

ART. 53, §2º DA CRFB/88 E A TESE DA INAFIANÇABILIDADE LEGAL – UMA ANÁLISE TÉCNICA SOBRE A POSSIBILIDADE DE PRISÃO DO PARLAMENTAR FEDERAL

Anna Thácia Pereira Lutz

Graduada pela Universidade Estácio de Sá.
Advogada.

Resumo – Recentemente, o Plenário do Supremo Tribunal Federal referendou a chamada Tese da Inafiançabilidade Legal construída de forma gradativa pela jurisprudência da Corte e usada em determinado caso concreto para fundamentar mandado de prisão em flagrante de parlamentar federal. Destarte, houve a possibilidade de se levantar discussões doutrinárias e jurisprudenciais, bem como tecer críticas à formulação da referida Tese, tendo como base o que preceitua a Constituição Federal de 1988. No presente trabalho, pretende-se analisar certas manifestações jurídicas divergentes, assim como, trazer para o debate argumentos capazes de contestar a adoção da Tese em comento, com a finalidade precípua de sustentar uma adequada e técnica interpretação dos preceitos trazidos pela Lei Maior. Para tanto, analisa-se as inconstâncias jurídicas observadas na construção interpretativa que ensejou a Inafiançabilidade Legal, além de contrapô-las ao art. 53, §2º, CRFB/88 e aos pertinentes institutos jurídicos constitucionais.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Direito Processual Penal. Prisão do Parlamentar. Inafiançabilidade.

Sumário – Introdução. 1. Art. 53, §2º, CRFB/88 – A Imunidade Formal Parlamentar ante demandas jurisdicionais. 2. A Tese da Inafiançabilidade Legal – Uma análise sobre a problemática da sua construção. 3. A (in)aplicabilidade da Tese da Inafiançabilidade Legal sob a luz da Carta Magna. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica visa discutir a plausibilidade do acolhimento da Tese da Inafiançabilidade Legal, que amplia as possibilidades de prisão cautelar do parlamentar federal - assim como previsto para alguns outros ocupantes de cargos públicos -, não obstante o que preceituam o art. 5º, XLII, XLIII e XLIV e o art. 53, §2º da Constituição Federal. Busca-se trazer uma reflexão sobre a possível subversão da ordem constitucional e de como deve se dar a interpretação infraconstitucional, que tem como parâmetro o texto da Carta Magna.

Para tanto, abordam-se posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, de forma a possibilitar a discussão sobre o propósito legiferante com a inserção, no texto constitucional, das hipóteses em que se dá a prisão do parlamentar federal, considerada sua imunidade formal, contraposto ao acolhimento da Tese da Inafiançabilidade Legal pelo Plenário da Suprema Corte brasileira.



Observa-se que, quando da convocação da Assembleia Constituinte, houve opção do Poder Originário por firmar, no texto constitucional, o chamado Poder Constituinte Derivado Reformador, que nada mais é, em suma, do que um poder político de reforma do texto constitucional, que se dá por meio de emendas.

Como legitimados a exercer tal poder de reforma, Deputados e Senadores fizeram uso de suas atribuições para incluir no texto constitucional dispositivos que estabelecem suas Imunidades Material e Formal.

Assim, com a Emenda Constitucional nº 35/2001, parlamentares atribuíram novo texto ao artigo 53, §2º da CRFB/88, o qual estabelece que os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável, o que caracteriza a mencionada Imunidade Formal ou Processual, enquanto o art. 5º, XLII, XLIII, XLIV, também da CRFB/88, faz menção expressa aos delitos considerados inafiançáveis pelo ordenamento jurídico pátrio.

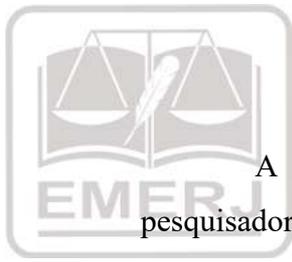
Em razão da previsão constitucional, o acolhimento da referida Tese no Inquérito nº 4.781, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, acentuou controvérsias entre entendimentos doutrinários e o adotado pelo Supremo Tribunal Federal, o que demonstra a necessidade de atenção ao tema.

Para melhor compreendê-lo, busca-se apresentar o conceito de “Imunidade Formal ou Processual do Parlamentar Federal” e compreender como e com qual objetivo tal instituto foi inserido no texto constitucional. Além disso, pretende-se pormenorizar a análise da norma processual penal que deu ensejo à criação da Tese da Inafiançabilidade Legal, assim dizendo, proveniente da lei, com hipóteses diversas das previstas na CRFB/88.

Assim, inicia-se o primeiro capítulo do trabalho com um estudo sobre a razão de instituir uma Imunidade Formal para os parlamentares, ressalvada a possibilidade de seu afastamento na hipótese de flagrante de crime inafiançável, e as demandas jurisdicionais.

Segue o segundo capítulo trazendo à baila a análise dos dispositivos processuais penais que permitiriam a prisão cautelar do parlamentar federal em hipótese diversa à prevista no texto constitucional, bem como da aplicação da Tese da Inafiançabilidade criada a partir de tais dispositivos no Inquérito paradigma, instaurado no STF.

O terceiro capítulo enfatiza a posição da Lei Maior e os preceitos fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro, no sentido de que toda norma infraconstitucional deve ser interpretada à luz da Constituição Federal, e debate uma possível subversão de tais preceitos como consequência do acolhimento da Tese.



A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, considerando que o pesquisador traz análises de institutos jurídicos e suas implementações, com o fito de fomentá-las ou refutá-las de forma argumentativa.

Para isso, a explanação do objeto desta pesquisa jurídica dar-se-á, necessariamente, de forma qualitativa e explicativa, visto que o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática discutida – legislação, doutrina e jurisprudência – para sustentar a sua defesa.

1. ART. 53, §2º, CRFB/88 – A IMUNIDADE FORMAL PARLAMENTAR ANTE DEMANDAS JURISDICIONAIS

Antes de ser considerado um princípio constitucional, tradicionalmente, a Separação dos Poderes da República é tida como uma técnica, um mecanismo com o qual se objetiva impedir o exercício ilimitado de poder.

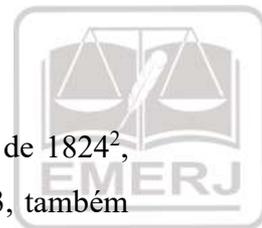
Inserido no cenário do Estado Republicano, a técnica da Separação dos Poderes da República em Executivo, Legislativo e Judiciário, em que cada um possui sua atividade preponderante – e não exclusiva – de administrar, legislar e julgar, respectivamente, ensejaria maior eficiência e estabilidade ao Estado que a adotasse. Ressalta-se que se trata de uma escolha política.

A Constituição da República Federativa do Brasil, 1988¹, no seu art. 2º, prevê que os Poderes são independentes e harmônicos entre si, enquanto no art. 60, §4º, III, a Constituição também prevê que o então Princípio da Separação dos Poderes é uma de suas cláusulas pétreas.

Em tal contexto, há de se destacar, neste trabalho, o Poder Legislativo, que traz como conjunto de normas a estatuir o regime jurídico aplicado aos seus membros, o Estatuto dos Congressistas, que abrange seus direitos e imunidades, bem como deveres e impedimentos.

As imunidades e demais prerrogativas atribuídas aos membros do Poder Legislativo foram criadas para proteger e concretizar a independência do Poder, visando o adequado desenvolvimento de suas funções típicas e atípicas.

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 9 mar. 2021.



Historicamente, o Estatuto dos Congressistas existe desde a Constituição de 1824², além de ser possível afirmar que a Constituição de 1937³, em seus artigos 42 e 43, também permitia que os Parlamentares fossem responsabilizados por crimes contra a honra, entre outros.

O art. 53, da CRFB/88⁴ traz em seu texto as chamadas Imunidades Material e Formal, sendo a Imunidade Formal, prevista no §2º, a relacionada às hipóteses de prisão e de processo. Trata-se, então, da impossibilidade de parlamentares serem presos ou de assim permanecerem.

O parágrafo 2º do art. 53, trata de um “estado de relativa incoercibilidade pessoal”⁵ do parlamentar, chamada no sistema constitucional britânico de *Freedom Of Arrest*. O dispositivo traz a previsão da regra e, de forma simultânea, sua exceção:

Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.

§ 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, - salvo em flagrante de crime inafiançável-. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.

Nesse cenário, as prerrogativas são consideradas imprescindíveis ao exercício adequado da função legiferante, destacando-se o fato de não serem garantias individuais, mas sim, institucionais, sendo, portanto, irrenunciáveis pelos parlamentares.

Como pode ser visto, num cenário ideal, a existência de garantias direcionadas aos membros do Poder Legislativo se justifica pela necessidade de salvaguardar a independência atribuída pela Constituição a cada Poder da República.

Entretanto, reiteradas demandas chegam ao Supremo Tribunal Federal, no qual parlamentares federais têm prerrogativa de foro para serem julgados – mais uma de suas garantias constitucionais -, em que se faz necessária a análise, pela Suprema Corte, do alcance e da correta aplicação do mencionado dispositivo constitucional.

Ressalta-se que, dentre elas, como exemplo, discute-se se há ou não limite a ser imposto à chamada Imunidade Material – *Freedom of Speech* – que garante a inviolabilidade civil e penal aos Deputados e Senadores por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos, conforme caput do art. 53, CRFB/88⁶.

² BRASIL. *Constituição política do império do Brasil*, de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 14 nov. 2021.

³BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 29 set. 2021.

⁴ BRASIL, op. cit., nota 1.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito nº 510-0/143*, Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=80580>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

⁶ BRASIL, op. cit., nota 1.



A incidência de tal Imunidade está diretamente relacionada com o exercício do mandato e exclui a tipicidade da conduta praticada pelo congressista. Sobre ela, o STF firmou entendimento⁷ de que as manifestações proferidas dentro do parlamento gozam da sua forma absoluta, mesmo que não tenham relação direta com o exercício do mandato. Já para as manifestações proferidas fora do referido espaço, a imunidade se mostra relativa e, para que o parlamentar seja imune, é preciso que suas palavras tenham relação com o mandato exercido.

Levantados os julgados da Corte que se relacionam com a temática, vê-se que se faz necessária uma reflexão sobre a devida utilização que os parlamentares fazem das suas prerrogativas pois, de início, não há dificuldade em compreender a intenção do legislador constitucional quando optou por atribuir garantias aos membros dos Poderes, mostrando-se imperioso assegurar a independência e harmonia que entre eles deve haver.

Neste contexto, para que não haja também abuso do poder conferido pela Constituição, a Carta Magna trouxe o sistema de Freios e Contrapesos – *Checks and Balances* –, que confere a cada um dos Poderes a prerrogativa da interpenetração, como interferências e controles recíprocos, estabelece mecanismos de fiscalização e responsabilização recíproca dos poderes estatais⁸.

Além de vasta doutrina sobre o tema, é possível encontrar na jurisprudência a interpretação dada pela Suprema Corte brasileira:

A essência do postulado da divisão funcional do poder, (...), representa o princípio conservador das liberdades do cidadão e constitui o meio mais adequado para tonar efetivos e reais os direitos e garantias proclamados pela Constituição. Esse princípio, que tem assento no art. 2º da Carta da República, não pode constituir e nem qualificar-se como um inaceitável manto protetor de comportamentos abusivos e arbitrários, por parte de qualquer agente do Poder Público ou de qualquer instituição estatal. (...). [...], teve por objetivo instituir modelo destinado a impedir a formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito do Estado, em ordem a neutralizar, no plano político-jurídico, a possibilidade de dominação institucional de qualquer dos Poderes da República sobre os demais órgãos da soberania nacional⁹.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito nº 4.781/DF*, Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5651823>>. Acesso em: 9 mar. 2021; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Cautelar 4.039/DF*, Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: 9 mar. 2021.

⁸ DIMOULIS apud LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 533.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 23.452-1/RJ*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1763585>>. Acesso em: 29 set. 2021.



Diante de tais considerações, ressalta-se que o Poder Judiciário tem, como função típica, julgar, exercer função jurisdicional, com objetivo de aplicar o direito ao caso concreto a fim de dirimir conflitos de interesse, consoante definição de José Afonso da Silva¹⁰.

As explicações supra se mostram pertinentes pois, como citado, Deputados e Senadores possuem foro por prerrogativa de função para serem julgados pelo STF no exercício de sua competência originária, em que pese a segunda parte do §2º do art. 53¹¹ compeli-lo ao envio dos autos para que a respectiva Casa Legislativa decida sobre manter ou revogar a prisão cautelar do parlamentar, que nada mais é do que uma decisão política, considerando que será aberta e não precisa ser motivada.

Consideradas tais premissas, pondera-se, aqui, como se dá a atuação da Suprema Corte diante dos fundamentos estabelecidos pela Constituição, pela interpretação a ser dada aos dispositivos, contraposta às imunidades conferidas aos parlamentares.

As discussões que chegam à Corte se mostram das mais variadas, direcionadas, em algumas situações, ao que abrange as hipóteses de flagrância, numa perspectiva processual penal, em crimes permanentes, por exemplo, ou, ainda, direcionadas às hipóteses de crime inafiançáveis, que serão discutidas mais à frente, neste mesmo trabalho.

Em 2015, nas ACs nº 4036 e 4039¹², com relatoria do então Ministro Teori Zavascki, a 2ª Turma do STF analisou pedido de prisão preventiva a ser decretada contra o Senador Delcídio do Amaral e outros, formulado pelo Procurador Geral da República.

Na ocasião, o STF ressaltou a previsão constitucional no sentido de que os membros do Congresso Nacional não poderiam ser presos antes de condenação transitada em julgado, exceto na hipótese de flagrância delitiva de crime inafiançável, conforme o art. 53, §2º, CRFB/88¹³.

Em resumo, a Corte entendeu que as condutas típicas do Senador configurariam crime permanente, reconhecida a hipótese de flagrância. Em se tratando do requisito da inafiançabilidade, reconheceu-se que os crimes praticados não eram absolutamente inafiançáveis, entretanto, estariam presentes os motivos que autorizariam a decretação da prisão

¹⁰ SILVA apud LENZA, op. cit., p. 590.

¹¹ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Cautelar 4036/DF*. Relator: Min. Teori Zavascki. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/310875378/acao-cautelar-ac-4036-df-distrito-federal-0008628-6420151000000/inteiro-teor-310875388>>. Acesso em: 9 mar. 2021; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Cautelar 4039/DF*. Relator: Min. Teori Zavascki. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4892330>>. Acesso em: 9 mar. 2021.

¹³ BRASIL, op. cit., nota 1.



preventiva, o que enseja situação em que não se admite fiança, pelo exposto no art. 324, IV do Código de Processo Penal¹⁴.

Foi, então, criado o precedente que possibilitaria a adoção da Tese da Inafiançabilidade Legal recentemente firmada pelo Plenário da Suprema Corte, que encontrou amparo entre alguns doutrinadores quanto à possibilidade de relativização do previsto no art. 53, §2º da CRFB/88¹⁵, bem como confrontou o entendimento de outros que a enxergam como uma inobservância do preceito constitucional. Tal cenário trouxe a necessidade de levantar uma reflexão sobre uma possível caracterização de subversão da interpretação que deve ser dada à norma.

2. A TESE DA INAFIANÇABILIDADE LEGAL – UMA ANÁLISE SOBRE A PROBLEMÁTICA DA SUA CONSTRUÇÃO

Historicamente, num contexto de presunção de culpabilidade, a redação original do Código de Processo Penal, do ano de 1.941, em seu art. 322, abordava o instituto da fiança, nos crimes cabíveis, como um meio a possibilitar a colocação do indivíduo preso, em liberdade provisória. Nestes termos: “Ninguém será levado à prisão ou nesta conservado, se prestar fiança, nos casos em que a lei não a proibir”¹⁶.

Assim, havendo possibilidade de arbitramento da fiança, o indivíduo seria solto mediante o pagamento; não sendo possível ser arbitrada, permaneceria detido, fosse em razão da prisão em flagrante somada ao não arbitramento da fiança, fosse pela prisão preventiva decretada.

No atual momento, ainda sob a ótica processual penal, como trata o autor Norberto Avena¹⁷, o instituto da fiança adquiriu autonomia, figurando no ordenamento como uma medida cautelar diversa da prisão, com possibilidade de ser aplicada isolada ou cumulativamente, para assegurar o comparecimento do agente aos atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial, pela leitura do art. 319, VIII, CPP, com redação dada pela Lei nº 12.403/2011¹⁸.

¹⁴ BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3689-3-outubro-1941-322206-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

¹⁵ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁶ BRASIL, op. cit., nota 14.

¹⁷ AVENA, Norberto. *Processo Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2019, p. 943.

¹⁸ BRASIL, op. cit., nota 14.

Não obstante, o constituinte originário de 1.988, para salientar a gravidade desses delitos, decidiu pela inafiançabilidade dos crimes de racismo, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes, terrorismo, os crimes hediondos definidos em lei e a ação de grupos armados, civis e militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito, todos previstos no art. 5º, XLII, XLIII, XLIV, CRFB/88¹⁹ e reproduzidos no art. 323, CPP²⁰.

No Capítulo anterior, houve menção às ACs nº 4036 e 4039²¹, Ações em que o então Ministro do STF, Teori Zavascki, decretou a prisão preventiva do Senador Delcídio do Amaral, a pedido da PGR, com fundamento na chamada Tese da Inafiançabilidade Legal.

Sobre o tema, o autor Bernardo Gonçalves Fernandes, em seu livro²², aborda as diferentes vertentes de entendimento geradas nos doutrinadores constitucionalistas e processualistas penais em razão das decisões proferidas.

Quanto à prisão decretada no caso Delcídio do Amaral, o autor demonstra as diferentes correntes doutrinárias, levantando a indagação sobre a possibilidade ou não da prisão preventiva do Senador e, quanto àqueles que concordam com a forma como a jurisprudência do STF foi sendo construída, traz o seguinte trecho:

1ª) Sim. O STF teria autorizado a prisão preventiva do Senador, relativizando o art. 53, §2º, CRFB. Nesse sentido, salienta Renato Brasileiro¹², com base no voto proferido pela Ministra Carmen Lúcia no HC 89.417/RO¹³ que a excepcionalidade do contexto enseja a também excepcionalidade na forma de interpretação e aplicação de dispositivos constitucionais, de tal forma que poderia ser considerada cabível a decretação de prisão preventiva de parlamentares. No caso de Delcídio haveria(...) situação de completa anomalia institucional que, culminando em um quadro de excepcionalidade, daria fundamento à relativização do art. 53, §2º, CRFB. (...) Assim, salienta-se que há entendimento de que a prisão seria formalmente descabida, mas não se pode considerar tal regra como intransponível, sob pena de se atentar contra a própria Constituição²³.

Como se pode notar no trecho, houve o resgate de um precedente da Suprema Corte que deu ensejo à flexibilização/relativização da norma do art. 53, §2º, CRFB/88²⁴, o HC 89.417²⁵, caso concreto em que, dentre os 24 parlamentares estaduais da Assembleia Legislativa de Rondônia, 23 estariam envolvidos nos crimes apurados. A Corte considerou como uma

¹⁹ BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁰ BRASIL, op. cit., nota 14.

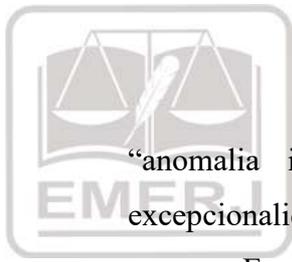
²¹ BRASIL, op. cit., nota 12.

²² FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 1.182-1.197.

²³ BRASILEIRO apud *ibid.*, p. 1.185.

²⁴ BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 89417*. Relatora: Ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2397394>>. Acesso em: 31 ago.2021



“anomalia institucional, jurídica e ética”, caracterizando um caso de “superlativa excepcionalidade”.

Em seu voto, a Ministra Carmen Lúcia pontuou:

3. (...)Pode-se afirmar ainda, nesse juízo, que a própria excepcionalidade da regra geral da custódia cautelar em detrimento de parlamentar já foi objeto de interpretação no STF, não em função de sua literalidade ou como regra isolada no sistema constitucional, mas de acordo com “os fins a que ela se destina”, em conformidade com a “aplicação efetiva e eficaz do sistema constitucional como um todo(...) 9. A norma constitucional que cuida da imunidade parlamentar e da proibição de sua prisão, ressalvada a hipótese prevista na regra antes mencionada, não pode ser tomada em sua literalidade, menos ainda excluída do sistema constitucional, como se apenas aquela regra existisse, sem qualquer vinculação com os princípios que a determinam e com os fins a que ela se destina²⁶.

Com base no precedente, os mesmos fundamentos foram, recentemente, utilizados pelo Ministro Relator Alexandre de Moraes no INQ. 4781²⁷ para determinar a prisão em flagrante do deputado federal Daniel Silveira. Mantida a prisão pela Câmara dos Deputados - art. 53, §2º, CRFB/88²⁸- e, posteriormente, levada ao Plenário, a decisão do Relator fora referendada e a Tese da Inafiançabilidade Legal adotada pelo pleno da Suprema Corte.

Nas palavras do Ministro Relator:

Ressalte-se, ainda, que, as práticas das referidas condutas criminosas atentam diretamente contra a ordem constitucional e o Estado Democrático; apresentando, portanto, todos os requisitos para que, nos termos do artigo 312 do Código de Processo Penal, fosse decretada a prisão preventiva; tornando, conseqüentemente, essa prática delitiva insuscetível de fiança, na exata previsão do artigo 324, IV do CPP (“Art. 324. Não será, igualmente, concedida fiança: IV quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva). Configura-se, portanto, a possibilidade constitucional de prisão em flagrante de parlamentar pela prática de crime inafiançável, nos termos do §2º, do artigo 53 da Constituição Federal²⁹.

Inafiançabilidade Legal, portanto, é a nomenclatura dada à tese formulada com fulcro no art. 324, CPP³⁰ e, no caso concreto em comento, observada a incidência do inciso IV do dispositivo, impôs-se que não será concedida a fiança (caput) quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (inciso IV), estes previstos no art. 312, CPP³¹.

²⁶ Ibid.

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito nº 4.781*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

²⁸ BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁹ BRASIL, op. cit., nota 27.

³⁰ BRASIL, op. cit., nota 14.

³¹ Ibid.



Dadas as considerações, cabe agora uma ponderação: quando a CRFB/88 excepciona a possibilidade de prisão do parlamentar à hipótese de flagrante delito de crime inafiançável, pela literalidade, a Carta Magna fala em crime propriamente dito. Mais que isso, o próprio texto constitucional traz em seu corpo os crimes que devem ser considerados como inafiançáveis pelo legislador.

Por outro lado, ao estabelecer a inafiançabilidade de um delito com base nas hipóteses trazidas pelo art. 324, CPP³², deve-se observar que a norma processual não trata de crimes em espécie, mas, sim, de circunstâncias, acontecimentos que, demonstrada sua ocorrência, importam na impossibilidade de concessão de fiança e potencial viabilidade para que a prisão preventiva seja decretada.

Nota-se, então, que há razões para diferenciar o atributo da inafiançabilidade, imposto a delimitados tipos penais, das situações concretas que acabam por excepcionar a possibilidade do pagamento da fiança quando da prisão do agente criminoso. Frisa-se, ainda, que, a ter como objeto de análise a impossibilidade de concessão de fiança quando presentes os requisitos que justifiquem a prisão preventiva, tal vedação é aplicável a qualquer delito cometido, seja ele inafiançável ou não.

A CRFB/88 é literal, técnica e explícita sobre a hipótese de prisão cautelar em flagrante de crime inafiançável do parlamentar federal. Inobstante, em análise dos julgados aqui mencionados, verifica-se que a posição adotada pela Suprema Corte é no sentido da diferenciação entre o que seria inafiançabilidade absoluta e inafiançabilidade relativa³³.

Absoluta seria a inafiançabilidade prevista na Constituição Federal, conforme dispositivos mencionados, enquanto a inafiançabilidade relativa seria a observada no caso concreto, com base nos art. 324, 327 e 328, CPP³⁴. Essa, portanto, seria a inafiançabilidade que possibilitou a prisão do parlamentar, conferida mediante análise do caso concreto, seguidos os parâmetros do Código de Processo Penal.

Da jurisprudência da Suprema Corte vale, ainda, extrair o que pode se caracterizar como certa resistência ou incerteza quanto à adoção do referido entendimento, como por exemplo, a decisão do Ministro Luís Roberto Barroso, na PET 9218³⁵, que salientou o seguinte:

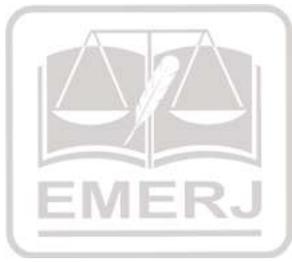
Persiste fundada dúvida sobre a legitimidade da decretação de prisão preventiva do parlamentar federal, já que na ADI, 55526, ministros manifestaram-se de modo

³² Ibid.

³³ BRASIL, op. cit., nota 27.

³⁴ BRASIL, op. cit., nota 14.

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *PET. 9218*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6027989>>. Acesso em: 31 ago. 2021.



desfavorável a essa possibilidade. Diante da não configuração da flagrância e da fundada dúvida sobre a decretação da prisão preventiva, impõe-se o afastamento do senador da função parlamentar de modo a impedir que utilize do seu cargo para dificultar as investigações³⁶.

Observa-se que o Ministro direcionou sua decisão para aplicação de medida cautelar diversa da prisão, diante da ausência de solidez apresentada pela vertente aqui discutida, qual seja, possibilidade de prisão cautelar do parlamentar federal inobstante ausência dos pressupostos da flagrância ou da inafiançabilidade constitucional.

Possível notar, portanto, que o tema apresenta divergências em razão de uma lógica invertida, podendo-se argumentar que há uma interpretação do texto constitucional à luz das normas do Código de Processo Penal, e não contrário. Extraíu-se uma inafiançabilidade que é excepcional, e não a regra, visto que a regra privilegia a liberdade, pelo Estado Democrático de Direito, e o que foge à regra, não se sustenta.

3. A (IN) APLICABILIDADE DA TESE DA INAFIANÇABILIDADE LEGAL SOB A LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Para melhor compreender a discussão aqui trazida, é preciso ter em mente que a previsão do art. 53, §2º, CRFB/88³⁷ é uma regra e não um princípio. Uma regra não admite relativização; ou é aplicável ao caso ou não.

Com o intuito de elucidar tais premissas, importante citar os ensinamentos contidos na obra de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald³⁸, em síntese, quando do estudo da LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, inspirados pela doutrina de Robert Alexy³⁹. Ensinam os autores que:

[...] os princípios são proposições genéricas que informam uma ciência. Sua base valorativa. Na conhecida expressão de Robert Alexy, princípios jurídicos são “*mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas [...]”⁴⁰.

³⁶ Ibid.

³⁷ BRASIL, op. cit., nota 1.

³⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 17. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019. p.93.

³⁹ ALEXY apud ibid., p. 93.

⁴⁰ FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 95.



De acordo com Alexy, citado pelos autores, “as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos”⁴¹.

Com aplicação de tais lições à discussão aqui trazida, é possível observar que, no caso do Deputado Daniel Silveira, por exemplo, não houve uma aplicação literal da norma, mas, sim, uma construção interpretativa sobre a qual pode se dizer que extrapola o limite hermenêutico.

A estratégia interpretativa criada não se sustenta hermeneuticamente, visto que a regra do ordenamento jurídico pátrio é da afiançabilidade, como já dito, anteriormente, com base na doutrina. A inafiançabilidade não é uma regra. A construção interpretativa tornou a infração inafiançável, em decorrência das circunstâncias em que se deu, ainda que pelos requisitos da prisão preventiva e os requisitos exigidos tornam a prisão preventiva possível enquanto cautelar.

No capítulo anterior, houve menção à discussão doutrinária trazida por Bernardo Fernandes Gonçalves⁴², tendo sido apontada a 1ª corrente, que entende como adequada a posição jurisprudencial da Suprema Corte.

Abaixo, ressalta-se os apontamentos trazidos pelo autor para aqueles que entendem pela impossibilidade:

Seria possível prisão preventiva do Senador? (...) 2ª corrente: Não. Não seria possível a prisão preventiva de Deputado Federal ou Senador porque a única prisão cautelar que o art. 53, §2º da CRFB admite é a prisão em flagrante de crime inafiançável. Aqui, o entendimento é o de que o Ministro Teori Zavascki não decretou a prisão preventiva do Senador Delcídio do Amaral. Nesse sentido, o que corrobora com essa posição é não apenas a argumentação por ele utilizada, mas também a forma pela qual o Ministro descreveu o comando da decisão. Portanto, o STF não concordou em decretar prisão preventiva, mas reconheceu que o Senador estava em situação de flagrância, razão pela qual ordenou o cumprimento da prisão⁴³.

Para enriquecer o debate, é possível analisar, ainda, em decisão mais antiga da Suprema Corte, especificamente, o voto do ex-Ministro Cezar Peluso na ADI 3.112-1 DF, do ano de 2007⁴⁴. Nas palavras do ex-Ministro⁴⁵:

Depois, parece-me que a Constituição estabeleceu os casos que considerou insuscetíveis de fiança, de graça e de anistia, mediante juízo de valor a respeito da gravidade dos delitos que prevê. E, quando, a meu ver, com o devido respeito, se remete à Lei para definição dos crimes hediondos, apenas abre uma exceção. Noutras

⁴¹ ALEXY apud *ibid.*, p. 95.

⁴² FERNANDES, op. cit., p. 1.186.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3112-1/DF*. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2194197>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

⁴⁵ *Ibid.*

palavras, a interpretação do inciso XLIII implica dizer que, além dos casos que a própria Constituição estabelece, como os do inciso anterior e dos subsequentes, por exemplo, a lei só pode prever inafiançabilidade e insusceptibilidade de graça e anistia àqueles crimes considerados por ela, a lei, como hediondos. A alternativa estava posta ao legislador(...).

Pelas palavras do ex-Ministro, há possibilidade de se entender que a hipótese excepcional dada ao legislador infraconstitucional, pelo legislador constituinte, para ampliar a incidência da inafiançabilidade a outros delitos que não os previstos na CRFB/88 seria a inclusão de outros tipos no rol taxativo de crimes considerados hediondos pela Lei nº 8.072/1990⁴⁶.

Além disso, as palavras de Norberto Avena⁴⁷ corroboram essa interpretação restritiva, que leva à possível conclusão de que o legislador se viu limitado pelo constituinte originário, tal como sustentou o ex-Ministro Cezar Peluso, acima mencionado. Disse o autor:

À exceção das infrações para as quais a legislação processual penal e a Constituição Federal, expressamente, afastam a possibilidade de fiança, as demais serão todas afiançáveis.

Na atualidade, a regra, portanto, é a afiançabilidade, com ressalva dos casos previstos(...). Quanto às situações de inafiançabilidade, o art. 323 do CPP foi ao encontro do texto inscrito no art. 5º, XLII, XLIII e XLIV da Constituição Federal (...)⁴⁸.

Por conseguinte, o texto constitucional traz suas exceções e sendo exceção, é de amplo conhecimento que não se deve admitir uma interpretação ampliada. Tal afirmativa foi ressaltada pelo ex-Ministro César Peluso no mesmo debate apurado na já citada ADI 3.112-1 DF, ao enfatizar que “se é exceção, a interpretação é restritiva, não apenas porque é exceção, mas porque é exceção gravosa à liberdade individual”⁴⁹.

Também nesse sentido, em texto publicado pela Revista da Emerj, em junho de 2016, o Juiz de Direito do TJBA, Augusto Yuzo Jouti, fez uma análise conjunta entre esse e outros julgados disponíveis à época e as normas pertinentes, concluindo que a “Lei não pode estabelecer novos crimes inafiançáveis”⁵⁰, conclusão esta que deu nome ao referido artigo.

Constatou o magistrado:

⁴⁶ BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm>. Acesso em: 29 set. 2021.

⁴⁷ AVENA, op. cit., p. 942.

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ BRASIL, op. cit., nota 44.

⁵⁰ JOUTI, Augusto Yuzo. Lei não pode estabelecer novos crimes inafiançáveis. R. EMERJ, Rio de Janeiro, RJ, v. 19, n. 73, p. 55-76, abr./jun. 2016. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista73/revista73_55.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2021.



O voto no Min. Cezar Peluso na ADIn 3112, ainda que isolado e vencido, revela excelente conteúdo jurídico-constitucional em matéria de liberdade individual. Os três assuntos – liberdade, prescrição e fiança – são regras do Direito Constitucional Penal e somente a própria Constituição Federal pode excepcioná-la.(...) Há verdadeiro rol taxativo de crimes inafiançáveis e imprescritíveis. (...)sempre que a legislação (Constituição e leis) referir-se a crime inafiançável, deve se considerar exclusivamente aqueles previstos nos incisos XLII, XLIII e XLIV do art. 5º, CRFB, observando-se que o legislador ordinário pode fixar novos crimes hediondos, tornando-se automaticamente inafiançáveis. Porém, os simples impedimentos ou vedações previstas na lei infraconstitucional são apenas circunstâncias individuais que não caracterizam crimes inafiançáveis⁵¹.

Assim, como já debatido anteriormente, a CRFB/88 confere inafiançabilidade a determinados tipos penais, enquanto a tese da inafiançabilidade aponta circunstâncias concretas capazes de impossibilitar a concessão de liberdade ao indivíduo, mediante fiança, quando presentes os requisitos da prisão preventiva (art. 324, CPP)⁵².

Resta, por fim, dar destaque ao fato de que há previsão normativa semelhante à do art. 52, §2º, CRFB/88⁵³ no tocante a outras autoridades, as quais só poderiam ter suas prisões cautelares decretadas em situação flagrante de delito inafiançável.

Sem maiores aprofundamentos sobre as demais possibilidades, menciona-se outros cargos que não dos membros do Congresso Nacional e Assembleias Legislativas, que somente podem ser presos em flagrante por delitos classificados como inafiançáveis pela Constituição Federal, como Advogados no exercício da profissão - art. 7º, §3º, Lei nº 8.906/1994⁵⁴, membros do Ministério Público - art. 40, III, Lei nº 8.625/1993⁵⁵ e Magistrados - art. 33, II, LC nº 35/1979⁵⁶.

Nesta toada, imperioso que a comunidade jurídica se mantenha atenta à jurisprudência ora firmada, sendo certo que a discussão se mostra bastante rica, com inúmeros argumentos a embasar a defesa das variadas teses, enquanto o acolhimento da tese pela Suprema Corte se mostra paradigmática e defende uma duvidosa aplicação do sistema processual penal em razão de excepcional circunstância.

⁵¹ Ibid.

⁵² BRASIL, op. cit., nota 14.

⁵³ BRASIL, op. cit., nota 1.

⁵⁴ BRASIL. *Lei nº 8.906*, de 4 de julho de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18906.htm>. Acesso em: 30 set. 2021.

⁵⁵ BRASIL. *Lei nº 8.625*, de 15 de fevereiro de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18625.htm>. Acesso em: 30 set. 2021.

⁵⁶BRASIL. *Lei Complementar nº 35*, de 14 de março de 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm>. Acesso em: 30 set. 2021.



Considerado todo o exposto, o presente trabalho objetivou debater, de forma técnica, uma relevante controvérsia jurídica gerada pela jurisprudência da Suprema Corte brasileira no tocante à construção e posterior adoção da Tese da Inafiançabilidade Legal pelo Plenário da Corte. Contrapondo-a ao texto constitucional, buscou-se explorar os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais contrários à Tese, bem como o previsto na letra da lei, de modo a enriquecer a discussão diante da pertinência e da contemporaneidade do tema.

Ao passo do desenvolvimento deste artigo, observou-se uma tendência de relativização da regra do art. 53, §2º da CRFB/88 adotada pelo Supremo Tribunal Federal, não obstante os conceitos jurídicos diferenciadores da interpretação e da aplicação do que se chama de norma-regra e norma-princípio.

Nesta toada, a Suprema Corte justifica a posição adotada na grande excepcionalidade das condutas parlamentares observadas nos casos concretos ora relatados, o que permitiria o afastamento de premissas já consolidadas sobre o tratamento de institutos jurídicos relevantes, aludindo à inexistência de um direito absoluto e que, assim, regras e princípios devem ser interpretados como parte de um sistema normativo.

A pesquisa se mostrou relevante quando se pôs a tratar da análise de uma espécie de interpretação subversiva aplicada nas decisões dos casos concretos aqui debatidos, uma vez que tal interpretação demonstra a submissão da norma constitucional ao que resta estabelecido na norma infraconstitucional constante do Código de Processo Penal e não o contrário, sendo imperioso considerar todo o tratamento dado pelo ordenamento jurídico pátrio ao que é considerado regra e ao que é considerado exceção, de modo que à exceção não se pode conferir tratamento dado a uma regra.

Conjugadas as fontes de conhecimento apresentadas, foi possível observar a dificuldade temática de gerar uma unanimidade de entendimento, característica que, embora marcante do estudo do Direito, possibilita as mais variadas e divergentes proposições sobre um tema.

Conclui-se, assim, que, em que pese a Tese da Inafiançabilidade Legal tenha sido referendada pelo Plenário da Suprema Corte, a pesquisa possibilitou a percepção de que a matéria pode – e deve - ser ainda debatida e, principalmente, criticada, consideradas certas inconsistências existentes na tática interpretativa que lhe deu origem.

Imperiosa a tarefa, portanto, de confrontar a tese jurisprudencial debatida com o texto constitucional. Percebeu-se, então, que a problemática construtiva da Tese acaba por colidir



com axiomas jurídicos, há muito perpetuados no ordenamento pátrio, como as diferenças conceituais entre regra e princípio, diferentes tratativas do que é tido como regra e do que é exceção e a impossibilidade de interpretação ampliativa do que é excepcional, sob pena de gerar insegurança jurídica e uma insurreição aos preceitos constitucionais.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. *Processo Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3689-3-outubro-1941-322206-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 9 mar. 2021.

_____. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 29 set. 2021.

_____. *Constituição política do império do Brasil*, de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 14 nov. 2021.

_____. *Lei Complementar nº 35*, de 14 de março de 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm>. Acesso em: 30 set. 2021.

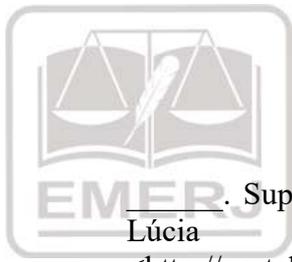
_____. *Lei nº 8.625*, de 15 de fevereiro de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8625.htm>. Acesso em: 30 set. 2021.

_____. *Lei nº 8.906*, de 4 de julho de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm>. Acesso em: 30 set. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3112-1/DF*. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2194197>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Cautelar 4.036/DF*. Relator: Min. Teori Zavascki. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/310875378/acao-cautelar-ac-4036-df-distrito-federal-0008628-6420151000000/inteiro-teor-310875388>>. Acesso em: 9 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Cautelar 4.039/DF*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4892330>>. Acesso em: 9 mar. 2021.



_____. Supremo Tribunal Federal. . *Habeas Corpus n° 89417*. Relatora: Ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2397394>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito n° 510-0/143*, Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=80580>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito n° 4.781/DF*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5651823>>. Acesso em: 9 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n° 23.452-1/RJ*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1763585>>. Acesso em: 29 set. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Pet n° 9.218*. Relator. Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6027989>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: parte geral e Lindb*. 17. ed. rev., ampl. e atual. V. 1. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

JOUTI, Augusto Yuzo. Lei não pode estabelecer novos crimes inafiançáveis. *R. EMERJ*, Rio de Janeiro, RJ, v. 19, n. 73, p. 55-76, abr./jun. 2016. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista73/revista73_55.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2021.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.