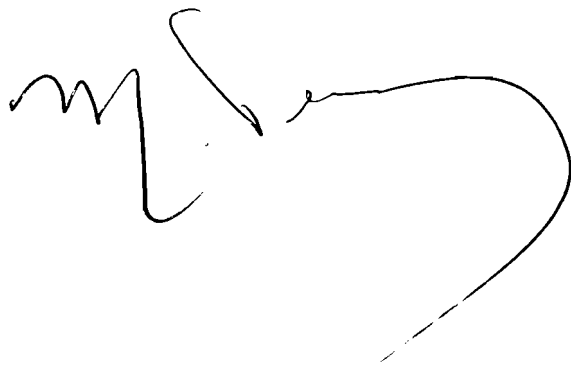


Mensagem n. **377**

Senhora Presidente do Supremo Tribunal Federal,

Com o objetivo de instruir o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.526, tenho a honra de encaminhar a Vossa Excelência as informações em anexo, elaboradas pela Advocacia-Geral da União.

Brasília, **6 de outubro** de 2017.

A handwritten signature in black ink, consisting of a series of loops and a long, sweeping horizontal stroke at the end.

PROCESSO Nº 00688.000442/2016-40

ORIGEM: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

RELATOR: MIN. EDSON FACHIN

ASSUNTO: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.526

Despacho da Advogada-Geral da União

Adoto, para os fins e efeitos do art. 4º, inciso V, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, as anexas **INFORMAÇÕES Nº 00145/2017/CONSUNIÃO/CGU/AGU**, elaboradas pelo Consultor-Geral da União Dr. **MARCELO AUGUSTO CARMO DE VASCONCELOS**.

Brasília, **6** de outubro de 2017.


GRACE MARIA FERNANDES MENDONÇA
Advogada-Geral da União



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO**

INFORMAÇÕES n. 00145/2017/CONSUNIAO/CGU/AGU

PROCESSO N.º 00688.000442/2016-40

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N.º 5526

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

REQUERIDO: PRESIDENTE DA REPÚBLICA E CONGRESSO NACIONAL

RELATOR: MINISTRO EDSON FACHIN

Exma. Sra. Advogada-Geral da União,

1. O Partido Progressista (PP), o Partido Social Cristão (PSC) e o Solidariedade (SD) propuseram ação direta de inconstitucionalidade, com requerimento de medida cautelar, com o fim de conferir interpretação conforme à Constituição aos arts. 312 (prisão preventiva) e 319 (outras medidas cautelares) do Código de Processo Penal, “*de modo a harmonizar sua aplicação concreta aos dispositivos constitucionais que garantem a autonomia das Casas legislativas e as prerrogativas parlamentares*”.

2. Segundo narração inicial, os Partidos Políticos requerentes entendem ser a solução constitucionalmente mais adequada à espécie aquela que imponha a submissão ao Parlamento, em vinte e quatro horas, de qualquer medida judicial que importe o afastamento do parlamentar de suas funções institucionais.

Assinatura manuscrita em tinta preta, localizada no canto inferior direito da página.

3. Postularam os Partidos Políticos, além disso, a concessão de medida cautelar, com efeitos retroativos, idêntica à aventada solução definitiva, e, por fim, que não se aplicasse ao feito o rito previsto no art. 12 da Lei n.º 9.868, de 1999, para permitir o julgamento da cautelar com mais brevidade.
4. O i. Ministro relator, EDSON FACHIN, nada obstante, adotou o rito previsto no art. 12 da Lei, e determinou a requisição de informações.
5. Provocada pela Consultoria-Geral da União, a Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República enviou os elementos constantes na Nota SAJ n.º 1486/2016-CDF, de 8 de junho de 2016, já registrada nos autos.
6. Entretanto, por despacho de 19 de junho de 2017, o i. Ministro EDSON FACHIN facultou aos Requerentes e demais interessados manifestar-se no prazo legal, considerando a relevância da questão jurídica em pauta, bem assim o parecer da Procuradoria-Geral da República carreado aos autos.
7. Até a presente data, o Presidente da República não foi notificado do teor do despacho acima referido, conforme já esclarecido na petição juntada em 01/08/2017.
8. Em despacho de 29/09/17, foi determinada a inclusão do feito em pauta, motivo pelo qual apenas no presente momento são apresentadas informações complementares.
9. É o relatório.
10. O texto constitucional, em seu art. 53, § 2º, apenas admite a prisão de parlamentar quando este for flagrado na prática de crime inafiançável. Ao assim dispor, a Carta Magna consagrou como regra a não-prisão dos membros do Congresso Nacional. Dessa forma, qualquer medida restritiva que implique o afastamento do parlamentar das suas funções não pode ir de encontro ao aludido comando constitucional.
11. Com efeito, não se pode confundir a prisão em flagrante por crime inafiançável, albergada pelo texto constitucional na forma do § 2º do art. 53, com a prisão preventiva e as demais medidas cautelares.

12. Quanto a esse ponto, deve ser destacado que não há como entender admissível a aplicação aos parlamentares de qualquer modalidade de prisão processual (preventiva ou temporária), com exceção da hipótese positivada no texto constitucional, ou seja, no caso de prisão em flagrante por crime inafiançável. O artigo 312 do Código de Processo Penal não se aplica aos parlamentares federais, por expressa vedação constitucional, consoante já pacificado por essa Suprema Corte¹:

O exercício do mandato parlamentar recebeu expressiva tutela jurídica da ordem normativa formalmente consubstanciada na Constituição Federal de 1988. Dentre as prerrogativas de caráter político-institucional que inerem ao Poder Legislativo e aos que o integram, emerge, com inquestionável relevo jurídico, o instituto da imunidade parlamentar, que se projeta em duas dimensões: a primeira, de ordem material, a consagrar a inviolabilidade dos membros do congresso Nacional, por suas opiniões, palavras e votos (imunidade parlamentar material), e a segunda, de caráter formal (imunidade parlamentar formal), a gerar, de um lado, a improcessabilidade dos parlamentares, que só poderão ser submetidos a procedimentos penais acusatórios mediante previa licença de suas Casas, e, de outro, o estado de relativa incoercibilidade pessoal dos congressistas (freedom from arrest), que só poderão sofrer prisão provisória ou cautelar numa única e singular hipótese: situação de flagrância em crime inafiançável. Dentro do contexto normativo delineado pela Constituição, a garantia jurídico-institucional da imunidade parlamentar formal não obsta, observado o "due process of law", a execução de penas privativas da liberdade definitivamente impostas ao membro do Congresso Nacional. Precedentes: RTJ 70/607. - A imunidade parlamentar material só protege o congressista nos atos, palavras, opiniões e votos proferidos no exercício do ofício congressional. São passíveis dessa tutela jurídico-constitucional apenas os comportamentos parlamentares cuja prática seja imputável ao exercício do mandato legislativo (...) (Inq 510, Relator: Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 01/02/1991, DJ 19-04-1991 PP-04581 Ement Vol-01616-01 PP-00086 RTJ Vol-00135-02 PP-00509)

13. Nesse sentido, restou assentado pela Min. Cármen Lúcia, quando do julgamento do HC nº. 89.417², a regra proibitiva de prisão do congressista constitui “garantia do cidadão, do eleitor para autonomia do órgão legiferante e da liberdade do eleito para representar, conforme prometera, e cumprir os compromissos assumidos no pleito”. Não configura, portanto, “direito personalíssimo do parlamentar, mas prerrogativa que

¹ INQ nº 510, Relator: Ministro Celso de Mello, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 01/02/1991, Publicação em 19/04/1991). No mesmo sentido: HC nº 91435, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Órgão julgador: Segunda Turma, Julgamento em 01/04/2008, Publicação em 16/05/2008.

² STF, HC 89417, Relatora: Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 22/08/2006, DJ 15-12-2006 PP-00096 Ement VOL-02260-05 PP-00879.

lhe advém da condição de membro do poder que precisa ser preservado para que preservado seja também o órgão parlamentar em sua autonomia, a fim de que ali se cumpram as atribuições que lhe foram constitucionalmente cometidas”.

14. Diante disso, não há como se considerar possível a aplicação aos parlamentares de qualquer medida que se configure como verdadeiro obstáculo ao exercício pleno de seu múnus público, aqui incluídas, além da prisão processual, as demais medidas cautelares insertas no art. 319 do CPP, a não ser que a situação se enquadre perfeitamente ao ditame constitucional, ou seja, se trate de hipótese de prisão em flagrante por crime inafiançável.

15. A Constituição Federal de 1988, em observância ao Princípio da Separação dos Poderes (art. 2º), que assegura uma convivência independente e harmoniosa entre os Poderes da República, adotou modelo que tem a finalidade de assegurar o pleno exercício das prerrogativas atribuídas pelo voto popular aos parlamentares, com uma série de normas que garantam o exercício do mandato e assegurem a atuação dos representantes diretamente escolhidos pelo povo.

16. Em nosso sistema constitucional, não se proíbe a persecução criminal, mas, sim, com a regra das imunidades, busca-se o estabelecimento de limites constitucionais estritos que devem ser observados e que objetivam garantir a plena atividade parlamentar. Desse modo, por implicar afastamento ou comprometimento do exercício do mandato por aquele legitimamente escolhido pelo voto popular, as medidas cautelares existentes no processo penal somente devem ser aplicadas de forma excepcional e se contempladas no texto constitucional.

17. A Constituição Federal a todo momento deixa claro que o tratamento do parlamentar em processo criminal possui regras específicas e rígidas, eleitas pelo Legislador com o escopo de assegurar a simetria e a harmonia entre os Poderes estatais, de forma a permitir a coexistência pacífica entre estes, sem importar agigantamento de um em detrimento do outro.

18. No caso de prisão em flagrante, a Constituição Federal exige manifestação da Casa Legislativa (artigo 53, § 2º, CF) que irá deliberar sobre a prisão do agente político. Ademais, segundo norma presente no § 3º do artigo 53 da Constituição Federal, recebida a denúncia, será dada ciência à Casa a que pertence o parlamentar, podendo os congressistas inclusive deliberarem pela sustação do processo enquanto durar o mandato. É válido registrar que até mesmo na hipótese de condenação criminal transitada em julgado, a perda do mandato deve ser declarada pela Casa Legislativa, nos termos do entendimento adotado pelo STF na Ação Penal nº. 694:

Dando continuidade ao julgamento, a Turma, por maioria, assentou a interdição, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, Presidente. Quanto à pena, por maioria, prevaleceu o voto da Relatora, vencido o Senhor Ministro Alexandre de Moraes, que majorava a pena em relação a cada qual dos crimes, presente a continuidade delitiva, na metade. E, por último, à unanimidade, assentou a perda do mandato, sinalizando a necessidade de declaração pela Mesa da Câmara, nos termos do § 3º do art. 55 da Constituição Federal, tudo nos termos do voto da Relatora. Primeira Turma, 2.5.2017.

19. Portanto, é clara a existência de um Estatuto dos Congressistas, previsto nos arts. 53 a 56 da Constituição, que traz regras específicas referentes à imunidade material (art. 53, caput) e formal, à prisão em flagrante (art. 53, § 2º), à prerrogativa de foro (art. 53, § 2º), à perseguição penal (art. 53, § 3º a 5º), aos impedimentos (art. 54) e à perda do mandato (arts. 55 e 56).

20. Igualmente, as medidas cautelares previstas no art. 319, CPP também são incompatíveis com o Estatuto dos Congressistas.

21. Como visto, a Constituição Federal apenas admite como medida restritiva à liberdade do parlamentar a prisão em flagrante de crime inafiançável. Observe que o texto constitucional não faz menção expressa a outras formas constritivas ou que importem obstáculo à continuidade do exercício do mandato. Dessa forma, por se tratar de norma excepcional, que não comporta ampliações em desfavor de seus destinatários, há que se conferir a ela interpretação restrita.

22. Segundo a doutrina, as medidas cautelares diversas, prescritas no art. 319 do Código de Processo Penal, **somente podem ser utilizadas quando cabível prisão**

preventiva (última *ratio*), cuja aplicabilidade é dispensada em razão do princípio da proporcionalidade, que recomenda a adoção de medida menos gravosa³. Nessa linha, ensina a doutrina de Gustavo Badaró:

No caso de medidas substitutivas, a prisão preventiva é concretamente cabível, mas o juiz deixa de aplicá-la, substituindo-a por medida menos gravosa, não privativa de liberdade. [...] Certamente, nos casos em que é cabível a prisão preventiva (...) também serão cabíveis, em tese, as medidas alternativas dos arts. 319 e 320. Concretamente, porém, caberá ao juiz verificar qual é a mais adequada (CPP, art. 282, caput e II), quer entre a prisão preventiva, de um lado, e as medidas alternativas, de outro, observando o caráter subsidiário da prisão (CPP, art. 282, § 6º), quer entre as diversas medidas alternativas entre si, segundo os diferentes graus de restrições da liberdade existentes entre elas⁴. (Destacou-se)

23. A propósito, esse parece ser o entendimento dado pelo Pretório Excelso⁵ em casos em que foram aplicadas medidas cautelares em substituição à prisão preventiva, observando-se assim o princípio da proporcionalidade:

Em nosso sistema, notadamente a partir da Lei 12.403/2011, que deu nova redação ao art. 319 do Código de Processo Penal, o juiz tem não só o poder, mas o dever de substituir a prisão cautelar por outras medidas sempre que essas se revestirem de aptidão processual semelhante. Impõe-se ao julgador, assim, não perder de vista a proporcionalidade da medida cautelar a ser aplicada no caso, levando em conta, conforme reiteradamente enfatizado pela jurisprudência desta Corte, que a prisão preventiva é medida extrema que somente se legitima quando ineficazes todas as demais (HC 106446, Rel. Min.

³ Nesse aspecto, cabe citar expressamente os ensinamentos de Aury Lopes: “A medida alternativa somente deverá ser utilizada quando cabível a prisão preventiva, mas, em razão da proporcionalidade, houver outra restrição menos onerosa que sirva para tutelar aquela situação. São balizas para aplicação das medidas cautelares diversas: (a) nos crimes dolosos culposos cuja pena máxima é superior a 4 anos e exista *fumus commisi delicti* e *periculum libertatis*, poderão ser utilizadas as medidas cautelares diversas ou, se inadequadas e insuficientes, a prisão preventiva; (b) nos crimes dolosos cuja pena máxima é igual ou inferior a 4 anos e exista *fumus commisi delicti* e *periculum libertatis*, somente poderá haver decretação de medida cautelar diversa; e (c) nos crimes dolosos cuja pena máxima é igual ou inferior a 4 anos, em que exista *fumus commisi delicti* e *periculum libertatis*, e exista uma das situações dos incisos II ou III do art. 313, poderá ser decretada medida cautelar diversa ou, excepcionalmente, a prisão preventiva” (LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 354).

⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

⁵ Há outros precedentes, nesse sentido: STF, HC 136296, Relatora: Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 13/09/2016, Processo Eletrônico DJe-226 Divulg 21-10-2016 Public 24-10-2016; HC 106446, Relatora: Min. Cármen Lúcia, Relator p/ Acórdão: Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 20/09/2011, Processo Eletrônico DJe-215 Divulg 10-11-2011 Public 11-11-2011 RTJ VOL-00218-01 PP-00397; HC 130636, Relator: Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 15/12/2015, Processo Eletrônico DJe-095 Divulg 11-05-2016 Public 12-05-2016.

Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe de 20/9/2011; HC 114098 Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe de 12/12/2012). (HC 132233, Relator: Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 26/04/2016, Processo Eletrônico DJe-101 Divulg 17-05-2016 Public 18-05-2016)

*Nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, a preventiva poderá ser decretada quando houver prova da existência do crime (materialidade) e indício suficiente de autoria, mais a demonstração de um elemento variável: (a) garantia da ordem pública; ou (b) garantia da ordem econômica; ou (c) por conveniência da instrução criminal; ou (d) para assegurar a aplicação da lei penal. **Para quaisquer dessas hipóteses, é imperiosa a demonstração concreta e objetiva de que tais pressupostos incidem na espécie, assim como deve ser insuficiente o cabimento de outras medidas cautelares, nos termos do art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal, pelo qual a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319 do CPP).** (HC 135250, Relator: Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 13/09/2016, Processo Eletrônico DJe-208 Divulg 28-09-2016 Public 29-09-2016)*

24. Ora, se em desfavor do parlamentar não pode ser decretada prisão preventiva, por certo também que não cabe a fixação de medida cautelar diversa que somente é cabível quando presente situação que justifique aquela modalidade de prisão cautelar.

25. É válido registrar que, ainda que de menor gravidade, algumas medidas do art. 319 do CPP, como, por exemplo, a de proibição de frequentar lugares, de permanecer, e similares, são extremamente gravosas por caracterizarem “*verdadeira pena de ‘banimento’, na medida em que impõem ao imputado severas restrições ao seu direito de circulação e até mesmo de relacionamento social*”⁶.

26. Por óbvio que essas medidas podem implicar cerceamento da liberdade do indivíduo, a ponto de constituir, caso aplicáveis aos membros do Congresso Nacional, verdadeiros óbices ao exercício pleno do seu múnus público, de forma que sua aplicabilidade deve ser aferida com temperamento e sempre balizada por fundamento legal e constitucional, o que, na hipótese dos parlamentares, inexistente, já que o § 2º do art. 53 da Carta Cidadã não abarca tal possibilidade.

⁶ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 354. De igual modo é a pena de recolhimento noturno, a qual, segundo o citado autor, “*é uma modalidade menos gravosa de manter alguém em regime de liberdade parcial*”.

27. Ainda sobre o tema, cumpre destacar as lições doutrinárias do Min. Alexandre de Moraes, segundo as quais o Parlamentar “***não pode sofrer nenhum ato de privação de liberdade, exceto o flagrante de crime inafiançável***”⁷. Indo além, o retromencionado Ministro enuncia:

*Em regra, portanto, o congressista não poderá sofrer qualquer tipo de prisão de natureza penal ou processual, seja provisória (prisão temporária, prisão em flagrante por crime afiançável, prisão preventiva, prisão por pronúncia, prisão por sentença condenatória recorrível), seja definitiva (prisão por sentença condenatória transitada em julgado), ou ainda, prisão de natureza civil. Excepcionalmente, porém, o congressista poderá ser preso, no caso de flagrante de crime inafiançável*⁸.

28. É inegável, por conseguinte, que, com exceção da prisão flagrancial de crime inafiançável, qualquer outro ato que implique esvaziamento da representação democrática conferida pelo voto popular deve ser tido como incompatível com a redação literal conferida ao art. 53, § 2º, por força da Emenda Constitucional nº. 35/2001.

29. Assim, mostra-se imperioso conferir interpretação conforme à Constituição, com o fito de prestigiar a norma do art. 53, § 2º, impedindo-se que interpretações diversas possibilitem a fixação de medidas cautelares e demais prisões processuais em desfavor dos congressistas, ressalvado, por óbvio, a prisão em flagrante por crime inafiançável.

30. Ante a essas considerações, é forçoso concluir que:

- (a) Não se admite a aplicação aos parlamentares de qualquer modalidade de prisão processual (ar. 312, CPP), com exceção da hipótese positivada no texto constitucional, ou seja, prisão em flagrante por crime inafiançável (art. 52, § 2º da CF).
- (b) A concessão de medida cautelar prevista no art. 319 do CPP aos parlamentares não encontra amparo na Constituição Federal. Além disso, as

⁷ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 32ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2016, p. 721.

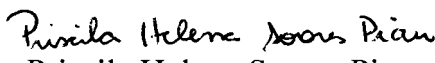
⁸ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 32ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2016, p. 721.

referidas medidas somente são admissíveis no processo penal como medida alternativa à prisão preventiva, a qual não é aplicável para os parlamentares.

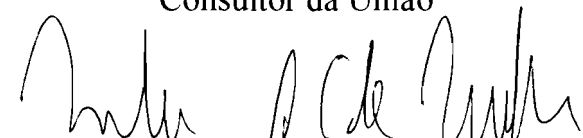
31. São esses, pois, os argumentos que submeto a Vossa Excelência, para que sejam encaminhados ao Colendo Supremo Tribunal Federal, em atenção ao d. despacho do e. Ministro relator, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.526-DF.

À consideração superior.

Brasília-DF, 06 de outubro de 2017.


Priscila Helena Soares Piau
Advogada da União


Rodrigo Pereira Martins Ribeiro
Advogado da União
Consultor da União


Marcelo Augusto Carmo de Vasconcelos
Consultor-Geral da União