



SENADO FEDERAL
Advocacia

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES,
EMINENTE RELATOR PARA O ACÓRDÃO¹ DA **AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE (ADI) nº 5.526²,**

O **SENADO FEDERAL**, pela Advocacia do Senado Federal, *ex vi* dos arts. 31, 78 e 230 do Regulamento Administrativo instituído pela Resolução nº 58, de 1972, com redação consolidada pela Resolução do Senado Federal nº 13, de 25 de junho de 2018; nos arts. 335-442 do vigente Código de Processo Civil, e, ainda, dos arts. 337, 338 e 339 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, vem à presença de Vossa Excelência aviar os presentes

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

em conformidade com os fundamentos jurídicos adiante narrados.

¹ Art. 38, inc. II, do RISTF.

² Processo no SF nº 00200.007341/2016-25



SENADO FEDERAL
Advocacia

COLENDO PLENÁRIO,
EXCELENTÍSSIMOS SENHORES MINISTROS,

I

1. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.526, em tela, ajuizada em 13 de maio de 2016, os partidos **PROGRESSISTA (PP)**, **SOCIAL CRISTÃO (PSC)** e **SOLIDARIEDADE** deduziram pedido de interpretação dos arts. 312 e 319 do Código de Processo Penal (CPP)³ conforme a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88).

2. Defenderam que o Supremo Tribunal Federal assente que a imposição de medidas tipificadas nesses dispositivos a membros do Poder Legislativo sujeita-se, *mutatis mutandis*, ao disposto no §º 2 do art. 53 da Constituição da República:

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 (grifo nosso).

³ Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. A redação controvertida adveio da edição da Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011.



SENADO FEDERAL
Advocacia

3. Sobreveio o acórdão embargado, substanciado em sessão do Plenário do STF de 11 de outubro de 2017 e publicado em 7 de agosto de 2018, ementado nos seguintes termos:

CONSTITUCIONAL E PROCESSO PENAL. INAPLICABILIDADE DE PRISÃO PREVENTIVA PREVISTA NO ARTIGO 312 DO CPP AOS PARLAMENTARES FEDERAIS QUE, DESDE A EXPEDIÇÃO DO DIPLOMA, SOMENTE PODERÃO SER PRESOS EM FLAGRANTE DELITO POR CRIME INAFIANÇÁVEL. COMPETÊNCIA PLENA DO PODER JUDICIÁRIO PARA IMPOSIÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES PREVISTAS NO ARTIGO 319 DO CPP AOS PARLAMENTARES, TANTO EM SUBSTITUIÇÃO A PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO POR CRIME INAFIANÇÁVEL, QUANTO EM GRAVES E EXCEPCIONAIS CIRCUNSTÂNCIAS. INCIDÊNCIA DO §2º, DO ARTIGO 53 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL SEMPRE QUE AS MEDIDAS APLICADAS IMPOSSIBILITEM, DIRETA OU INDIRETAMENTE, O PLENO E REGULAR EXERCÍCIO DO MANDATO PARLAMENTAR. AÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE.

1. Na independência harmoniosa que rege o princípio da Separação de Poderes, as imunidades do Legislativo, assim como as garantias do Executivo, Judiciário e do Ministério Público, são previsões protetivas dos Poderes e Instituições de Estado contra influências, pressões, coações e ingerências internas e externas e devem ser asseguradas para o equilíbrio de um Governo Republicano e Democrático.

2. Desde a Constituição do Império até a presente Constituição de 5 de outubro de 1988, as imunidades não dizem respeito à figura do parlamentar, mas às funções por ele exercidas, no intuito de preservar o Poder Legislativo de eventuais excessos ou abusos por parte do Executivo ou Judiciário, consagrando-se como garantia de sua independência perante os outros poderes constitucionais e mantendo sua representação popular. Em matéria de garantias e imunidades, necessidade de interpretação separando o CONTINENTE (“Poderes de Estado”) e o CONTEÚDO (“eventuais membros que pratiquem ilícitos”), para fortalecimento das Instituições.

3. A imunidade formal prevista constitucionalmente somente permite a prisão de parlamentares em flagrante delito por crime inafiançável, sendo, portanto, incabível aos congressistas, desde a expedição do diploma, a aplicação de qualquer outra espécie de prisão cautelar, inclusive de prisão preventiva prevista no artigo 312 do Código de Processo Penal.



SENADO FEDERAL
Advocacia

4. O Poder Judiciário dispõe de competência para impor aos parlamentares, por autoridade própria, as medidas cautelares a que se refere o art. 319 do Código de Processo Penal, seja em substituição de prisão em flagrante delito por crime inafiançável, por constituírem medidas individuais e específicas menos gravosas; seja autonomamente, em circunstâncias de excepcional gravidade.
5. Os autos da prisão em flagrante delito por crime inafiançável ou a decisão judicial de imposição de medidas cautelares que impossibilitem, direta ou indiretamente, o pleno e regular exercício do mandato parlamentar e de suas funções legislativas, serão remetidos dentro de vinte e quatro horas a Casa respectiva, nos termos do §2º do artigo 53 da Constituição Federal, para que, pelo voto nominal e aberto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão ou a medida cautelar.
6. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente.
(SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5526**. Rel. Min. Edson Fachin; Rel. p/ Acórdão: Min. Alexandre De Moraes, Tribunal Pleno, jul. 11 out. 2017, DJe-159, 7 ago. 2018).

II

4. Sem embargo da elevada erudição e da invulgar sabedoria demonstrada nos insígnos votos que constituíram o julgamento estampado no Acórdão na presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, o Senado Federal compreende haver aspectos dignos de renovada consideração, seja porque alvos de aparente contradição, seja por omissão de questões constitucionais relevantes.

5. Nesse ponto, sublinha-se a compreensão deste órgão legislativo, segundo a qual, nas ações de controle abstrato de constitucionalidade, à luz de seu caráter bivalente ou bifronte, estampado no art. 24 da Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, o Supremo Tribunal Federal tem o



SENADO FEDERAL
Advocacia

dever de aferir a constitucionalidade da norma impugnada à luz de toda a ordem constitucional, donde a ideia de *causa petendi aberta* – como está consolidada a jurisprudência da Corte, e.g., por todos, a ADI 3.796/PR, relator Ministro Gilmar Mendes.

6. Desse modo, em vista da consequência de declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em controle abstrato, os embargos de declaração (art. 26 da Lei n. 9.868/99) podem veicular omissões de todo e qualquer gênero dentro do bloco de constitucionalidade, bem assim fatos ulteriores relevantes, a não se revelar aceitável eventual limitação do objeto do recurso àquilo que fora prequestionado pelos atores no processo objetivo.

7. É evidente: se a norma é dada, com efeitos *erga omnes*, por constitucional, mas o STF deixou de se pronunciar sobre um fundamento jurídico que tenha efetivo potencial de ensejar o reconhecimento da inconstitucionalidade, então os embargos se prestam a suscitar esse pronunciamento, ainda que o tema não estivesse contido à exordial ou nas diversas manifestações dos legitimados processuais.

8. Desde logo, informa-se que o capítulo impugnado da decisão é o que está estampado no item 4 da Ementa, que trata da suposta possibilidade de aplicação de medidas cautelares pelo Poder Judiciário, por autoridade própria, em face de parlamentares.

9. Fundado nessa compreensão, o Senado apresenta adiante suas razões.



SENADO FEDERAL
Advocacia

III

10. Inicialmente, importa suscitar contradição do resultado do julgamento – contradição técnica, interna ao julgado, tal qual costuma exigir a jurisprudência relativa aos embargos de declaração.

11. Tal contradição se dá entre o item 3 e o item 4 da ementa do julgado, vistos, ambos, à luz do disposto no art. 282, §4º, do Código de Processo Penal – e em decorrência direta do disposto no art. 53, §2º, da Constituição da República.

12. Com efeito, o item 3 da ementa manifesta ser “(...) incabível aos congressistas, desde a expedição do diploma, a aplicação de qualquer outra espécie de prisão cautelar, inclusive de prisão preventiva prevista no artigo 312 do Código de Processo Penal”.

13. O item 4, no entanto, afirma que “o Poder Judiciário dispõe de competência para impor aos parlamentares, por autoridade própria, as medidas cautelares a que se refere o art. 319 do Código de Processo Penal”.

14. Esse aspecto foi, inclusive, levantado no voto proferido pelo Eminentíssimo Ministro Marco Aurélio – mas sobre o ponto não houve efetivo debate ou apreciação por parte dos demais integrantes do colegiado.

15. Explica-se a contradição lógica:

16. 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



SENADO FEDERAL
Advocacia

(sucedâneo) a esta modalidade de prisão (como a prisão domiciliar substitutiva), ora perdem a eficácia se não estiverem ancoradas em seus requisitos (caso da prisão em flagrante), ora haurem a sua condição de possibilidade a partir de potencial aplicação (caso das demais medidas cautelares). As medidas cautelares, assim, orbitam a prisão preventiva.

17. As medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal constituem limitação da esfera de liberdade de um investigado ou acusado determinada pelo juiz competente. **A exequibilidade da medida cautelar é assegurada somente pela existência da sanção prevista expressamente no artigo 282, §4º, do Código de Processo Penal, consistente na conversão da medida cautelar em prisão preventiva.**

18. 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 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.

19. **Os parlamentares, contudo, não podem sofrer prisão preventiva, e isso por força de determinação constitucional expressa, como restou assentado no acórdão.**



SENADO FEDERAL
Advocacia

20. Veja-se como, tal como está delineada, a decisão do Supremo Tribunal Federal põe em maus lençóis a autoridade das decisões do Poder Judiciário.

21. Pois: se um hipotético parlamentar, alvo de medida cautelar, não cumprisse com seu dever de cidadão e decidisse ignorá-la, qual instrumento disporia a magistratura para dar-lhe eficácia? Nenhum.

22. O juiz competente está proibido de decretar a prisão preventiva, e isso por força de regra constitucional expressa – art. 53, §2º. Do mesmo modo, evidente que eventual desobediência não é crime inafiançável e, portanto, não ensejaria prisão em flagrante.

23. A partir desse exercício hipotético, vê-se claramente como a medida cautelar diversa da prisão revela-se, assim, como acessório, ao qual se estende a proibição quanto à medida principal. Conforme o comezinho brocardo, *accessorium sequitur principale*.

24. 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 poderia o direito retirar com uma mão aquilo que deu com a outra.

25. 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. Em reforço, note-se que o disposto no §6º do artigo 282 do Código de Processo Penal estabelece que “a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)”.



SENADO FEDERAL
Advocacia

26. Ora, só se substitui aquilo sobre o que se tem poder. **Se a própria preventiva está fora do alcance do Poder Judiciário, no caso dos membros do Congresso Nacional, é evidente que descabe falar em sua substituição por medida cautelar.**

27. A apreciação de tal ponto se mostra relevante pois demonstra a incompatibilidade da aplicação das medidas cautelares penais contra os parlamentares com o ordenamento jurídico vigente.

28. Desse modo, a melhor interpretação da imunidade parlamentar contra a prisão, em leitura legal e em vista da unidade lógica da matéria, é a de que aos parlamentares não se pode aplicar medida cautelar pessoal penal, ressalvada a hipótese constitucional da prisão em flagrante, porque: i) impossível a substituição da prisão preventiva por tais medidas (art. 282, §6º); ii) não permitida ulterior conversão das cautelares, em caso de descumprimento, em prisão preventiva (art. 282, §4º).

29. Essa a razão pela qual se postula que esse douto colegiado, ao sanar a contradição aludida, reconheça a impossibilidade de aplicação de medidas cautelares pessoais de natureza penal aos parlamentares, por força do disposto no art. 53, §2º, da Constituição, ressalvada a única hipótese de substituição de prisão em flagrante validamente efetuada.

IV



SENADO FEDERAL
Advocacia

30. Em sequência, opõem-se os presentes embargos ao quanto decidido no acórdão em relação à própria incidência do art. 319, inc. VI, do Código de Processo Penal, aos parlamentares.

31. Esse aspecto – que configura omissão relevante em vista dos princípios constitucionais do devido processo legal, da legalidade penal estrita, da anterioridade penal e da taxatividade – chegou a ser suscitado lateralmente nos votos dos Eminentíssimos Ministros Marco Aurélio e Gilmar Mendes, mas – uma vez mais – não foi alvo de debate e deliberação do colegiado, configurando-se a omissão para os fins do conhecimento recursal.

32. Preliminarmente, recorde-se um dado de fato que serve de pressuposto jurídico: o Supremo Tribunal Federal rejeitou o argumento que pretendia validar a substituição da prisão temporária pela condução coercitiva, no âmbito das ADPFs n. 395 e 444. Com isso, delineou-se uma tendência jurisprudencial em aderir à melhor doutrina processual penal, que defende a taxatividade das medidas cautelares, a rejeitar a ideia do poder geral de cautela penal, em homenagem ao devido processo legal e ao princípio da legalidade estrita penal.

33. Dado o pressuposto, resta claro que as medidas do art. 319, em especial a do inc. VI, não têm incidência ao mandato, porque a legislação processual penal não confunde os conceitos de função pública (gênero) com mandato (espécie). Com efeito, sempre que quer se referir ao mandato, a lei penal assim o faz de forma específica – veja-se, nesse sentido, o disposto nos arts. 92, inc. I e 47, inc. I, do Código Penal).



SENADO FEDERAL
Advocacia

34. Ademais, as normas processuais penais que dizem respeito à intervenção do estado no *status libertatis* do cidadão devem ser interpretadas estritamente. Daí que não se pode, à luz da interpretação sistemática que demonstra a distinção de tratamento legal de função e mandato, elastecer o conceito do art. 319 para fazer nele incidir o afastamento de mandato parlamentar.

35. Dessa maneira, conjugando-se a taxatividade das medidas cautelares penais (decorrente das cláusulas constitucionais da legalidade penal estrita – *lex scripta, praevia, certa, stricta* – e do devido processo legal) com a interpretação estrita do art. 319, §6º, do CPP, vê-se que não há sequer previsão legal para afastamento de mandato no direito penal brasileiro.

36. A mesma *ratio* se afirma em **controle de convencionalidade**, já que a Corte Interamericana de Direitos Humanos afirmou, à luz da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), a submissão de medidas cautelares penais à legalidade penal estrita.

37. Veja-se:

196. La Convención establece en su artículo 7.1 que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Asimismo, la Convención establece en el artículo 7.2 la posibilidad de restringir el derecho a la libertad personal por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas o por las leyes dictadas conforme a ellas (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma (aspecto formal).

197. 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



SENADO FEDERAL
Advocacia

limitadas por el derecho a la presunción de inocencia y los principios de **legalidad**, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática.
(CIDH. Caso Palamara Iribarne v. Chile, Sentença de 22/11/2005.
Disponível em:
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf)

38. Portanto, pede-se que essa Egrégia Corte Suprema resolva sobre a aludida omissão, reconhecendo a inconstitucionalidade e a contrariedade à CADH, de interpretação que possibilite a aplicação de medida cautelar de afastamento de mandato, à míngua de previsão legal específica, em vista da taxatividade das medidas cautelares penais (consectário do princípio da legalidade estrita e do devido processo legal).

39. Tal conclusão também decorre dos diversos fundamentos colacionados no voto condutor do acórdão embargado, daí porque a conclusão do julgado se mostra contraditória com a fundamentação apresentada.

40. Destaca-se que a Constituição Federal elenca exhaustivamente as hipóteses de limitação do mandato parlamentar, impedindo a prisão cautelar e, conseqüentemente o afastamento cautelar, justamente para assegurar o seu efetivo exercício pelo representante eleito pelo povo, daí porque admite até mesmo a sustação da ação penal (art. 53, § 3º, da CF), o que não representa impunidade, já que susta também a prescrição enquanto durar o mandato.

41. As prerrogativas parlamentares são destinadas a assegurar o pleno exercício do mandato de forma livre e independente de pressões,



SENADO FEDERAL
Advocacia

daí porque a conclusão quanto ao cabimento das cautelares penais contra os parlamentares limita tal garantia constitucional e, assim, a democracia, transferindo à respectiva Casa a pressão que as prerrogativas visam justamente evitar, notadamente de forma contrária ao ordenamento jurídico, em atenção aos princípios da máxima efetividade das normas constitucionais e sua interpretação sistemática e teleológica, especialmente pela impossibilidade de relativização das prerrogativas parlamentares, por serem cláusulas pétreas necessárias à garantia do Estado Democrático de Direito e à separação dos poderes (art. 60, § 4º, III).

V

42. Outra questão que sobressai do resultado do julgamento, e que configura contradição e omissão tecnicamente impugnáveis por embargos de declaração, diz respeito à superveniente flexibilização do foro por prerrogativa de função – que constituiu razão fundante das razões no voto do eminente Relator originário, Ministro Edson Fachin, e daqueles que o acompanharam para validar a aplicação de medidas cautelares aos membros do Congresso Nacional, e que foram vencedores neste capítulo do julgado.

43. É que o voto do Ministro Relator invoca o precedente da Ação Cautelar n. 4.070, de Relatoria do Ministro Teori Zavascki, para fundamentar a aplicabilidade de medidas cautelares, inclusive daquela de afastamento de mandato, aos parlamentares.



SENADO FEDERAL
Advocacia

44. Veja-se trecho da decisão monocrática referendada na ocasião à unanimidade pelo Plenário do STF, que veio a integrar o respectivo acórdão e a decisão ora embargada:

(...) ora dessas hipóteses, as investigações e processos criminais deflagrados contra parlamentares deverão de transcorrer ordinariamente, sem qualquer interferência do Poder Legislativo, inclusive quanto à execução das demais medidas cautelares previstas no ordenamento, que ficam à disposição da jurisdição, podendo ser acionadas a tempo e a modo, isto é, quando forem necessárias e adequadas. Não há, nesse aspecto, qualquer fragilização da independência para o exercício do mandato. **Afinal, a plenitude das prerrogativas de representação popular são garantidas, no ponto, pela prerrogativa de foro, que atribuem necessariamente a um colegiado de magistrados a competência pela direção dos procedimentos de persecução penal eventualmente instaurados contra parlamentares.** (...). (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Referendo na Ação Cautelar nº 4070. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, jul. 5 mai. 2016, DJE-225, 21 out. 2016; o excerto foi reproduzido no acórdão embargado, à p. 18).

45. Vale dizer: a prerrogativa de foro constituía pressuposto e fundamento de assecuração, segundo o acórdão, das prerrogativas da representação no caso de deliberação judicial sobre a aplicação de medidas cautelares pessoais penais a parlamentar.

46. Ora, se o que “garantia a plenitude das prerrogativas da representação popular” diante da permeabilidade do mandato parlamentar por meio de tutelas cautelares era justamente a reserva constitucional de jurisdição do Supremo Tribunal Federal, então, com o advento do acórdão na AP 937-QO, a dismantlar o então vigente regime jurídico de foro por prerrogativa de função, tal garantia foi definitivamente solapada.



SENADO FEDERAL
Advocacia

47. Sendo esse um pilar da validade da aplicação de medidas cautelares aos parlamentares, a sua relativização por ato do Poder Judiciário, que reconheceu ocorrência de mutação constitucional na hipótese e, portanto, mudou a interpretação constitucional tradicionalmente estabelecida acerca do foro por prerrogativa funcional, importa em inequívoca perda do fundamento que dava sustentação, em concreto, à aplicação das medida cautelares penais aos parlamentares – nos exatos termos que estavam dados pelo voto prevalecente, neste capítulo, do acórdão embargado!

48. Eis, portanto, mais uma razão para, reconhecendo-se a relevância do entendimento superveniente do STF acerca da prerrogativa de foro, reconhecer-se a impossibilidade de aplicação de medidas cautelares penais aos detentores de mandato parlamentar – já que agora destituídas da garantia de julgamento pelo órgão colegiado maduro e constitucionalmente vocacionado à prudência do Supremo Tribunal Federal (exigência própria do acórdão embargado) – o que se requer a título principal.

49. Em caráter sucessivo subsidiário, pede-se que o Plenário do STF revise o objeto da ação nesse quadro de instabilidade provocado com a relativização do foro por prerrogativa de função e assente que apenas o Guardião da Constituição tem competência para emitir juízo acerca do quadro de “franca excepcionalidade”, que é estado de exceção constitucional, e deferir em processo penal quaisquer medidas que interfiram com a representação democrática, isto é, como o livre exercício do Mandato Parlamentar.



SENADO FEDERAL
Advocacia

50. Tem-se que a atuação das instâncias ordinárias na espécie poderá ser restrita à hipótese de substituição de prisão em flagrante já resolvida e mantida pela respectiva Casa Legislativa por eventual medida cautelar que melhor atenda à regra da liberdade e do estado de inocência.

VI

51. Embora a questão apareça de forma esparsa em alguns votos que substanciam o acórdão embargado, não restou esclarecido o exato sentido do requisito da *franca excepcionalidade* autorizadora de medidas cautelares em detrimento do Mandato Parlamentar e da representação democrática que nele se desvela.

52. Com isso, temos uma norma em branco a tornar indefinidamente expansível o poder geral de cautelar judicial (como visto, uma ideia incompatível com a estrita legalidade penal e com o devido processo legal) em detrimento do mandato parlamentar (representação democrática).

53. Da leitura bem atenta do já referido voto do Ministro Teori Zavascki no precedente da AC 4.070, porém, depreende-se o que seja o requisito da “franca excepcionalidade”, conceito que chegou a ser tangenciado no curso do julgamento desta ADI 5526.

54. Assim como no aresto referido, tem-se que, mesmo na jurisprudência menos ortodoxa do STF, sempre se exigiu para o deferimento de cautelares que mitiguem o mandato parlamentar e a



SENADO FEDERAL
Advocacia

representação democrática de que é veículo a demonstração inequívoca de disfuncionalidade institucional.

55. Sabe-se que a maior parte dos mecanismos de freios e contrapesos em que se assentam uma República Constitucional se confinam no interior de cada órgão independente da soberania (Legislativo, Executivo, Judiciário).

56. Nesse diapasão, qualquer interferência direta de um Poder sobre o outro já é potencialmente ensejadora de crise, que só se admite, dentro dos lindes constitucionais e institucionais, para tutela da ordem republicana estabelecida.

57. Apenas quando demonstrado cabalmente que os controles institucionais internos são flagrantemente insuficientes para o livre funcionamento do Poder Legislativo é que se poderia admitir a restrição do Mandato Parlamentar em subversão das regras do *due process of Law* que postergam, como regra e garantia republicanas, as restrições à liberdade para o desfecho absoluto da jurisdição: o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

58. A propósito da questão, assim se manifestou o Ministro Gilmar Mendes em seu voto no julgamento desta ADI 5526:

(...) Entretanto, em decisões recentes, o Tribunal evoluiu para aplicar medidas que suspendem o exercício do mandato. Na primeira, a medida foi requerida contra o Presidente da Câmara dos Deputados, acusado de valer-se do cargo para praticar manobras ilícitas para impedir apurações por quebra de ética e decoro e processos criminais em seu desfavor. Concluiu-se pela aplicação da medida cautelar de afastamento do mandato parlamentar, mas ressaltou-se a “franca excepcionalidade” da



SENADO FEDERAL
Advocacia

medida. Foram invocados, como fundamento, “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”. Dentre outras manobras, o parlamentar teria impedido o funcionamento das sessões do Conselho de Ética, que avaliava sua conduta, abrindo sessões plenárias simultâneas (AC 4.070, rel. Min. Teori Zavascki, julgada em 5.5.2016).

(...) Em síntese, incluídas a prisão preventiva e as medidas cautelares diversas da prisão, há três casos em que o STF adotou medidas cautelares processuais impedindo o exercício do mandato: o Caso de Rondônia, o Caso Eduardo Cunha e o Caso Aécio Neves e Rocha Loures.

Os dois primeiros estão marcados por grave disfuncionalidade na Casa parlamentar respectiva. No Caso de Rondônia, apenas um dos membros da Casa não estaria envolvido no esquema ilícito. No Caso Eduardo Cunha, a função de Presidente e o prestígio no parlamento estariam sendo empregados de forma direta como meio para impedir as investigações. Em ambos, a decisão foi extensamente fundamentada, com anotações sobre a absoluta excepcionalidade da situação.

No Caso Aécio Neves e Rocha Loures, não houve, na decisão unipessoal do Min. Edson Fachin, preocupação em demonstrar disfuncionalidade do parlamento (...) (pp. 171-172).

59. Do próprio acórdão embargado, se suficiente e adequadamente integrado por meio destes embargos, pode-se delinear o correto regime de imunidade parlamentar sob a jurisdição criminal cautelar.

60. Sabe-se que a cláusula fundamental do *due process of Law* e do estado de inocência implicam, entre outras garantias, que 1) “ninguém será considerado culpado antes trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (CRFB/88, art. 5º, LVII); 2) só se admite a prisão processual, dados os marcos legais próprios (tais como a gravidade em tese do delito), se presente o *fumus comissi delicti* e por outra forma não for possível se



SENADO FEDERAL
Advocacia

assegurarem a ordem pública ou o resultado útil do processo (*vide, e.g.*, CRFB/88, art. 5º, LXI).

61. Considerem-se, então, as seguintes premissas:

- a. os provimentos da justiça criminal, ainda de caráter cautelar, incidem sob a liberdade do jurisdicionado;
- b. a liberdade em sua extensão máxima é inerente ao mandato parlamentar, que está na interface do Estado representar e concretizar as liberdades públicas especialmente contra o Leão, de João Locke, os órgãos estatais propriamente ditos, sem pontes de representação eleitoral com o soberano popular, em especial os órgãos que performam a jurisdição;
- c. um cidadão de liberdade tolhida ou tolhível não tem idoneidade para representar o regime constitucional de liberdades públicas em órgãos parlamentares;
- d. o conceito de liberdade que informa a imunidade parlamentar em questão não corresponde toscamente à liberdade física *tout court*, mas à liberdade pública que transcende a todas as dimensões da personalidade tuteláveis pelo Direito Penal;
- e. as garantias inerentes ao mandato parlamentar não são privilégios de órgãos estatais, mas elementos da representação democrática das liberdades públicas



SENADO FEDERAL
Advocacia

inclusive contra aqueles privilégios, de forma que devem ser interpretadas, a bem das liberdades públicas, de forma ampla, a conferir máxima efetividade ao direito fundamental à representação democrática, e não de forma restritiva, como tem ocorrido ao longo do século em assaltos de autoritarismo, especialmente do *branch* Executivo da soberania;

f. o requisito da *excepcionalidade grave* deduzido pelo STF do art. §º 2 do art. 53 da CRFB/88 no julgamento da AP 937 QO eleva ao grau máximo o *periculum in mora* a se exigir a restrição do mandato parlamentar por meio de cautelar, porque pressupõe a defesa da Constituição em estado de exceção institucional (tese da disfuncionalidade);

g. na dicção do art. 102, caput, da CRFB/88, o STF é o guardião da Constituição e único órgão legitimado para emitir juízo sobre disfuncionalidade do Poder Legislativo a legitimar a mitigação do mandato parlamentar, já que tal medida não se volta concretamente apenas contra a pessoa do titular de mandato político, mas especialmente contra a Casa Legislativa a que pertence – a atrair também por este fundamento, e por configurar **hipótese extraconstitucional de intervenção judiciária** em outro Poder da República, a exclusividade da jurisdição do Supremo Tribunal Federal.



SENADO FEDERAL
Advocacia

62. Nesse contexto, é de se assentar no julgamento destes embargos que, se eventualmente mantida a autorização para imposição de medidas cautelares aos parlamentares – o que se entende juridicamente equivocado, ao lume das razões anteriormente expostas – essas cautelares, porque implicam sempre restrição ao livre funcionamento do Poder Legislativo e, por consequência, limitação à representação democrática que lhe é inerente, **1)** sujeitam-se à reserva de jurisdição do Plenário do STF; **2)** exigem a confluência de reforçados **a)** *periculum in mora* (conjuntura de franca excepcionalidade) e **b)** *fumus commissi delicti* (circunstâncias autorizadoras da prisão em flagrante).

VII

63. Diante de tudo quanto exposto, o Senado Federal pede o conhecimento e provimento dos presentes embargos de declaração, para reconhecer:

- a. contradição, ao abrigo do art. 282, §4º, do CPP, e do art. 53, §2º, da Constituição da República, entre os itens 3 e 4 da ementa do Acórdão, notadamente porque a ausência de meios de coercibilidade torna logicamente impossível a imposição de medida cautelar a membro do Congresso Nacional.
- b. omissão quanto à ausência de autorizações constitucional e legal, próprias e específicas, para imposição de cautelar de afastamento de mandato, em



SENADO FEDERAL
Advocacia

vista do princípio constitucional do devido processo legal e da legalidade estrita penal, que impõem o reconhecimento da **taxatividade das medidas cautelares** pessoais penais, e ainda da jurisprudência da Corte Interamericana dos Direitos Humanos, que reconhece a mesma taxatividade e legalidade estrita sob a proteção da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

c. Reconhecimento de contradição decorrente da superveniência do julgamento de Questão de Ordem na AP 937, porque o foro por prerrogativa de função é reconhecido no acórdão embargado como pressuposto da aplicabilidade das medidas cautelares, em face de sua função assecuratória das prerrogativas dos membros do Congresso Nacional. Ora, com a restrição dessa garantia, o fundamento perdeu sua validade – e, por consequência, já não será possível sustentar a imposição das cautelares.

d. Sucessivamente, em caráter subsidiário aos demais pedidos, requer-se o saneamento de obscuridade do julgado para que se reconheça que a imposição de cautelares penais aos membros do Congresso Nacional, mesmo depois do novel entendimento sobre o foro por prerrogativa de função, continua sujeita à reserva de jurisdição própria do Supremo Tribunal Federal e somente pode ter lugar em situação de grave disfuncionalidade



SENADO FEDERAL
Advocacia

institucional da Casa Legislativa a que pertence o parlamentar investigado ou acusado.

64. Nestes termos, pede deferimento.

Em 14 de agosto de 2018.

HUGO SOUTO KALIL
Advogado do Senado Federal
OAB/DF 29.179

EDVALDO FERNANDES DA SILVA
Advogado do Senado Federal
OAB/DF 19.233 | OAB/MG 94.500

FERNANDO CESAR CUNHA
Advogado-Geral do Senado Federal
OAB/DF 31.546