão preventiva destas autoridades.

Passemos, então, à análise das MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO.

3.2 – MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO

A competência para processar e julgar parlamentar federal por crime comum é do STF:

CR/1988, art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - **processar e julgar**, originariamente:

b) **nas infrações penais comuns**, o Presidente da República, o Vice-Presidente, **os membros do Congresso Nacional**, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;

Por um lado, parece razoável concluir que ao STF cabe aplicar as medidas previstas no processo penal legalmente estabelecido e por meio do devido processo legal, desde que compatíveis com a Constituição, pois tais medidas são inerentes ao ato de processar e constituem mesmo aplicação do princípio hermenêutico dos poderes implícitos (*inherent powers*), segundo o qual quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios.

De maneira mais detalhada, a teoria utilizada tem origem no sistema jurídico dos Estados Unidos da América, tendo sido forjada no *leading case McCulloch vs Maryland*, julgado pela Suprema Corte daquele país.

“Esta Suprema Corte, ao exercer o seu poder de indagação constitucional – consoante adverte CASTRO NUNES (“Teoria e Prática do Poder Judiciário”, p. 641/650, 1943, Forense) – deve ter presente, sempre, essa técnica lógico-racional, fundada na teoria jurídica dos poderes implícitos, para, através dela, mediante





SENADO FEDERAL
Advocacia

interpretação judicial (e não legislativa), conferir eficácia real ao conteúdo e ao exercício de dada competência constitucional, consideradas as atribuições do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais de Justiça, tais como expressamente relacionadas no texto da própria Constituição da República.”

(ADI 2797, Relator Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 15/09/2005, DJ 19-12-2006 PP-00037 EMENT VOL-02261-02 PP-00250).

Por outro lado, como visto acima, a imunidade formal, ao proibir em regra a prisão, privilegia constitucionalmente o desempenho da função parlamentar por Senadores e Deputados, mandatários que são do povo brasileiro. As hipóteses que podem causar embaraço ao exercício desta função estão previstas na Constituição: perda de mandato, ou suspensão do mandato e prisão (como acima explicado).

Deste modo é mais do que razoável concluir-se que o afastamento das funções parlamentares deve ser excepcional e ter por base uma das hipóteses constitucionais. Por conseguinte, isso quer dizer que a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão devem ser submetidas a decisão da Casa Legislativa respectiva quando elas representarem afastamento das funções parlamentares.

Por outro lado, medidas cautelares que não impliquem afastamento das funções parlamentares não estão proibidas pela Constituição da República, podendo ser aplicadas pelo Supremo Tribunal Federal se inseridas no regular procedimento previsto para o processo penal, sem que haja necessidade de remessa dos autos à Casa Legislativa.

Concilia-se, assim, tanto a alta estatura constitucional do desempenho das funções parlamentares com o não menos importante interesse público da aplicação da lei penal, concretização do direito constitucional à segurança.

Eis o texto do art. 319:

Avenida N2 – Anexo “E” do Senado Federal – 1º piso – CEP 70165-900 – Brasília – DF
Telefone: +55 (61) 3303-4750 – Fax: +55 (61) 3303-2787 – advosf@senado.leg.br





SENADO FEDERAL
Advocacia

“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.**

§ 1º (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 2º (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 3º (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).”

Com base nas premissas acima, em lugar de atender ao pedido dos autores, seria mais razoável ao Supremo Tribunal Federal estabelecer que caso haja aplicação de medida cautelar, há que no caso concreto se verificar se redundará ou não afastamento da atividade parlamentar e, em caso positivo, deverá ser observado o rito do art. 53, §2º da CR/1988.

Em resumo, se a medida cautelar diversa da prisão implicar afastamento da atividade parlamentar, devem ser os autos remetidos





SENADO FEDERAL
Advocacia

dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a MEDIDA CAUTELAR.

Algumas das medidas claramente implicam afastamento, como a suspensão do exercício de função pública (319, VI) e a internação provisória (319, VII), e devem ser sempre submetidas à decisão da Casa de origem do Parlamentar.

Outras claramente não redundam no vedado afastamento, como a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares (319, II), proibição de manter contato com pessoa determinada (319, III), fiança (319, VIII) e monitoração eletrônica (319, IX), não sendo caso de remessa à Casa.

Por fim, algumas podem ou não representar afastamento, a depender de como serão implementadas e, neste caso, quando concretamente afastarem o parlamentar de suas atividades, devem ser submetidas à Casa respectiva.

Cabe ressaltar, entretanto, que a mesma imunidade formal tem também um viés relativo à processabilidade, estando no texto da CR/1988 no seguinte sentido:

CR/1988, art. 53. § 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.

§ 4º O pedido de sustação será apreciado pela Casa respectiva no prazo improrrogável de quarenta e cinco dias do seu recebimento pela Mesa Diretora.

§ 5º A sustação do processo suspende a prescrição, enquanto durar o mandato.

Após a EC 35/2001, a regra é a da processabilidade dos congressistas, ou seja, eles podem responder a processo penal independentemente da necessidade de deliberação prévia da Casa a que pertence. Todavia, há a **possibilidade de sustação do processo por voto da maioria dos membros da casa.** Há previsão de sustação liminar até a decisão final da





SENADO FEDERAL
Advocacia

Casa. Por fim, a sustação do processo dura enquanto durar o mandato, suspendendo também a prescrição.

É decorrência lógica, portanto, que a suspensão do processo penal, nas várias hipóteses previstas na legislação, importa inegavelmente a suspensão das medidas cautelares ou restritivas de direito eventualmente aplicadas; apenas aquelas determinadas na própria decisão de suspensão devem ser observadas. Por exemplo, se havia proibição de frequentar certos lugares e há decisão de suspensão condicional do processo apenas com determinação de comparecimento periódico, não subsiste a proibição anteriormente aplicada, pois suspenso o processo, restando apenas a última obrigação, por força da própria decisão de suspensão.

Por fim, com isto em mente, é inescapável concluir que nos casos de aplicação de medida cautelar diversa da prisão que possam implicar afastamento das atividades parlamentares, remetidos os autos à Casa Legislativa, poderá esta decidir pela sustação do processo (art. 52, §§ 3º a 5º da CR/1988) e uma vez sustado, estarão sustadas todas as cautelares eventualmente aplicadas no referido processo.

4 – CONCLUSÃO

Em resumo, as conclusões quanto ao pedido veiculado na presente ADI devem ser julgados no sentido de que deve ser conferida interpretação conforme à Constituição ao art. 312, *caput* e parágrafo único do CPP para que se estabeleça a sua inaplicabilidade a parlamentares federais, não havendo hipótese constitucional de prisão preventiva destas autoridades.

Ainda, que deve ser conferida interpretação conforme à Constituição ao art. 319 do CPP para que a aplicabilidade aos parlamentares federais de medida cautelar diversa da prisão que implique afastamento da atividade parlamentar deve ser seguida de remessa dos autos dentro de vinte e





SENADO FEDERAL
Advocacia

quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a MEDIDA CAUTELAR.

São as informações que o Congresso Nacional entende necessárias ao julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5526.

Brasília, 9 de junho de 2016.

[vide assinatura eletrônica]

ANDERSON DE OLIVEIRA NORONHA

Advogado do Senado Federal
OAB/DF 23.731

De acordo. Encaminhe-se ao Senhor Advogado-Geral Adjunto.

[vide assinatura eletrônica]

BRENO RIGHI

Advogado do Senado Federal
OAB/MG 110.378

Aprovo. Encaminhe-se ao Exmo. Senhor Presidente do Senado Federal como sugestão destinada ao atendimento da solicitação contida no Ofício nº 7.327/2016, de 18 de maio de 2016, do Ministro do Supremo Tribunal Federal EDSON FACHIN, para instrução da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5526.

Brasília, 9 de junho de 2016.

[vide assinatura eletrônica]

ROMULO GOBBI DO AMARAL

Advogado-Geral Adjunto do Senado Federal
OAB/DF 31.995

