

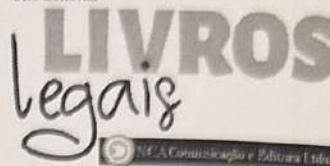
ADVERTÊNCIA: É totalmente proibida a comercialização e a reprodução parcial ou total desta obra, sem a devida autorização.



NCA COMUNICAÇÃO E EDITORA LTDA.

CNPJ: 13.226.606/0001-91


Selo Editorial



CONHEÇA NOSSA EDITORA EM: www.livroslegais.com.br

EDITORA: Maria Isabel Maranhão Ritzmann (Bebel Ritzmann)

PROJETO GRÁFICO E EDIÇÃO: Roberto Costa Guiraud – Designer

DIAGRAMAÇÃO:  **EDIÇÃO POR DEMANDA** Equipe Edição por Demanda

Produtora de Livros

REVISÃO: André Braga

CAPA: CRIAÇÃO: Roberto Costa Guiraud – Designer

Catálogo da Publicação na Fonte Bibliotecária: Rosilaine Ap. Pereira CRB-9/1448

R454 Revista da Academia Paranaense de Letras Jurídicas / Academia Paranaense de Letras Jurídicas; coordenado por Eduardo de Oliveira Leite; organizado por Angela dos Prazeres; n.5- Curitiba: APLJ, 2020.

504 p.

Periodicidade: anual

ISSN: 1678-0272 – (Versão impressa)

n.1 (2001)

1. Direito - Periódicos. 2. Artigos jurídicos. I. Academia Paranaense de Letras Jurídicas.
II. Oliveira Leite, Eduardo de. III. Prazeres, Angela dos.

CDDIR: 340.05

Índice para catálogo sistemático:

1. Direito 340

2. Direito – Periódicos 340.05

IMPRESSO NO BRASIL

PROCESSO DIGITAL

A realização desta edição deu-se em Curitiba-PR, em agosto de 2020.

COORDENADOR:

Eduardo de Oliveira Leite

ORGANIZADORA:

Angela dos Prazeres

número 5

REVISTA

da Academia Paranaense de Letras Jurídicas

COLABORADORES:

Alfredo de Assis Gonçalves Neto

Angela dos Prazeres

Carlos Eduardo Manfredini Hapner

Carlyle Popp

Christine Peter da Silva

Clayton Maranhão

Clayton Reis

Eduardo de Oliveira Leite

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

Jorge de Oliveira Vargas

José Roberto de Castro Neves

Luiz Antonio Câmara

Luiz Edson Fachin

Luiz Fernando Coelho

Manoel Antonio Teixeira Filho

René Ariel Dotti

Romeu Felipe Bacellar Filho

Teresa Arruda Alvim

NOTAS SOBRE AS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS E A IMPOSIÇÃO DE SUSPENSÃO DO EXERCÍCIO DE FUNÇÃO PÚBLICA A DEPUTADOS E SENADORES

Luiz Antonio Câmara³⁴⁴

Sumário: 1. Introdução. 2. Imunidades parlamentares, detenção em flagrante e prisão preventiva. 2.1. Detenção em flagrante. 2.2. Prisão preventiva. 3. Imunidade processual e prisão de parlamentares. 3.1. Prisão cautelar de parlamentares no Direito brasileiro. 3.2. Medidas cautelares diversas da prisão – possibilidade de imposição a senador ou deputado pelo Poder Judiciário? 3.3. Suspensão do exercício de função pública. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

As medidas restritivas da liberdade anteriores ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória constituíram, desde sempre, tema marcado por extrema complexidade. As dificuldades inerentes a ele se amplificam na atualidade, marcadamente em países nos quais, como no Brasil, há exagero na imposição de prisões provisórias.

344 Doutor em Direito Penal e Mestre em Direito Processual Penal pela UFPR. Advogado criminal. Ex-professor da PUCPR e do UNICURITIBA.

O alto número de presos provisórios se mostra talvez como uma das faces mais expostas de um problema a princípio insuperável. Entretanto, elas são muitas, passando pela reforma pontual do Código de Processo Penal, em 2011, que importou na criação de medidas alternativas à prisão preventiva e sua não incomum desconexão com o texto constitucional.

Recentemente ganhou corpo discussão atinente à imposição de medidas cautelares restritivas da liberdade pessoal a parlamentares, tendo como contraponto a imunidade *processual* a eles outorgada pela Constituição.

O assunto indicado no parágrafo anterior constitui objeto de exame no presente artigo. Aqui, após um traçado panorâmico sobre as medidas cautelares pessoais (prisões *em flagrante* e *preventiva*), chamadas comumente de *prisões provisórias*, se analisará a medida contemplada no art. 319, VI, CPP, numa de suas modalidades (*a suspensão do exercício de função pública*).

Assinalando que membros do parlamento somente podem ser presos em flagrante (CF, art. 53, § 2º), exclui-se do estudo a análise da prisão temporária que claramente não tem cabimento em relação a eles.

Chama a atenção e reclama exame o fato de que, na *praxis*, as prisões em flagrante de parlamentares são impostas por decisões escritas e fundamentadas do Judiciário, o que as aproxima da preventiva. Ou, mesmo, importa em conversão de medida *subcautelar* em medida *cautelar típica*.

Em relação à *suspensão do exercício da função pública*, será examinada a imposição dela por cortes colegiadas a detentores da garantia de competência por prerrogativa de função.

A medida por último indicada será confrontada com a principiologia constitucional especialmente para se detectar sua compatibilidade com o princípio da *presunção de inocência* (CF, art. 5º, LVII).

Serão objeto de destaque casos recentes em que cautelas pessoais foram impostas a parlamentares federais pelo Supremo Tribunal Federal em Ações Cautelares. Em tal momento merecerá especial enfoque a necessidade de convalidação das medidas pela casa parlamentar à qual pertence o investigado ou acusado.

2. IMUNIDADES PARLAMENTARES, DETENÇÃO EM FLAGRANTE E PRISÃO PREVENTIVA

A previsão legal contida no § 2º do art. 53, da Constituição,³⁴⁵ que parece retirar do Poder Judiciário a função de analisar a prisão, relaxá-la ou substituí-la, se funda no fato de que “a atividade parlamentar é cercada de garantias que objetivam assegurar a independência durante o exercício das funções, de modo a evitar perseguições políticas aos detentores dos nobres cargos de deputado federal e de senador da república”.³⁴⁶ Assim, para preservar a independência jurídica e material dos parlamentares a Constituição previu que eles se beneficiam de garantias protetivas (*imunidades parlamentares*).³⁴⁷

345 Sua redação é a seguinte: “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”.

346 BARBAGALO, Fernando Brandini. **Prisão de Deputado Federal e Senador: Uma Breve Análise Constitucional**. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2013/prisao-de-deputado-federal-e-de-senador-uma-breve-analise-constitucional-juiz-fernando-barbagalo>>. Acesso em: 15/11/2019.

347 ARKWRIGHT, Edward, BARON, Frank – DELAMARRE e LAZERGES, Romarik. **Les Institutions de la France. Quelles sont les garanties accordées aux parlementaires?** Disponível em: <<https://www.vie-publique.fr/fiches/19513-les-garanties-accordees-aux-parlementaires>>. Acesso em 14/11/2019.

Portanto, se as cautelas pessoais são excepcionais em relação a qualquer suspeito, investigado ou acusado, o cuidado para imposição delas se amplia significativamente quando se encontra em jogo o direito à liberdade física de parlamentar. Como lembra TORNAGHI,³⁴⁸ tratando da competência por prerrogativa de função, não se trata aqui de privilégio e, sim, de garantia deferida a exercentes de funções ou ocupantes dos mais altos cargos da República. Tal autor afirma que “a lei não tem preferências nem predileções. Leva em conta a dignidade da função, a altitude do cargo, a eminência da posição”.

Recorde-se, nesse momento, que a medida cautelar pessoal que priva indefinidamente a liberdade física do acusado é a *prisão preventiva*. As detenções *em flagrante* e *temporária* são medidas cautelares que limitam temporaneamente a liberdade, reclamando rápido afastamento ou substituição. As prisões *decorrentes de pronúncia* e de *sentença penal condenatória* são subespécies da primeira.³⁴⁹ Logo, são também prisões preventivas.

Na sequência do trabalho serão examinados os perfis estruturais das principais espécies de medidas prisionais e eventual imposição delas a parlamentares, realçando-se que, por imposição do art. 53, § 2º, CF, já citado, somente a detenção *em flagrante* pode ser imposta.

No presente momento é importante esclarecer que, enquanto a *prisão preventiva* é medida cautelar típica, intentando garantir a produção probatória e a futura execução de pena privativa de liberdade, as *detenções temporária* e *flagrante* são

348 TORNAGHI, Helio. **Instituições de Processo Penal**. São Paulo, Saraiva, 1977, vol. 2, p. 170.

349 A propósito, v. CÂMARA, Luiz A. **Medidas Cautelares Pessoais – Prisão e Liberdade Provisória**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 163 e ss.

medidas *subcautelares*.³⁵⁰

As *subcautelares* têm finalidades cautelares *temporâneas* e são substituídas ou afastadas com grande rapidez no caso de *flagrância* (24 horas) ou em prazo mais extenso para a *temporária* (que, em regra, tem o prazo máximo de 10 longos dias ou, alternativamente, de absurdos 60 dias quando for imposta diante de crime hediondo).³⁵¹ Esta, contudo e como dito, não será objeto de análise no presente estudo.

2.1. Detenção em flagrante

De partida, sublinhe-se que, com o fito de marcá-la como medida *subcautelar* a restrição de liberdade decorrente de flagrante é aqui chamada *detenção*, sendo afastada das situações de prisão.³⁵²

O art. 302 do estatuto processual penal contempla as circunstâncias em que pode se dar a prisão em flagrante.³⁵³ Tais

350 A propósito, no Brasil, CÂMARA. 2011, p. 198 e ss. Tal terminologia, utilizada na Itália por FRANCO CORDERO para qualificar a subespécie de cautela pessoal se distingue da opção de outros autores (por exemplo DALIA) que utilizam a expressão *pré-cautelar*. Há maior exatidão nos termos utilizados por CORDERO, que melhor exprimem a situação fática: o preso em flagrante encontra-se sob medida provisória que não tem propriamente caráter cautelar e que poderá não vir a tê-lo. Somente se justificaria o flagrante como medida *pré-cautelar* se houvesse certeza que se seguiria a decretação de medida cautelar. Contudo, é certo que a prisão em flagrante seja dotada de certa cautelaridade, caracterizada por marcante interinidade e relacionada à colheita da prova no momento da prática infracional.

351 A propósito, SCHIETTI CRUZ, Rogério. **Sessenta dias de prisão temporária. É razoável?** In: Revista dos Tribunais, vol. 718/352-358.

352 A propósito, fazendo tal diferenciação, CÂMARA, Luiz A. e KNOPFHOLZ, Alexandre. **Algumas Notas Sobre a Detenção em Flagrante e Crimes Econômicos**. In: CÂMARA, Luiz A., Crimes Empresariais, Não Autoincriminação, Cautelas Pessoais e Sigilo Processual. Curitiba: Juruá, 2012, p. 227-250.

353 Na forma seguinte: “Considera-se em flagrante delito quem: I - Está cometendo a infração penal; II - acaba de cometê-la; III - é perseguido, logo após,

situações, por assim dizer, *tipicizam* os casos em que tal espécie de detenção é imposta.

Na análise do auto de flagrante pelo julgador o art. 310 do mesmo Código, na redação da Lei 6.416/77, após impor no *caput* liberdade provisória desonerada ao detido que agiu amparado por excludente de ilicitude, determinava a imposição do mesmo *favor legis* ao preso em flagrante, quando não presentes os autorizativos da prisão preventiva.

Reformado o Código de Processo Penal no início da presente década, tal procedimento foi mantido na Lei 12.403/11 no inciso III do art. 310 e no art. 321 com afastamento da figura da liberdade provisória.

Portanto, hoje é inegável que a prisão em flagrante somente se converte em medida cautelar se as circunstâncias demonstram a presença de pressupostos probatórios e cautelares da prisão preventiva.³⁵⁴ Assim, quando se “mantém” tal espécie de prisão não é mais flagrante, dando-se a sua “manutenção” por conta da cautelaridade plena que antes não detinha.³⁵⁵ Na verdade, quando se impõem medidas restritivas da liberdade não há “manutenção” de tal espécie detentiva. Há *conversão* para prisão preventiva ou, antes, para medida cautelar alternativa a esta.

pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser o autor da infração; IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser o autor da infração”.

354 No regime anterior - da Lei 6.416/77 - em sentido contrário, GRECO FILHO, para quem a pedra de toque da questão seria a *validade* da prisão em flagrante: “Assim, se a prisão em flagrante é válida, não se decreta sobre ela a preventiva”. (**Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 233). Na edição de 2010 o autor manteve o ponto de vista, na p. 252.

355 GOMES FILHO afirma que “a manutenção da custódia decorrente do flagrante somente tem lugar quando positivada a existência do *periculum in mora* que autoriza a decretação da prisão preventiva”. (**Presunção de Inocência e Prisão Cautelar**, São Paulo: Saraiva, 1991, p. 64).

Como se verá adiante esse é um problema visível nas recentes imposições de cautela (especialmente prisões) a senadores ou deputados decorrentes de decisões escritas e fundamentadas.

A detenção em flagrante é, portanto, medida *subcautelar*, ou seja, não tem cautelaridade plena e sua regência está contemplada no art. 301 e seguintes do Código de Processo Penal. A doutrina nacional menos recente, quase à unanimidade, afirmava-a *cautelar*.³⁵⁶ Tal natureza lhe é estranha porque não se admite cautela *automática*, decorrente exclusivamente do ato detentivo.

A reforma pontual do Código de Processo Penal em 2011 e a implantação da audiência de custódia (CNJ Resolução 213/2015), atentas à inexistência de cautelaridade plena da prisão em flagrante, impõem a realização de ato anterior à eventual abertura do processo. Nele, ouvidos o Ministério Público e a defesa do preso, entendendo o julgador que o flagrante é material e formalmente válido, pode convertê-lo em medida cautelar, tendo como máximo e último referencial, a prisão preventiva. Não estando presentes fins cautelares que devam ser satisfeitos pode, inclusive, ser concedida liberdade *plena*.

Quanto a quem pode impô-la, a prisão em flagrante encontra, em conforme a maioria doutrinária, dois sujeitos: qualquer pessoa (“qualquer do povo”) no flagrante *facultativo* e as autoridades policiais no flagrante *obrigatório*.³⁵⁷ Entretanto, parece mais adequado o reconhecimento, da presença de *três* sujeitos: *a*) daquele que realiza inicialmente a detenção, que pode ser qualquer pessoa ou, mais comumente, agentes estatais; *b*) da autoridade

356 A propósito, porém com a ressalva de que defende ponto de vista no sentido de que somente se aperfeiçoa a prisão quando recebe chancela judicial, JARDIM, Afrânio S. **Visão Sistemática da Prisão Provisória no Código de Processo Penal**. In: *Justitia*, vol. 132, p. 114.

357 CPP, art. 301: “Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”.

policial que emite juízo sobre existência de situação de flagrância e c) da autoridade judicial que, analisando a situação de flagrância e a formalização da detenção, a manterá ou relaxará.³⁵⁸

Em relação a parlamentares federais, detentores da prerrogativa de função que somente podem ser presos em *flagrante e*, ainda assim, caso o crime for *inafiançável*, há, quase que invariavelmente, confusão entre os três atores e a consolidação da atuação de todos num só. As prisões e medidas alternativas a ela, impostas recentemente, decorreram de uma só fonte, mediante provocação do Ministério Público: foi a autoridade jurisdicional a detectar a situação de flagrância, firmar a convicção da existência de crime flagrante e, em decisão escrita e fundamentada, *impor* a medida.

Não há como negar que em tais situações a decisão impositiva da detenção reconheceu que a medida imposta não era simplesmente *pré-cautelar*. Tanto isso é verdade que em decisões da jurisprudência brasileira com imposição de prisões a ocupantes de cargos públicos detentores de prerrogativa de função há longos excertos relacionados aos pressupostos da preventiva.³⁵⁹

Quanto às *situações de flagrância*, aqui tratadas como *tipos* autorizativos da realização da detenção, o art. 302, CPP³⁶⁰ nos seus incisos lhe oferece molde normativo. Nele se contemplam as

358 A propósito, LOPES JÚNIOR, Aury. **Crimes hediondos e a prisão em flagrante como medida pré-cautelar: uma leitura garantista**. In: BONATO, Gilson (org.). *Garantias constitucionais e processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

359 A propósito, na decisão liminar proferida na AC 4039, com determinação de prisão de senador; o relator, a partir de fls. 15 tece longas considerações acerca dos pressupostos probatórios e cautelares de tal medida.

360 É a seguinte a redação do art. 302, CPP: “Considera-se em flagrante delito quem: I - está cometendo a infração penal; II - acaba de cometê-la; III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração”.

situações de flagrante *real* (incisos I e II, quando o agente está cometendo a infração penal ou acaba de cometê-la), *ficto* ou *presumido* (inciso III, quando a detenção se dá após *perseguição* e IV, quando se dá com o *encontro* do possível autor da infração penal com coisas que o liguem à prática infracional).

Nos crimes permanentes a situação de flagrância se estende enquanto durar a permanência (art. 303, CPP).

Atente-se para o que segue: a jurisprudência evidencia que, para os detentores de prerrogativa de função as prisões em flagrante são “impostas” quando há crime permanente. Não fosse assim, inexistiria flagrante. A atuação dos tribunais aos quais cabe julgar e, antes, *impor* ou manter cautelas pessoais a detentores de prerrogativa de função encontra aqui um dos grandes nós que reclamam desate.

2.2. Prisão preventiva

A prisão preventiva é medida cautelar pessoal que restringe integralmente a liberdade do investigado ou acusado. Para sua imposição incidem duas ordens de pressupostos: uma delas de natureza *probatória*³⁶¹ e outra de natureza *cautelar*³⁶² conforme o magistério de NAPPI.³⁶³

361 *O fumus comissi delicti*, previsto no artigo 312 do Código de Processo Penal: prova do crime e indício suficiente de autoria.

362 *O periculum libertatis*, também expresso pelo mesmo art. 312 do Código de Processo Penal: garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e assecuramento da aplicação da lei penal.

363 NAPPI frisa a exigência de um pressuposto *cautelar* a integrar os pressupostos *probatórios*, salientando a necessidade de tal integração porque a medida cautelar se funda em uma verificação sumária, sendo inevitavelmente adotada num momento em que a cognição é incompleta. Então, somente a integração do elemento probatório incompleto com um elemento cautelar, isto é, com um fato significativo da exigência de prover os fins de garantia de efetividade

No Direito brasileiro, quanto aos pressupostos *cautelares* nem todos encerram finalidades essencialmente acautelatórias: a *garantia da ordem pública* se esteia em critérios nitidamente estranhos ao processo. Funda-se, destacadamente, conforme a *práxis*, na probabilidade da reiteração, na gravidade da infração, no clamor público e na periculosidade do réu.

Os pressupostos cautelares se dividem em dois grupos: pressupostos *extraprocessuais* (representados no Direito brasileiro pela *garantia da ordem pública* e, também, pela *garantia da ordem econômica*) e pressupostos *endoprocessuais*. A prisão com base naquela ordem de pressupostos atende, sem dúvida, a fins de prevenção geral ou defesa social e confronta claramente o princípio constitucional da presunção de inocência. Calcada nos últimos, serve ao processo como cautela *instrumental* (oportuniza a formação adequada da prova) e *final* (garante a execução de provável sentença condenatória).

A Lei 7.492/86, regente dos crimes contra o sistema financeiro nacional, contempla pressuposto específico para a espécie cautelar: *a magnitude da lesão causada*.³⁶⁴

Diferentemente das situações de *detenção (em flagrante ou temporária)*, no Brasil a prisão preventiva não tem previsão legal quanto ao tempo máximo de duração. Tal lacuna se expressa

da jurisdição, pode legitimar a adoção da medida de cautela. (NAPPI, Aniello. **I Presupposti per l'Applicazione delle Misure Cautelari Reali e Personali**. In: Contributi allo Studio del Nuovo Codice di Procedura Penal. Milão: Giuffrè, 1989, p. 184-200).

364 Previsto no art. 30: «Sem prejuízo do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal, aprovado pelo Dec-lei 3.689 de 3 de outubro de 1941, a prisão preventiva do acusado da prática de crime previsto nesta Lei poderá ser decretada em razão da magnitude da lesão causada.». A propósito, discutindo a incidência da disposição, v. CÂMARA, Luiz A. **Reflexões Acerca das Medidas Cautelares Pessoais nos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional**. In: Direito Empresarial e Cidadania Questões Contemporâneas. Coord. GEVAERD, Jair e TONIN, Marta. Curitiba: Juruá, 2004.

como grande anomalia nos tempos atuais em Estados democráticos, pois a unanimidade deles a prevê. Tal omissão legislativa, com razão, é constantemente apontada como forte componente da fórmula de sucesso na obtenção de delações premiadas nos processos contra acusados por crimes contra a administração pública, contra o sistema financeiro nacional e de lavagem de dinheiro.³⁶⁵

Não há dúvidas de que a ausência da previsão do tempo máximo de duração da medida foi uma das principais omissões do legislador que, em 2011, pela Lei 12.403, alterou o Código de Processo Penal.³⁶⁶ E tal omissão é sentida não somente na regulação da cautela máxima mas, também, de outras medidas dela diversas, como é o caso da medida de *suspensão do exercício de função pública* ou de atividade econômica ou financeira.³⁶⁷

A propósito, a terceira medida cautelar pessoal que será objeto de abordagem no presente estudo é a *suspensão do exercício de função pública*. Entretanto, antes de a ela adentrar é necessário abordar com rapidez as questões relacionadas às imunidades de natureza *processual* que atuam como garantias deferidas àqueles que têm assento em cadeiras no parlamento.

365 V., a propósito, STRECK, Lenio e TRINDADE, André Karam. **“O Passarinho pra cantar precisa estar preso. Viva a Inquisição.** CONJUR 29/11/2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-29/diario-classe-pas-sarinho-pra-cantar-estar-presos-viva-inquisicao>>. Acesso em 31/01/2018.

366 A propósito, FONTELLA, Bibiana. **A Medida Cautelar de Suspensão do Exercício da Função Pública ou da Atividade Econômica: o Risco de Reiteração como Fundamento da Medida Cautelar.** Revista do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico. Org. Luiz Antonio Câmara e Bibiana Fontella. Florianópolis: 2016, número 1, p. 90. A autora retorna ao ponto nas páginas 100-102.

367 Conforme, ainda uma vez, FONTELLA, 2016, p. 102 e seguintes, onde a autora enuncia os problemas decorrentes da ausência de prazo máximo de duração.

3. IMUNIDADE PROCESSUAL E PRISÃO DE PARLAMENTARES

No Direito comparado, na regência das imunidades processuais, é comum que a limitação da liberdade de parlamentares demande autorização prévia da assembleia que compõem. A ocorrência de flagrante e, eventualmente, sentença penal condenatória transitada em julgado permitem a prisão.

No âmbito europeu são destacadas as cartas constitucionais da Itália,³⁶⁸ onde a prisão pode ocorrer sem permissão prévia do parlamento em casos de flagrante ou condenação definitiva; da Alemanha, havendo flagrante ou situação assemelhada,³⁶⁹ e de Portugal, em caso de flagrante.³⁷⁰

Na França³⁷¹ se exige autorização da casa a que pertence

368 Art. 68. (1) *I membri del Parlamento non possono essere chiamati a rispondere delle opinioni espresse e dei voti dati nell'esercizio delle loro funzioni. Senza autorizzazione della Camera alla quale appartiene, nessun membro del Parlamento può essere sottoposto a perquisizione personale o domiciliare, ne può essere arrestato o altrimenti privato della libertà personale, o mantenuto in detenzione, salvo che in esecuzione di una sentenza irrevocabile di condanna, ovvero se sia colto nell'atto di commettere un delitto per il quale è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza. Analoga autorizzazione è richiesta per sottoporre i membri del Parlamento ad intercettazioni, in qualsiasi forma, di conversazioni o comunicazioni e a sequestro di corrispondenza.*

369 *“Wegen einer mit Strafe bedrohten Handlung darf ein Abgeordneter nur mit Genehmigung des Bundestages zur Verantwortung gezogen oder verhaftet werden, es sei denn, daß er bei Begehung der Tat oder im Laufe des folgenden Tages festgenommen wird.” (“O parlamentar não será responsabilizado ou preso por ofensa punível sem permissão prévia do Parlamento, salvo em flagrante delito ou no decorrer do dia seguinte”).*

370 Art. 157º, 3: “Nenhum Deputado pode ser detido ou preso sem autorização da Assembleia, salvo por crime doloso a que corresponda a pena de prisão referida no número anterior e em flagrante delito”. A pena que o dispositivo refere deve ser, no máximo, superior a 3 anos.

371 É o seguinte o teor do art. 26 da Constituição francesa: *“Aucun membre du Parlement ne peut faire l'objet, en matière criminelle ou correctionnelle, d'une*

o parlamentar para que ele possa ser objeto de prisão ou de qualquer medida privativa ou restritiva da liberdade. A autorização do parlamento é dispensada quando se trata de flagrante ou de condenação definitiva. Entretanto, a detenção e as medidas privativas ou restritivas da liberdade são suspensas se a casa à qual ele pertence o requerer. Há prevalência do controle *político*, pois as cautelas pessoais podem ser suspensas a critério do parlamento.

No âmbito sul-americano exigem-se, quase sempre, convalidações congressuais posteriores, autorizando-se também a prisão em casos de flagrante: a Constituição argentina³⁷² impede a prisão para todos os crimes, excepcionando a ocorrência de flagrante em crime punido com pena de morte, infamante ou outra aflictiva, inexistindo previsão de controle postergado pelo parlamento nos casos de flagrante. No Uruguai³⁷³ veda-se a prisão, salvo em flagrante, com imediata informação à Câmara respectiva. A Constituição do Paraguai limita-a aos casos de flagrante por crimes impositivos de pena corporal.³⁷⁴ No Chile há impedimento

arrestation ou de toute autre mesure privative ou restrictive de liberté qu'avec l'autorisation du bureau de l'assemblée dont il fait partie. Cette autorisation n'est pas requise en cas de crime ou délit flagrant ou de condamnation définitive. La détention, les mesures privatives ou restrictives de liberté ou la poursuite d'un membre du Parlement sont suspendues pour la durée de la session si l'assemblée dont il fait partie le requiert. L'assemblée intéressée est réunie de plein droit pour des séances supplémentaires pour permettre, le cas échéant, l'application de l'alinéa ci-dessus".

372 Art. 69: "Ningún senador o diputado, desde el día de su elección hasta el de su cese, puede ser arrestado; excepto el caso de ser sorprendido in fraganti en la ejecución de algún crimen que merezca pena de muerte, infamante, u otra aflictiva; de lo que se dará cuenta a la Cámara respectiva con la información sumaria del hecho."

373 Art. 113. "Ningún Senador o Representante, desde el día de su elección hasta el de su cese, puede ser arrestado, salvo en el caso de delito infraganti y entonces se dará cuenta inmediata a la Cámara respectiva, con la información sumaria del hecho".

374 Art. 191: "Ningún Senador o Diputado podrá ser detenido, desde el día de su

de “acusação e de prisão, salvo nos casos de flagrante” e se, em decisão plenária, o “Tribunal de Alçada não autoriza previamente a acusação, declarando haver lugar para a formação da causa”.³⁷⁵

O exame das legislações acima demonstra que há variação quanto ao *controle* da prisão dividido em *político* e *judicial*. O primeiro vige na maioria dos países analisados. O controle *judicial* da prisão em flagrante, tem lugar, por exemplo, no Chile, onde o parlamentar é colocado à disposição da Corte de Apelação (*Tribunal de Alzada*) com as informações sumárias correspondentes. O estatuto processual do Chile, em consonância com a Constituição, estatui que se o imputado for detido em flagrante o Ministério Público o colocará imediatamente à disposição da Corte de Apelação (art. 417).

Como visto, todas as cartas indicadas oportunizam a detenção de parlamentares quando há flagrante. Às vezes, a existência de sentença penal condenatória definitiva também estende a exceção, não contemplada no Direito brasileiro, onde a perda do mandato, ainda que decorra de decisão penal condenatória, exige “decisão” da Câmara ou do Senado (cf. CF, art. 55, § 2º). Parece evidente, contudo, que no Brasil, em regra e desconsiderando estágios políticos excepcionais, tal decisão parlamentar seja só homologatória.

elección hasta el del cese de sus funciones, salvo que fuera hallado en flagrante delito que merezca pena corporal. En este caso, la autoridad interviniente lo pondrá bajo custodia en su residencia, dará cuenta de inmediato del hecho a la Cámara respectiva y al juez competente, a quien remitirá los antecedentes a la brevedad”.

- 375 At. 61: “Ningún diputado o senador, desde el día de su elección o desde su juramento, según el caso, puede ser acusado o privado de su libertad, salvo el caso de delito flagrante, si el Tribunal de Alzada de la jurisdicción respectiva, en pleno, no autoriza previamente la acusación declarando haber lugar a formación de causa. De esta resolución podrá apelarse para ante la Corte Suprema. En caso de ser arrestado algún diputado o senador por delito flagrante, será puesto inmediatamente a disposición del Tribunal de Alzada respectivo, con la información sumaria correspondiente. El Tribunal procederá, entonces, conforme a lo dispuesto en el inciso anterior”.

3.1. Prisão cautelar de parlamentares no Direito Brasileiro

A carta constitucional brasileira apresenta normas regentes das imunidades *processuais* que, alguns, utilizando viés ainda mais especificista, chamam de imunidades *prisões*.³⁷⁶ Relacionadas às prisões provisórias tutelam direitos de parlamentares federais, sendo repetidas nas constituições das unidades federadas. Entre elas se destaca aquela contemplada no art. 53, § 2º,³⁷⁷ impositiva de que o congressista somente seja preso em flagrante por crime inafiançável, ocorrendo, após, convalidação - ou não - da prisão pelos membros da casa a que pertence.

O dispositivo que autoriza a prisão de membros do congresso nacional estabelece limites bastante rígidos: a prisão somente pode se dar *em flagrante* e, ainda assim, por *crime inafiançável*. Excluem-se, portanto, a imposição de prisão preventiva³⁷⁸ ou de prisão temporária. Nega-se, ainda, a realização da prisão em flagrante quando se tratar de *crime afiançável*.

Portanto, é possível a *detenção* em flagrante de membro do Congresso Nacional. No entanto, em 24 horas o auto de prisão deve ser enviado ao Senado ou à Câmara Federal para que se “resolva” sobre a prisão.

376 GOMES, Luiz F. e BIANCHINI, Alice. **Das Imunidades e Prerrogativas dos Parlamentares**. 2016. Disponível em: <<https://professoraalice.jusbrasil.com.br/artigos/315644894/das-imunidades-e-prerrogativas-dos-parlamentares>>. Acesso em: 14/02/2018.

377 Com a seguinte redação: “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”.

378 Relembre-se, entretanto, que nos rumorosos casos Delcídio do Amaral e Aécio Neves o Procurador Geral da República demandou a imposição de prisão preventiva aos parlamentares.

Sendo assim, quem poderá realizar a prisão de parlamentar? Quem formalizará a lavratura do auto? O que farão as casas congressuais? O que significa “resolver” a prisão?

Aliás, em relação à última indagação, o próprio verbo do texto legal (“resolverá”) atribui ao Congresso um papel ativo. Portanto, não se trata de simples comunicado feito à casa congressional que o receberá passivamente.

Em relação à primeira das perguntas acima, as diversas etapas do flagrante e a pluralidade de sujeitos que nela atuam quando se trata de tal espécie prisional reclamam análise:

Relembre-se com que, em regra, são três os sujeitos atuantes na detenção em flagrante: 1º) Qualquer do povo (flagrante *facultativo*) e as autoridades policiais ou seus agentes (flagrante *obrigatório*) realizadores da detenção; 2º) a autoridade policial que, examinando os fatos, determinará a formalização do auto de prisão em flagrante e 3º) o juiz, que recebendo o auto, fará o controle da sua legalidade formal e material.

Surgem, então, quando se trata de flagrante de congressista, procedimentos divididos em ao menos duas etapas: *a*) aquela atinente à formalização da prisão em flagrante e *b*) a da posterior apreciação do auto respectivo para “resolver” sobre a medida detentiva.

a) A formalização do flagrante.

A previsão constitucional de imunidade processual apresenta similaridades e diferenças em relação às normas gerais do Código de Processo Penal para investigação e punição de infrações:

Há coincidência no fato de que “qualquer do povo” (flagrante *facultativo*) poderá realizá-la ou as “autoridades policiais e seus agentes” (flagrante *obrigatório*) deverão fazê-lo. A Constitui-

ção não apresenta limitações em relação a tal ponto. Atuante o primeiro dos sujeitos do flagrante (aquele que o *constata*), passa-se à atuação do segundo deles. Este, que age na *formalização* da prisão, é, em regra, a autoridade da polícia judiciária.

Na detenção de parlamentares surge o impasse sobre quem é o sujeito da *formalização* havendo, a respeito, divisão na doutrina:

MARCÃO parece defender o ponto de vista de que a resolução sobre a lavratura do auto cabe à casa legislativa a que pertencer o detido, à qual será ele conduzido,³⁷⁹ no que não parece se distanciar de AGRA.³⁸⁰ Este, ampliando o âmbito de atuação da casa parlamentar, diz que, havendo crime flagrante e inafiançável “a nota de culpa, ato que formaliza a prisão em flagrante, para ser expedida, dependerá da anuência da Casa à qual pertencer o parlamentar, exigindo-se um quórum de maioria absoluta”. Para o último dos autores, é vasto o poder dos presidentes das casas congressuais, cuja omissão poderia, inclusive, importar em imediata liberação do parlamentar.³⁸¹

379 O autor, indicando que a prisão de congressistas somente pode ocorrer em flagrante, afirma o que segue: “os membros do Congresso Nacional - senadores e deputados federais, desde a expedição do diploma, devendo o agente ser encaminhado à respectiva Casa Legislativa, que decidirá sobre a prisão pelo voto da maioria de seus membros (CF, art. 53, § 2o)” (MARCÃO, Renato. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 724, sem grifos no original).

380 AGRA, Walber M. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 481.

381 Assevera tal autor: “Assim, se o Presidente da Casa à qual pertencer o parlamentar não tiver interesse de colocar em pauta de votação a licença para a formalização da nota de culpa do flagrante, o parlamentar deverá ser liberado imediatamente” AGRA, loc. cit.

Diversamente, GOMES e BIANCHINI³⁸² retiram integralmente a providência da lavratura do auto (e da nota de culpa) da casa parlamentar. Para eles, a autoridade responsável pela definição quanto à detenção lavrará o auto e o enviará ao Senado ou à Câmara dos Deputados.

Não há dúvidas de que a situação é complexa. Entretanto, nenhuma das soluções acima propostas está em conformidade com a atuação pretoriana relacionada à abertura de investigações preliminares contra detentores de competência por prerrogativa de função. Veja-se:

Sendo firme a jurisprudência no sentido de que somente o Procurador Geral da República pode requerer instauração de investigação contra detentor de prerrogativa de função submetido a julgamento pelo STF,³⁸³ sendo, mais, consolidado doutrinariamente que o auto de prisão em flagrante é uma das formas pelas quais se inauguram as investigações preliminares, os Delegados da Polícia Civil ou Federal não estão autorizados a lavrar o auto de flagrante. Não estarão, também, quaisquer outros agentes estatais que não detiverem a iniciativa quanto à investigação. Portanto, ocorrente

382 Veja-se o que dizem tais autores: “No caso de prisão em flagrante por crime inafiançável, há a captura do parlamentar, a autoridade que preside o ato lava normalmente o auto de prisão em flagrante, tomando-se todas as providências necessárias (requisição de laudos, quando o caso, expedição de nota de culpa etc.), e, dentro de vinte e quatro horas, remete os autos à Casa respectiva. A Casa respectiva (Câmara ou Senado), no exercício de uma função anômala (que normalmente é desempenhada pelo Poder Judiciário), pelo voto da maioria de seus membros (maioria absoluta, como vimos: metade mais um; 257 deputados ou 41 senadores), deve deliberar sobre a prisão, isto é, deve decidir se mantém ou não o parlamentar preso”.(GOMES; BIANCHINI, 2016).

383 V., a título exemplificativo, a seguinte decisão expressiva da posição unânime do STF: “2. Cabe exclusivamente ao Procurador-Geral da República o pedido de abertura de inquérito em face de autoridades titulares de foro por prerrogativa de função perante o Supremo Tribunal Federal, como corolário da titularidade exclusiva da ação penal pública (art. 129, I, da CF/88)”. (STF - Pet 6266 AgR - DF - Rel. Min. Luiz Fux - j. em 23/06/2017 - DJe de 01/08/2017).

crime flagrante, deverá o caso do parlamentar federal detido ser imediatamente enviado à Procuradoria Geral da República.

Consolidada, mais, a posição de que investigação contra congressista deve ser autorizada pelo STF, é forçosa a conclusão de que será sempre a Suprema Corte quem se manifestará sobre a ocorrência do flagrante e a lavratura do auto respectivo, ou seja, será o STF a formalizar o flagrante. Há, então, um controle prévio de natureza *judicial*. A propósito, similarmente à conclusão que aqui se chega, prevê a Constituição do Chile que, deputados e senadores detidos em flagrante delito serão colocados imediatamente à disposição do Tribunal de Alçada respectivo com a informação sumária correspondente (art. 61, inc. III), suplementando-se que cabe ao Ministério Público por o parlamentar à disposição da justiça.³⁸⁴

Lavrado o auto finda a atuação da Corte Suprema relativamente à consolidação da detenção, com envio do auto de flagrante à casa a que pertence o parlamentar para que convalide ou não a prisão. Atende-se, então, à parte final do § 2º do art. 53, CF: “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”.

Ainda exercendo controle *judicial* sobre a prisão pode o STF afastar o flagrante e substituí-lo por medidas alternativas à prisão. No entanto, enviará o caso ao Senado ou à Câmara para que o “resolvam”. O STF, já entendeu que o envio ao parlamento se dá nos casos em que as medidas “impossibilitarem direta ou indiretamente o exercício regular da função parlamentar”.³⁸⁵

384 A propósito, ZÚÑIGA URBINA, Francisco. **Fuero Parlamentar y Nuevo Código Procesal Penal**. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2553/30.pdf>>, p. 739. Acesso em 15/11/2019.

385 STF – ADI 5526 – Rel. Min. Alexandre de Moraes. J. em 11/10/2017. DJe de 07/08/2018.

Haverá, então, a emissão de juízo *político* sobre a manutenção da detenção, como, aliás, defendiam PACELLI e FISHCER, com a ressalva de que o fazem em relação à prisão preventiva.³⁸⁶ Descarta-se, completamente, a possibilidade de a casa parlamentar ser excluída de tal procedimento.

b) O flagrante e a “resolução” sobre a medida detentiva.

Como dito, recebido o caso, o Supremo Tribunal Federal decidirá pela lavratura ou não do auto de prisão em flagrante. Lavrado este, aplica-se a parte final do art. 53 da Constituição para que a casa a que pertence o parlamentar “resolva” sobre a prisão.

A extensão da atuação da casa parlamentar se mostra complexa: conforme o texto constitucional a “resolução” sobre a prisão ficará a encargo da Senado ou da Câmara Federal. É, entretanto, difícil clarificar o que o constituinte quis afirmar quando determinou que a “resolução” sobre a medida subcautelar ficasse a encargo do próprio Congresso.

É curioso observar a existência de similaridade da providência a ser tomada conforme determina a Constituição em tal caso com aquela prevista no Código de Processo Penal: neste, o auto de flagrante, em 24 horas, será enviado à autoridade judicial a qual, conforme a Resolução 213/2015 do CNJ, realizará audiência de custódia. No caso de parlamentares, no mesmo prazo, os autos serão enviados à Câmara ou ao Senado para convalidação da detenção.

386 Veja-se se a seguinte passagem de tais autores em edição dos Comentários de 2017: “em caso de decretação de prisão preventiva (e só ela, não para as demais cautelares diversas da prisão), deva ser enviado o feito à Casa Legislativa respectiva para que faça a análise se, sob seu juízo (político – é verdade –, mas que, em tese, recomenda-se deva ser técnico), deva ou não ser mantida a preventiva (mantendo, assim, hígida a lógica de controle de um poder sobre determinadas ações de outro à luz da intenção do legislador constitucional originário)”. (PACELLI, Eugênio e FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2017, p. 629).

Trata-se então de saber o que o legislador constituinte quis afirmar quando atribuiu à casa parlamentar a qual pertencer o preso a missão de que ela “*resolva* sobre a prisão”. Busca-se, então, o sentido da expressão:

Conforme FERREIRA FILHO³⁸⁷ “o auto de prisão será, dentro de vinte e quatro horas, submetido ao Plenário da Casa a que pertencer o parlamentar, que, pela maioria de seus membros (maioria absoluta), ‘resolverá’ sobre a prisão: manterá essa prisão ou libertará o preso”.

A respeito, é similar o que escrevem MENDES e BRANCO,³⁸⁸ para quem, “no caso do flagrante por crime inafiançável, pode haver a prisão, que, entretanto, somente será mantida se a Casa a que o parlamentar pertence com ela anuir, por voto ostensivo e nominal dos seus integrantes (CF, art. 53, § 2º)”. Similarmente, GOMES e BIANCHINI avançam o raciocínio atribuindo ao parlamento o exercício de função *anômala* “(que normalmente é desempenhada pelo Poder Judiciário)”, deliberará sobre a prisão, decidindo “se mantém ou não o parlamentar preso”. BARBOSA³⁸⁹ classifica a mesma função como *atípica*.

Indaga-se, então:

387 FERREIRA FILHO, Manoel G. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 206.

388 MENDES, Gilmar F. e BRANCO, Paulo G. G. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva-IDP, 2016, p. 959.

389 Para o autor “Nesses casos, não é função do Judiciário deliberar sobre a legalidade da prisão, mas, sim, do Legislativo, que, nesse mister, exerce uma função (atípica) materialmente judicial.” (BARBOSA, Ruchester M. **Supremo instituiu a conversão antecipada de prisão em flagrante**. Revista Consultor Jurídico, edição de 15/08/2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-ago-15/academia-policia-supremo-instituiu-conversao-antecipada-prisao-flagrante>>. Acesso em 15/11/2019).

- a. No caso de congressistas, sendo o próprio Supremo Tribunal a se encarregar (lavrando o auto de prisão em flagrante), como ficará o controle da validade formal e das situações autorizativas de flagrância? Caberá ao Senado ou à Câmara exercendo função jurisdicional *atípica* ou *anômala*?
- b. Caberá a quem a conversão da prisão em flagrante em medidas alternativas à prisão preventiva ou na própria cautela máxima?
- c. Se for reconhecida a função *atípica* os congressistas poderiam substituir a medida subcautelar por prisão preventiva ou por medida diversa desta prevista no art. 319 do Código de Processo Penal?

Em resposta à primeira das indagações (*a.*) não é razoável admitir que uma das casas do Congresso controle a validade formal do flagrante. E isso tendo em conta que, antes, houve manifestação do órgão jurisdicional máximo do país, ao menos em tese capacitado na detecção das situações de flagrância e apto à correta lavratura do auto (o que, claro, às vezes não se confirma) e da confirmação do estado de flagrância, mostrando, mais, plena ciência sobre a extensão da *inafiançabilidade*. Com isso afasta-se a possibilidade de que Câmara ou Senado reavaliem a regularidade formal do auto e as situações de flagrância. Tais juízos foram antes realizados pelo STF. Às casas congressuais caberá apenas “resolver” sobre a prisão.

Em síntese: trata-se de definir se o Senado ou a Câmara manterão ou afastarão a prisão preventiva acaso decretada pelo STF e como agirão quando a prisão em flagrante for substituída por medidas alternativas.

A segunda questão (*b.*) encontra resposta negativa: a casa parlamentar não poderá impor prisão preventiva ou medida cautelar que a substitua. Tal atuação se encontra no âmbito da *reserva de*

jurisdição.³⁹⁰ Diversamente, como já dito, pode o próprio Supremo Tribunal, após a lavratura do auto, impor medidas alternativas à prisão preventiva. Entretanto, também como já observado, também aí se dará o envio do caso ao parlamento.

Então, o que fará a casa parlamentar?

Tratando-se da emissão de juízo *político* caberá à Câmara ou ao Senado apenas manter ou afastar quaisquer medidas cautelares antes impostas, não havendo, claro, necessidade de motivação. Há, no passado recente, precedentes recentes em que a medida cautelar – a prisão em flagrante/preventiva de senador – foi mantida (AC 4039).³⁹¹ Há, também, outro, AC 4327, em que as medidas *alternativas à prisão* (entre elas a de *suspensão do exercício de função pública*) foram afastadas.

É curioso observar que na AC 4039 a prisão em flagrante foi antecedida por decisão “escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente”, conforme o art. 5º, LXI, CF, sendo ainda a decisão monocrática referendada pela 2ª Turma da Corte. Relembre-se que tal dispositivo somente exige decisão em tais moldes quando não se tratar de prisão em flagrante.

A prisão de parlamentar pelo STF em tal Ação Cautelar fez ver uma espécie híbrida de *detenção/prisão* (a prisão preventiva e em flagrante). Tanto isso é verdade, que na parte dispositiva da decisão do relator consta o que segue: “*Presentes situação de flagrância e os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal, decreto a prisão cautelar do senador...*”.³⁹²

390 Em sentido similar, recordando a reserva de jurisdição, PACELLI, Eugênio e FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2017, p. 627.

391 STF - AC 4039 - Rel. Min. Teori Zavascki - j. Em 25/11/2015, DJ de 13/5/2016.

392 Segundo BARBOSA (2017) houve “conversão antecipada de prisão em flagrante em prisão preventiva”.

Para BECHARA³⁹³ a prisão imposta foi a preventiva, em relação à qual não há ilegalidade, pois, como afirma, os casos de imunidade formal ou processual, contemplados no § 2º do art. 53 devem estar em sincronia com a previsão de imunidade material contida no *caput* do mesmo artigo. Este, recorde-se, prevê que “os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos”.

Conforme o mesmo BECHARA podia ser imposta a cautela em razão de que as imunidades processuais são *relativas*. Para ele a imunidade parlamentar, seja a material ou a processual, não possui caráter absoluto, de modo que a sua incidência está condicionada à natureza e ao exercício da função, sob pena de o instituto da imunidade qualificar-se como um verdadeiro escudo a permitir a prática de qualquer ato ilícito. Ainda para o mesmo autor, a leitura sistemática do artigo 53, CF, implica na necessária modulação dos seus efeitos “a partir da própria finalidade das imunidades que é a preservação da democracia, do princípio republicano e do exercício da cidadania”.³⁹⁴

BECHARA³⁹⁵ concorda com a imposição de prisão preventiva para parlamentares desde que a atuação destes desborde do exercício da função, o que teria ocorrido no caso sob exame, com desvio de função. Diz que há ultrapassagem dos limites quando o parlamentar se vale de sua condição para obstruir investigação criminal que versa sobre crimes de organização criminosa. Afirma ainda que a prisão decretada foi preventiva e que tal medida pode ser adotada, com limitação da imunidade processual. Assevera que a imunidade está associada aos crimes cometidos no exercício da função ou em razão da função, mas relacionados à função legislativa”.

393 BECHARA, Fábio R. **Não há nenhuma ilegalidade na prisão do Senador Delcídio do Amaral**. Revista Consultor Jurídico, 03/12/2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-dez-03/fabio-bechara-nao-ilegalidade-prisao-senador-delcidio>>. Acesso em 16/02/2018.

394 Idem.

395 Idem.

Para chegar a tal conclusão o autor diz que as imunidades processuais não ultrapassam os limites das imunidades materiais previstas no *caput* do art. 52, da Constituição da República:

“Há uma relação clara de simetria entre a hipótese do parágrafo 2º do artigo 53 da CF e a hipótese do “*caput*”, no que se refere aos crimes de opinião, em que os parlamentares possuem imunidade material, porém, segundo a interpretação do Supremo Tribunal Federal, desde que a manifestação esteja relacionada com o exercício da função legislativa”.

Vê-se que tal autor assevera que a garantia de que o parlamentar não será preso em flagrante se aplica exclusivamente em relação aos crimes contemplados na cabeça do art. 53 (“Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos”). Entretanto, não tem razão tal doutrinador. Fosse assim, quando o legislador constitucional previu as imunidades processuais faria remissão às imunidades materiais, conexionando-as. Ou, então, as contemplaria juntas no *caput* do mesmo artigo.

O autor tem razão num ponto: em tal caso a prisão imposta não foi em *flagrante*. Foi a *preventiva*. Entretanto, tal atuação pretoriana não encontra conforto constitucional por uma diversidade de razões, algumas aqui discutidas.

PACELLI e FISCHER³⁹⁶ também entendem possível a imposição da cautela mais grave, desde que se dê em *situações*

396 PACELLI; FISCHER, 2017, p. 642. Os autores, oferecem, inclusive, exemplo “chocante” que autorizaria a prisão preventiva: situação em que parlamentar aja como *serial killer*, praticando reiteradamente crimes dolosos contra a vida (*até como forma de eliminar testemunhas em processos que eventualmente este mesmo parlamentar possa estar respondendo por fatos anteriores*). Se não fosse preso em flagrante pelos crimes, nada aconteceria (pois não se *poderia* impor uma prisão autônoma)

limítrofes da excepcionalidade, sendo a cautela máxima plenamente viável como forma de garantir a ordem pública. No entanto, também a tais autores falta razão: a Constituição admite somente a prisão em *flagrante* de parlamentares.

Na AC 4039, relembre-se, houve autorização para prisão (que, segundo a CF, cabe somente em casos de *flagrante* de crimes *inafiançáveis*). Conforme a decisão os requisitos cumulativos para a prisão estavam presentes: havia *flagrante* em razão de que delitos investigados eram *permanentes*, recordando-se que, em relação a estes “entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência” (art. 303, CPP). Seriam também, *inafiançáveis*, pois, conforme o art. 324, IV, CPP não é concedida fiança quando “presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva”.

Aliás, a decisão expedida pela Suprema Corte ganhou explicitação quanto à sua necessidade especialmente quando, para “decretar a prisão”, precisou se demonstrar a *inafiançabilidade* dos crimes em destaque

Entretanto, considerando-se especialmente que em tal caso a Procuradoria Geral da República requereu imposição de prisão *preventiva*, as questões essenciais relativamente aos pressupostos exigidos para a prisão de parlamentar federal ainda reclamam revisão:

- a. Havia flagrante?
- b. Os crimes eram inafiançáveis?

À primeira demanda (a.) a decisão respondeu afirmando a existência de infrações penais *permanentes* (*organização criminosa*, art. 2º *caput*³⁹⁷ da Lei 12.850/2013 e *impedimento ou embaraço*

397 Cujá redação é a seguinte: “Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa”.

de investigação de organização criminosa, art. 2º, § 1º³⁹⁸ da mesma Lei) entre as investigadas.

Em relação à conclusão para existência de estado de flagrância observe-se que se era admissível a caracterização da primeira das infrações como permanente na modalidade *integrar*, é difícil estender o mesmo raciocínio à segunda delas: *impedir* ou *embaraçar* investigação. Aqui os verbos são expressivos de condutas que se esgotam num dado momento temporal não se projetando no tempo. De qualquer maneira, havia, então, com base no *caput* do dispositivo sob análise, autorização para o reconhecimento do flagrante.

O que parecia sobretudo tormentoso naquele momento processual era a qualidade da prova do crime de *integrar* organização criminosa.

A confirmação da *inafiançabilidade (b.)* é, todavia, bastante mais difícil. Destaque-se que a decisão se fundou no inciso IV, do art. 324, CPP.

Para definição da expressão “crimes inafiançáveis” contemplada no art. §2º do art. 53, CF, BECHARA³⁹⁹ afirma a vedação da fiança nas situações vertidas no art. 323, CPP, excluindo aquelas contidas no art. 324. Isso, conforme o autor, em razão de que a limitação à fiança deve seguir a orientação do próprio texto constitucional, como, aliás, o faz o art. 323. Entende, mais, o autor que se a prisão for imposta com base no art. 324, IV, CPP, em que “a inafiançabilidade decorre da presença dos pressupostos da prisão preventiva, a prisão não seria em flagrante, mas sim de natureza cautelar ou processual”.

398 Cujo teor é o que segue: “Nas mesmas penas incorre quem impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa”.

399 BECHARA, 2015.

Portanto, atesta o autor cujo texto é ora analisado, que a disposição constitucional previsiva da imunidade processual deve ser integrada pelos dispositivos da própria Constituição que consideram determinadas infrações inafiançáveis. E, sabe-se, estas se encontram arroladas nos incisos XLII,⁴⁰⁰ XLIII⁴⁰¹ e XLIV⁴⁰² do art. 5º da Carta magna.

LACERDA⁴⁰³ tem o mesmo entendimento acima descrito: crimes *inafiançáveis* são também somente aqueles crimes previstos na Constituição da República e repetidos no art. 323, CPP. Afirma o autor que as situações do artigo 324 do CPP não tratam de *crimes inafiançáveis*, mas de “situações subjetiva ou sistemicamente consideradas em que não se deve conceder fiança”.

De maneira aproximada NUCCI⁴⁰⁴ afirma que no estatuto processual penal, no art. 323, estão os “crimes inafiançáveis” e no art. 324 “situações que não comportam a concessão de fiança”.

Portanto, é correto afirmar que, em conformidade com a

400 Assim redigido: “A prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.

401 Com a redação que se segue: “A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;”.

402 Com o seguinte teor: “Constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;”.

403 LACERDA, Fernando H.I. **Prisão de Senador Delcídio materializa o estado de exceção**. Revista Consultor Jurídico de 26/11/2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-nov-26/fernando-lacerda-prisao-delcidio-elegia-estado-direito>>. Acesso em 20/02/2018.

404 NUCCI, Guilherme S. **Código de Processo Penal Comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 838.

dicção constitucional, crimes *inafiançáveis* são somente aqueles indicados no art. 323, CPP. As situações previstas no art. 324, em razão de que não se referem aos crimes, mas, predominantemente à situação subjetiva do acusado, não são autorizativas da prisão em flagrante de parlamentar.

Em tal caso, embora o aresto da Corte Suprema não fosse expressivo da formalização de prisão em flagrante e nem contemplasse crime *inafiançável*, enviada comunicação ao Senado, a “resolução” da prisão se deu pela manutenção. A decisão, por ampla maioria, se deu no dia 25/11/2015. Em 10/05/2016 o senador, por unanimidade, foi cassado pela casa a que pertencia.

3.2. Medidas cautelares diversas da prisão – possibilidade de imposição a senador ou a deputado pelo Poder Judiciário?

Há vácuo legislativo quanto à imposição a parlamentares de medidas cautelares diversas da prisão e contempladas no Código de Processo Penal a partir da reforma de 2011: a Constituição não faz qualquer referência a medidas *substitutivas da prisão* em flagrante. Não o faz também o Código de Processo Penal com a renovação de 2011 que não cuidou do assunto.

Quanto à atuação do legislador constitucional a lacuna é facilmente compreensível: a reforma processual penal que previu um rol articulado de medidas cautelares diversas da prisão foi criada mais de vinte anos após a entrada em vigor da Constituição de 1988. Menos, razoável, claro, é a atuação do legislador infraconstitucional de 2011.

Considerando a lacuna existente e consideradas as imunidades processuais do art. § 2º do art. 53 da Constituição, deve ser recordado que tal dispositivo somente permite imposição de medida subcautelar (*a prisão em flagrante*) e, ainda assim, reclama que o crime seja *inafiançável*.

A respeito, diversas possibilidades se abrem, sendo conveniente promover as discussões em apartado sobre: *a.* possibilidade de imposição a parlamentar pelo Poder Judiciário de medida alternativa à prisão e *b.* em caso positivo, a necessidade de envio à casa parlamentar para que “resolva” sobre a medida. Atente-se:

a. A partir de exegese exclusivamente gramatical, não parece haver qualquer espécie de proibição à imposição de medidas cautelares diversas da prisão pelo órgão jurisdicional. A carta constitucional, ao permitir apenas prisão em flagrante por crime inafiançável, veda outras espécies de *prisão*.

Entretanto, a doutrina se manifesta contra a imposição. Em tal sentido, a título exemplificativo, PACELLI⁴⁰⁵ tratando da *suspensão de função pública* (mandato parlamentar):

“Em caso de mandato eletivo, em que o exercício do cargo deriva de fundamentação constitucional, e, mais, vem lastreado na livre manifestação do voto popular, somente em caso de condenação criminal e nas hipóteses constantes da legislação complementar eleitoral e no Código Eleitoral – todos, porém, autorizados na Constituição da República (art. 14, §§ 9º e 10, e art. 15) – é que se poderá pretender o afastamento do cargo. O fato de ser possível a prisão de alguns ocupantes de mandato eletivo – respeitados os casos de imunidade processual e material do Presidente da República e dos membros do Congresso Nacional – não autoriza a compreensão de ser cabível o afastamento do mandato eletivo. Esse, o mandato, tem como legítimo titular a soberania do voto popular.”

Há pouco mais de dois anos o Supremo Tribunal Federal, em caso extremamente polêmico, havendo, inclusive, ameaça de

405 PACELLI; FISCHER, 2017, p. 520.

não cumprimento de decisão pelo Senado, se pronunciou sobre o assunto, o que será visto abaixo.

- b. Também a partir da interpretação gramatical, a disposição constitucional parece ser clara: o envio à casa parlamentar se daria somente nos casos de prisão *em flagrante*, sendo dispensado, no caso de imposição de medidas cautelares.

Entretanto, lembre-se: as medidas cautelares previstas no art. 319, do Código de Processo penal são *diversas* ou *substitutivas* da prisão preventiva. E importam, todas, em restrição à liberdade do congressista.

Adentra-se, então, ao ponto principal do trabalho: a *suspensão do exercício de função pública* pelo parlamentar.

3.3. Suspensão do exercício de função pública

Na reforma do Código de Processo Penal, operada em 2011 pela Lei 12.403, se criou um rol de medidas substitutivas ou da prisão preventiva ou a ela alternativas. Entre elas a “*suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira*” (art. 319, VI, CPP).

A imposição da suspensão apresenta fins cautelares específicos voltados ao impedimento de reiteração infracional: a medida será imposta “quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais”.

Aproxima-se daquela prevista no art. 138, 12^o⁴⁰⁶ do Código

406 Com a seguinte redação: “*Ne pas se livrer à certaines activités de nature professionnelle ou sociale, à l'exclusion de l'exercice des mandats électifs et des responsabilités syndicales, lorsque l'infraction a été commise dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ces activités et lorsqu'il est à redouter qu'une nouvelle infraction soit commise*”.

de Processo Penal francês (*a interdição do exercício de atividades de natureza profissional ou social*) quando há receio de que novas infrações venham a ser cometidas. Em tal disposição se excetua a aplicação da medida a detentores de mandato em alinhamento com a Constituição⁴⁰⁷ daquele país.

Avizinha-se também da *suspensão do exercício de profissão, de função, de atividade e de direitos* prevista no CPP de Portugal.⁴⁰⁸

Diferentemente do estatuto francês, o Código brasileiro silencia quanto à imposição da suspensão a exercentes de mandatos eletivos. A Constituição também se mostra silente, mas, lembre-se, quando entrou em vigor (1988), inexistiam medidas alternativas à prisão cautelar ou preventiva.

A demanda que se impõe no presente tópico é a seguinte: no Direito brasileiro, havendo vedação expressa da Constituição à imposição de prisão preventiva, medida cautelar por excelência,

407 O art. 26 da Constituição da França, após reforma ocorrida em 1995, prevê a imunidade processual relacionada à inadmissibilidade de prisão ou **qualquer outra medida cautelar** sem autorização da casa a que pertence o parlamentar: *“Aucun membre du Parlement ne peut faire l’objet, en matière criminelle ou correctionnelle, d’une arrestation ou de toute autre mesure privative ou restrictive de liberté qu’avec l’autorisation du bureau de l’assemblée dont il fait partie”*. Há desnecessidade de autorização no caso de prisão em flagrante ou de condenação definitiva conforme a parte final da disposição: *<Cette autorisation n’est pas requise en cas de crime ou délit flagrant ou de condamnation définitive>*.

408 Art. 199, com a seguinte redação: “1- Se o crime imputado for punível com pena de prisão de máximo superior a 2 anos, o juiz pode impor ao arguido, cumulativamente, se disso for caso, com qualquer outra medida de coação, a suspensão do exercício: a) De profissão, função ou atividade, públicas ou privadas; ...2 - Quando se referir a função pública, a profissão ou atividade cujo exercício dependa de um título público ou de uma autorização ou homologação da autoridade pública, ou ao exercício dos direitos previstos na alínea b) do número anterior, a suspensão é comunicada à autoridade administrativa, civil ou judiciária normalmente competente para decretar a suspensão ou a interdição respectivas”.

pode o Poder jurisdicional (especialmente o STF em relação a detentores de prerrogativa de função para o próprio Tribunal) impor medidas substitutivas ou “diversas” da prisão?⁴⁰⁹

Para responder à pergunta lançada relevante é saber, primeiramente, se a *suspensão de função pública*, conforme prevista no Código de Processo Penal brasileiro é compatível com o princípio constitucional da presunção de *inocência* (art. 5º. LVII, CF).

Recorde-se que, conforme o texto legal, a medida sob análise não ostenta qualquer função processual de tutela da prova ou de futura execução da pena. Os fins explicitados são de *prevenção especial* ou *defesa social* e conexionsados à pena no Direito Penal material. Logo, ela não apresenta fins processuais. Para LOPES JÚNIOR⁴¹⁰ a medida é de duvidosa constitucionalidade em razão de que não “tutela o processo ou seu objeto aproximando-se de uma (ilegal) antecipação da função de prevenção especial da pena”.

O objetivo estatuído na disposição do Código de Processo Penal (impedir a *utilização da função para a prática de infrações penais*) certamente tem fins *extraprocessuais*. E não há dúvida de que tais fins são atentatórios à presunção de inocência: a imposição de medida cautelar para evitar o uso da função pública na prática futura de infrações penais importa, claro, num *atestado prévio* de culpabilidade fundado numa atuação hipotética (“o investigado ou acusado **praticará** infrações penais”).

Há, aí, conforme o magistério de ROXIN,⁴¹¹ um juízo de

409 A propósito a redação do art. 319, *caput*, CPP: “São medidas cautelares **diversas** da prisão:”, enumerando, entre outras, no inc. VI a *suspensão do exercício de função pública*.

410 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraivajur, 2018. p. 667.

411 ROXIN, Claus. **Derecho Procesal Penal**. Tradução de Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 262.

condenação antecipada atinente às infrações que o agente *ainda* cometerá. Destaque-se, mais e a propósito, o magistério de HASSEMER, realizado em relação à prisão preventiva mas plenamente aplicável a outras medidas cautelares, no sentido de que elas não podem perseguir objetivos do direito penal material com fins de prevenção geral ou especial”.⁴¹²

É evidente o confronto com a presunção de inocência e consolidação da presunção de *culpabilidade* conforme o magistério de FONTELLA⁴¹³ embasado em VILELA.

Certo é, então, que o afastamento de função pública decretado para impedir a reiteração criminosa, atenta contra o princípio constitucional da presunção de inocência.

Logo, não pode tal suspensão ser imposta para atender ao fim contemplado no art. 319, VI, CPP.

Entretanto, considerando que no próprio STF se cristalizou, equivocadamente, jurisprudência no sentido de que mesmo a prisão preventiva pode ser decretada para fins de *defesa social* (evitar reiteração) é forçoso concluir que para tal Corte qualquer medida cautelar pessoal pode ser decretada com tal fim. Portanto, há, ainda uma pergunta irrespondida:

412 HASSEMER; WINFRIED. **Los Presupuestos de la prisión preventiva**. In: Crítica al Derecho Penal de Hoy, tradução de Patrícia S. Ziffer. Buenos Aires: Ad Hoc, 2003, p. 118-119.

413 A respeito, afirma a ilustre autora paranaense referindo-se à prisão preventiva: “Quanto à possibilidade de decretação de medida cautelar pelo risco de reiteração – aqui especificamente a autora trata somente da prisão preventiva – Vilela considera que seria uma forma de medida de segurança, uma vez que para tal seria necessária uma avaliação do acusado o que importaria na análise da culpabilidade pelos fatos imputados. Com isso, a referida medida cautelar estaria desvinculada do processo e seguindo fins de pena. O que viria a traduzir-se numa presunção de culpabilidade, completamente avessa ao processo penal moderno, o qual é regido pelo princípio da presunção de inocência”. (FONTELLA, 2016, p. 94).

O Supremo Tribunal Federal pode impor *suspensão do exercício de função pública* a parlamentar federal?

A respeito há divisão doutrinária:

BADARÓ afirma que no Direito brasileiro “o Poder Judiciário não pode suspender o exercício de um mandato eletivo”.⁴¹⁴

PACELLI e FISCHER,⁴¹⁵ em obra recente, negam a possibilidade de suspensão de mandato eletivo, em razão de que este se funda na “soberania do voto popular”. O primeiro dos autores citados no presente parágrafo em obra individual, como visto acima, também nega a possibilidade.

MENDONÇA⁴¹⁶ confirma ser possível a imposição da medida cautelar a deputado ou senador, afirmando o que segue:

“Se é possível a medida mais gravosa (prisão preventiva), não há restrição para aplicação de medidas menos graves (suspensão da função pública). O que não se pode é declarar a perda do cargo do Deputado ou Senador, pois isso depende de um procedimento constitucionalmente previsto”.

Entretanto, o autor por último citado não parece ter razão quanto ao fundamento de que se vale. Conforme BADARÓ, a prisão a que estão sujeitos os congressistas é a prisão em *flagrante* e não a *preventiva* (ainda que, como se vê na *praxis*, a imposição se dê

414 BADARÓ, Gustavo. **O STF pode suspender o exercício de mandato eletivo?** Disponível em: JOTA <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-stf-pode-suspender-o-exercicio-de-mandato-eletivo-27092017>>. Acesso em: 13/12/2019.

415 PACELLI, Eugenio. FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2018, p. 727.

416 MENDONÇA, Andrey B. **Prisão e outras Medidas Cautelares Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2011, p. 442.

costumeiramente através de ‘decisão escrita e fundamentada’ do relator). Mais: como bem lembra o professor da USP, a casa a que pertence o parlamentar deverá ‘resolver’ sobre a prisão.⁴¹⁷

Contudo, como visto acima, não há qualquer fundamento no texto legal que retire de qualquer órgão jurisdicional o controle *jurídico* na imposição de medida cautelar alternativa à prisão preventiva.

O Supremo Federal pode, sim, impor medidas a membros do Senado e da Câmara Federal medidas *substitutivas* da prisão em *flagrante* e que sejam *diversas* da prisão *preventiva*.

No entanto, é evidente que, após, há necessidade de que a casa a que o parlamentar pertence convalide a medida, com incidência, então do controle *político*.

Há pouco, em caso rumoroso (ADI 5526 - DF) o Supremo Tribunal Federal decidiu que o Poder Judiciário tem competência para impor, por autoridade própria, as medidas cautelares a que se refere o art. 319 do Código de Processo Penal.⁴¹⁸ Na mesma oportunidade se assentou também posição no sentido do necessário envio à Casa Legislativa a que pertencer o parlamentar, para os fins a que se refere o art. 53, § 2º, da Constituição, a decisão pela qual se aplique medida cautelar, sempre que a execução dela impossibilitar, direta ou indiretamente, o exercício regular de mandato parlamentar.⁴¹⁹

417 BADARÓ, 2017.

418 No ponto específico a decisão do STF está assim ementada: “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”.

419 É a seguinte a ementa sobre tal ponto da decisão: “Os autos da prisão em flagrante delito por crime inafiançável ou a decisão judicial de imposição de

Em síntese o Pretório Excelso entendeu ser possível a imposição a parlamentar de medidas cautelares *diversas* da prisão preventiva. Decidiu, mais, que em tais casos se promoverá o envio da decisão à Câmara ou ao Senado para pronunciamento sempre que a execução da cautelar impossibilitar mesmo que *indiretamente* o exercício do mandato. Isso quer dizer que a dificultação no exercício da função basta para que o parlamento a afaste.

O exame das medidas contempladas no art. 319,⁴²⁰ CPP, demonstra que todas são dificultadoras do exercício do mandato. Também o é aquela prevista no art. 320 do mesmo estatuto (*proibição de ausentamento do país com entrega de passaporte*). Embora a decisão da Corte Suprema a ela não se refira, é certo que, por haver restrição ao exercício do mandato, se mostra essencial a análise *a posteriori* pela casa congressional.

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”.

- 420 É o seguinte o teor do art. 319, CPP: “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 imputável 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”.

Imediatamente após a decisão proferida na ADI 5526-DF o Senado, em caso de parlamentar que tivera o mandato suspenso e ao qual se impusera recolhimento noturno afastou as medidas cautelares.⁴²¹

Um último ponto reclama reflexão no presente momento: o inciso VI do art. 319, CPP, como visto, se volta apenas ao impedimento de reiteração. No entanto, o texto legal é omissivo quanto à imposição da medida para evitar a destruição ou danificação da prova. Surgem, então, os seguintes dilemas:

É possível a imposição da medida para preservação da prova quando há *alta probabilidade* de que o investigado ou acusado atente contra ela?

A atuação judicial não deve se ater aos estreitos limites da previsão legal com decretação da medida somente quando há “justo receio” do cometimento de infrações penais pelo investigado?

A resposta, claro, se encaminha para a negativa da extensão da medida e para a limitação da atuação judicial: a existência de um molde normativo prévio selaria a questão limitando que o juiz atue discricionariamente.

A propósito, a doutrina não nega que o juiz se utiliza de discricionariedade ao verificar a necessidade de cautela. Ele o faz através de uma discricionariedade *vinculada*, que, no dizer de SARACENI é *cognitiva* e não potestativa,⁴²² ou seja, cabe ao juiz

421 **Plenário rejeita medidas cautelares contra Aécio Neves e senador re-toma mandato.** Agência Senado – 17/10/2017. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/10/17/senado-devolve-mandato-a-aecio-neves>>. Acesso em 15/12/2019.

422 Com a seguinte passagem: “*Evidentemente il legislatore ha inteso affidare la cura della cautela alla discrezionalità del giudice, al di fuori di ogni presunzione legale, assoluta, o relativa. Ma, va subito precisato, trattarsi di una discrezionalità vincolata (“cognitiva” e non “potestativa”), cioè, per dirla con uno dei passi culturalmente più significativi della Relazione (p. 72), “legalmente limitata nel*

verificar se a situação trazida pelo processo se adequa à tipificação legal para, após, aplicar – ou deixar de fazê-lo – a cautela.

Recorde-se que no processo penal o julgador não detém o *poder geral de cautela*, sendo o seu atuar na restrição à liberdade pessoal rigidamente circunscrito pela lei. Assim, o exercício do poder cautelar é, num momento anterior àquele da aplicação da lei (o da sua gênese), estritamente especificado pelo legislador. Discricionariedade, diz SARACENI,⁴²³ significa então que a escolha entre cautela e liberdade uma vez excluídas a rigidez e o automatismo ligados à previsão legal abstrata, “constituem não mais expressão da generosidade ou da severidade do juiz e, sim, o resultado de uma verificação governada por critérios legalmente estabelecidos”.

No mesmo sentido é o magistério de NAPPI, que, embora admitindo no processo cautelar a existência de um caráter *instrumental* da discricionariedade, observa a sobreposição de um caráter *recognitivo*. Afirma ele que, com a edição do atual Código de Processo Penal Italiano (de 1988), se verificou uma passagem da instrumentalidade *do ato* para a instrumentalidade *da norma*, asseverando mais que, no momento em que o legislador define quais são os pressupostos cautelares que justificam a adoção de uma medida cautelar, o faz tendo em vista uma função *instrumental* voltada à conservação, à tutela cautelar dos efeitos do processo. Isto é, o faz com função *instrumental* referentemente à efetividade da jurisdição, como, é óbvio, deve ocorrer para todas as medidas cautelares.

sensu che al giudice non è lasciata una ulteriore facoltà di determinarsi in un senso o nell'altro una volta che abbia acquisito, appunto secondo i criteri fornitigli dalla legge, ad orientamento e limite della sua discrezionalità, la convinzione circa l'esistenza o l'inesistenza dei presupposti di esercizio del potere cautelare”. (SARACENI, Luigi. **Il Sistema Cautelare nel Nuovo Processo Penale: Lineamento Generali e Valori di Fondo.** In: CANZO, Giovanni. FERRANTI, Donatella e PASCOLINI, Alessandro. Contributi allo Studio del Nuovo Codice di Procedura Penale, Milão: Giuffrè, 1989, p. 179).

423 SARACENI, loc. cit.

Observa NAPPI, porém, que a escolha é feita pelo *legislador* e não pelo *juiz*: este deve apenas verificar a existência dos pressupostos cautelares. Ainda conforme o doutrinador peninsular, a opção relativa à instrumentalidade é confiada ao legislador no momento em que ele escolhe exatamente quais são os pressupostos que legitimam a medida cautelar. Uma vez escolhidos tais pressupostos ao juiz cabe somente verificar a existência no caso concreto dos pressupostos autorizativos à medida, competindo-lhe uma discricionariedade que é exclusivamente *recognitiva*. Em suma, *o provimento jurisdicional relativo à cautela é uma decisão que se justifica em razão da sua conformidade a um modelo normativo pré-existente*.⁴²⁴

É ainda de NAPPI⁴²⁵ a seguinte conclusão: é somente a verificação de um pressuposto específico, predeterminado pelo legislador (*reserva de lei*), que pode justificar a adoção da medida cautelar por parte do juiz (*reserva de jurisdição*).

A reserva de lei, também no Brasil após a adoção de um extenso rol cautelar, impediria a adoção da medida cautelar para o fim de evitar o comprometimento da prova não contemplado na previsão legal. Portanto, o afastamento do exercício da função não poderia ocorrer sequer quando há alta probabilidade de destruição da prova.

A conclusão acima, contudo, se revela paradoxal em razão de que a imposição de cautelas pessoais (inclusive prisão preventiva) não contraria o princípio constitucional da presunção de inocência quando se volta à tutela da prova. Aí se reconhece com facilidade a presença de um fim *intraprocessual* por ninguém negado tanto na doutrina quando nos Tribunais.

424 NAPPI, 1989, p. 187-188.

425 In: **Guida al Nuovo Codice di Procedura Penale**. Milão: Giuffrè, 1992, p. 413.

O paradoxo se expressa na forma seguinte: o inciso VI do artigo 319 do Código de Processo Penal oportuniza a imposição de suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira *quando há risco de infração penal* o que é inconstitucional, com afronta ao princípio da presunção de inocência. Silencia, contudo, quando existe *alta probabilidade de dano à prova*, situação inegavelmente conforme à Constituição.

A indagação é: pode o Poder Judiciário ultrapassar o molde normativo desconforme à Constituição e impor a medida a par-lamente com o objetivo de preservar a prova ou, distintamente, queda inerte e permite o comprometimento do processo? A ultrapassagem não expressa um desejado e inexistente *poder geral de cautela* do juiz penal?

Para a resposta não parece ser possível esquecer o papel inadequado desempenhado pelo legislador processual penal de 2011, que deveria prever uma situação (*suspensão de função ou de atividade para impedir o comprometimento da prova*) e previu outra (*imposição para evitar reiteração*).

Há, na doutrina, manifestações que admitem a medida especialmente quando o que se quer tutelar é a prova nos crimes contra a ordem econômica.⁴²⁶ Claro que, tratando-se do exercício de mandato a medida também está autorizada quando fundada nos mesmos pressupostos cautelares.

Portanto, tratando-se de necessidade cautelar conforme a Constituição da República, deve, sim, se impor a medida cautelar de *suspensão de função pública* quando o exigirem as necessidades

426 Em tal sentido: CÂMARA, Luiz A.: “Pode – e deve – substituir a prisão preventiva também quando houver possibilidade de o acusado destruir provas, especialmente aquelas contidas em meios magnéticos ou em centrais informáticas. Terá, então, aplicação especialmente voltada aos crimes contra a ordem econômica” (2004, p. 195).

cautelares de preservação da prova.⁴²⁷ Aliás, ou é isso ou, então, com base no texto legal, se impõe prisão preventiva sob o argumento de inexistência de pressuposto cautelar específico para a medida mais amena.⁴²⁸

CONCLUSÃO

1. A prisão em flagrante é medida *subcautelar*.
2. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais ou seus agentes deverão deter em flagrante deputados federais ou senadores surpreendidos na prática de crime.
3. Em diversas constituições de países distintos há controle *judicial* ou *político* da imposição de medidas cautelares prisionais ou delas diversas.

427 Similarmente, PACELLI, Eugenio: “Já tivemos oportunidade de demonstrar, contudo, que nada impedirá a sua imposição também, e excepcionalmente, *por conveniência* da instrução (ou da investigação) nos casos em que for fundado o receio de *destruição de provas* cujo acesso dependa do exercício da função pública ou da aludida atividade econômico-financeira. E voltamos a alertar: a insistência desmedida na submissão da matéria ao princípio da legalidade, no sentido de somente aplicar a cautelar *para os fins específicos* determinados em lei, poderá acarretar o incremento da prisão preventiva, quando se tratar das situações previstas no art. 313, CPP. Por óbvio, e como facilmente se deduz da natureza restritiva de direitos dessa cautelar, é preciso, de fato, que a *regra* seja o cumprimento da finalidade legal ali especificada, destinada, portanto, ao risco de prática de novas infrações penais. Excepcionalmente, porém, deve-se também poder manejá-la sob outra fundamentação cautelar (art. 282, I e II, CPP), a fim de se impedir a decretação compulsória da prisão preventiva, se, com isso, também se puder alcançar a proteção da prova da investigação ou da instrução” (**Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2017, p. 519-520).

428 Em sentido similar MARCÃO: “Não admitir a medida cautelar com vistas à preservação da idoneidade da prova, no mais das vezes, irá significar expor o agente à possibilidade de prisão preventiva, por conveniência da instrução criminal, quando presentes os demais requisitos da lei.” (2016, p. 834).

4. No Brasil o controle é *jurídico-político*.
5. Em caso de *detenção* em flagrante de parlamentar federal o caso deve ser enviado imediatamente à Procuradoria Geral da República.
6. O Procurador da República imediatamente após a recepção do caso o enviará ao Supremo Tribunal Federal. A tal corte, havendo autorização para abertura da investigação, caberá lavrar o auto de flagrante.
7. Lavrado o auto de flagrante pela Corte Suprema ela poderá substituir a prisão em flagrante por medidas alternativas à prisão preventiva, enviando, sempre, o caso ao Senado ou à Câmara de Deputados.
8. Crimes *inafiançáveis*, conforme o art. 53, § 2º da Constituição Federal, são somente aqueles contemplados na própria carta constitucional no art. 5º, XLII, XLIII e XLIV, também indicados no art. 323, CPP.
9. As situações previstas no art. 324, CPP, não são autorizativas da prisão em flagrante de parlamentar.
10. Há vácuo legislativo quanto à imposição a parlamentares de medidas cautelares diversas da prisão preventiva.
11. A *suspensão de função pública*, decretada para impedir a reiteração criminosa, atenta contra o princípio da presunção de inocência, não podendo ser imposta para atender ao fim contemplado no art. 319, VI, CPP.
12. Havendo imposição de qualquer medida cautelar processual penal (art. 319, CPP) a membro do Congresso Nacional deverá ser comunicada a casa parlamentar a que pertence para que “resolva” sobre a medida.

13. Também a imposição da proibição de ausentamento do país e entrega de passaporte (art. 320, CPP) deve ser comunicada ao parlamento.
14. Pode ser imposta a parlamentar a *suspensão de função pública* quando o exigirem as necessidades cautelares de preservação da prova.
15. Imposta a medida com os fins indicados no número anterior, também em tal caso haverá comunicação ao parlamento.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber M. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ARKWRIGHT, Edward, BARON, Frank – DELAMARRE e LAZERGES, Romarik. **Les Institutions de la France**. Quelles sont les garanties accordées aux parlementaires? Disponível em: <<https://www.vie-publique.fr/fiches/19513-les-garanties-accordees-aux-parlementaires>>. Acesso em: 14/11/2019.

BADARÓ, Gustavo. **O STF pode suspender o exercício de mandato eletivo?** Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-stf-pode-suspender-o-exercicio-de-mandato-eletivo-27092017>>. Acesso em 13/12/2019.

BARBAGALO, Fernando Brandini. **Prisão de Deputado Federal e Senador: Uma Breve Análise Constitucional**. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2013/prisao-de-deputado-federal-e-senador-uma-breve-analise-constitucional-juiz-fernando-barbagalo>>. Acesso em: 15/11/2019.

BARBOSA, Ruchester M. **Supremo instituiu a conversão antecipada de prisão em flagrante**. Revista Consultor Jurídico, edição de 15/08/2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-ago-15/academia-policia-supremo-instituiu-conversao-antecipada-prisao-flagrante>>. Acesso em: 15/11/2019.

BECHARA, Fábio R. **Não há nenhuma ilegalidade na prisão do Senador Delcídio do Amaral**. Revista Consultor Jurídico, 03/12/2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-dez-03/fabio-bechara-nao-ilegalidade-prisao-senador-deldicio>>. Acesso em: 15/11/2019.

CÂMARA, Luiz A. **Medidas Cautelares Pessoais – Prisão e Liberdade Provisória**. Curitiba: Juruá, 2011.

____ **Reflexões Acerca das Medidas Cautelares Pessoais nos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional**, in Direito Empresarial e Cidadania Questões Contemporâneas. Coord. GEVAERD, Jair e TONIN, Marta. Curitiba: Juruá, 2004.

____ e KNOPFHOLZ, Alexandre. **Algumas Notas Sobre a Detenção em Flagrante e Crimes Econômicos**. In: CÂMARA, Luiz A., Crimes Empresariais, Não Autoincriminação, Cautelas Pessoais e Sigilo Processual. Curitiba: Juruá, 2012 – p. 227-250.

CORDERO, Franco. **Procedura Penale**. Milão: Giuffrè, 1995.

CRUZ, Rogério Schietti. **Sessenta dias de prisão temporária. É razoável?** In: Revista dos Tribunais, vol. 718/352-358.

DALIA, Andrea A. [et alii]. **Manuale di Diritto Processuale Penale**. Milão: Giuffrè, 1991.

FERREIRA FILHO, Manoel G. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015

FONTELLA, Bibiana. **A Medida Cautelar de Suspensão do Exercício da Função Pública ou da Atividade Econômica: o Risco de Reiteração como Fundamento da Medida Cautelar**. Revista do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico. Org. Luiz Antonio Câmara e Bibiana Fontella. Florianópolis: 2016, número 1, p. 89-124.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de Inocência e Prisão Cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

GOMES, Luiz F. e BIANCHINI, Alice. **Das Imunidades e Prerrogativas dos Parlamentares**. Disponível em: <<https://professoraalice.jusbrasil.com.br/artigos/315644894/das-imunidades-e-prerrogativas-dos-parlamentares>>. Acesso em: 15/11/2019.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. **Manual de Processo Penal**, São Paulo, Saraiva, 2010.

JARDIM, Afrânio S. **Visão Sistemática da Prisão Provisória no Código de Processo Penal**. In: *Justitia*, vol. 132, p. 107-129.

LACERDA, Fernando H. I. **Prisão de senador Delcídio Amaral materializa o Estado de exceção**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-nov-26/fernando-lacerda-prisao-delcidio-elegia-estado-direito>>. Acesso em: 15/11/2019.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Crimes hediondos e a prisão em flagrante como medida pré-cautelar: uma leitura garantista**, in BONATO, Gilson (org.) *Garantias constitucionais e processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraivajur.

MARCÃO, Renato. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2016.

MENDES, Gilmar F. e BRANCO, Paulo G.G. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva-IDP, 2016.

MENDONÇA, Andrey B. **Prisão e outras Medidas Cautelares Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2011.

MIRANDA, Francisco C. Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946, Vol. II**. 2ª Edição. São Paulo: Max Limonad, 1953.

NAPPI, Aniello. **I Presupposti per l'Applicazione delle Misure Cautelari Reali e Personali**. In: *Contributi allo Studio del Nuovo Codice di Procedura Penal*, Milão: Giuffrè, 1989, p. 184-200.

NUCCI, Guilherme S. **Código de Processo Penal Comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2017

PACELLI, Eugenio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2017.

PACELLI, Eugênio e FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2017.

_____. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2018.

ROXIN, Claus. **Derecho Procesal Penal**. Tradução de Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.

SARACENI, Luigi. **Il Sistema Cautelare nel Nuovo Processo Penale: Lineamenti Generali e Valori di Fondo**. In: CANZO, Giovanni. FERRANTI, Donatella e PASCOLINI, Alessandro. Contributi allo Studio del Nuovo Codice di Procedura Penale. Milão: Giuffrè, 1989, p. 263-181.

SARLET, Ingo W. **As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana -construindo um compreensão jurídico-constitucional necessária e possível**, in SARLET, Ingo W. Dimensões da Dignidade – Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Poro Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 13-43.

STEFANI, Gaston. LEVASSEUR, Geoges e BOULOC, Bernard. **Procédure Pénale**. Paris: Dalloz, 1996.

STRECK, Lenio e TRINDADE, André Karam. **“O Passarinho prá cantar precisa estar preso”. Viva a Inquisição!** Consultor Jurídico, Edição de 29/11/2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-29/diario-classe-passarinho-para-cantar-estar-preso-viva-inquisicao>>. Acesso em: 15/11/2019.

TORNAGHI, Helio. **Instituições de Processo Penal**. São Paulo, Saraiva, 1977, vol. 2.