

UNIVERSIDADE DE ENSINO SUPERIOR DOM BOSCO-UNDB
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

VITOR GONÇALVES BARATA

**A LACUNA JURÍDICA DA APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS
DA PRISÃO CONTRA PARLAMENTARES E SUA (IN) DEVIDA
REGULAMENTAÇÃO PELA ADI 5526**

São Luís

2018

VITOR GONÇALVES BARATA

**A LACUNA JURÍDICA DA APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS
DA PRISÃO CONTRA PARLAMENTARES E SUA (IN) DEVIDA
REGULAMENTAÇÃO PELA ADI 5526**

Trabalho monográfico apresentado ao curso de
Direito da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco
- UNDB como requisito para obtenção do grau de
bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Thiago Gomes Viana.

São Luís

2018

Catálogo da Publicação na fonte
UNDB / Biblioteca

Barata, Vitor Gonçalves

A lacuna jurídica da aplicação de medidas cautelares diversas da prisão contra parlamentares e sua (in) devida regulamentação pela ADI 5526. / Vitor Gonçalves Barata. __ São Luís, 2018.

62f.

Orientador: Prof. Me. Thiago Gomes Viana.

Monografia (Graduação em Direito) - Curso de Direito – Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB, 2018.

1. Regulamentação - medidas cautelares - prisão. 2. Ação de inconstitucionalidade 5526. 3. Imunidade parlamentar. 4. Separação de poderes. I. Título.

CDU 343.13

VITOR GONÇALVES BARATA

**A LACUNA JURÍDICA DA APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS
DA PRISÃO CONTRA PARLAMENTARES E SUA (IN) DEVIDA
REGULAMENTAÇÃO PELA ADI 5526**

Trabalho monográfico apresentado ao curso de
Direito da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco
- UNDB como requisito para obtenção do grau de
bacharel em Direito.

Aprovada em: ___/ ___/ 2018

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Thiago Gomes Viana

Unidade de Ensino Superior Dom Bosco - UNDB

Prof. Esp. Rafael Moreira Lima Sauaia

Unidade de Ensino Superior Dom Bosco - UNDB
Examinador

Defensor Público. Thales Alessandro Dias Pereira

Defensoria Pública Estadual do Maranhão
Examinador (Membro Externo)

RESUMO

Este trabalho acadêmico tem como escopo analisar a regulamentação do uso de medidas cautelares diversas da prisão, aplicadas em desfavor de parlamentares, instruída pela decisão na Ação de inconstitucionalidade (ADI) 5526, que fixou a possibilidade de revisão de decisão judicial pelo Legislativo. Em específico observando-se as consequências de tal decisão no âmbito do Direito Penal, Processual Penal e Constitucional. Porém, antes de se adentrar nestas consequências, é necessário o entendimento de temas chaves, sendo eles de cunho constitucional: imunidade parlamentar, princípio da separação de poderes e republicano; e penais: medida cautelar diversa da prisão, bases do Processo Penal e finalidades do Direito Penal. Após a compreensão desses institutos jurídicos faz-se uma pesquisa analisando a jurisprudência do uso dessas medidas antes da regulamentação, assim como das fundamentações jurídicas de votos vencidos e vencedores da referida ADI. Por fim, concluem-se, através de observações críticas, as consequências de tal decisão, sendo as mais notórias o esvaziamento da jurisdição penal, a quebra da harmonia entre os poderes Legislativo e Judiciário, e a criação de privilegio indevido aos membros do Legislativo.

Palavras-chave: Ação de inconstitucionalidade 5526. Imunidade Parlamentar. Medida cautelar diversa da prisão.

ABSTRACT

This academic work has as goal to analyze the regulation of the use of precautionary measures other than imprisonment, that are applied against members of parliament, instructed by the decision in the Action of unconstitutionality (ADI) 5526, which has set itself the possibility of revision of a judicial decision by the legislature. In particular observing the consequences of such a decision in the context of Criminal Law, Criminal procedure and Constitutional law. However, before you enter these consequences, it is necessary to the understanding of the key issues, and they are the nature of the constitutional: parlamentar immunity, the principle of separation of powers and the republican; and criminal: a precautionary measure different from the prison, the bases of the criminal proceedings and the purposes of the Criminal Law. After the understanding of these institutes legal, we make a search by analyzing the jurisprudence of the use of these measures before the regulation, as well as of the foundations of legal votes, losers, and the winners of that ADI. Finally, we conclude, through critical comments, the consequences of such decision, being the most notorious the emptying of criminal jurisdiction, the breaking of the harmony between the Legislative and Judicial branches, and the creation of privilege improper to the members of the legislature.

Keywords: Action of unconstitutionality 5526. Parliamentary Immunity. Precautionary measure Different from prison.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 INSTITUTOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS À PROBLEMÁTICA	10
2.1 Princípio da separação de poderes	10
2.1.1 Breves considerações históricas acerca das contribuições do Constitucionalismo Americano e Francês	10
2.1.2 O princípio da separação dos poderes na Constituição de 1988	13
2.2 Imunidade parlamentar	17
2.3 O Princípio Republicano	20
2.3.1 O princípio Republicano como instituto jurídico na Constituição de 1988	20
2.4 A falta de cultura republicana na sociedade brasileira	22
3 ELEMENTOS DE DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL RELEVANTES AO TEMA	24
3.1 Finalidades do Direito Penal	24
3.2 O processo penal: objetivos e principais características	26
3.2.1 Os sistemas Processuais Penais	26
3.2.2 Princípios do Processo Penal	29
3.3 As Medidas Cautelares no processo penal	32
3.4 Medidas Cautelares Diversas da prisão	35
4 A LACUNA JURÍDICA DA APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO E SUA (IN)DEVIDA REGULAMENTAÇÃO PELA ADI 5526	38
4.1 Jurisprudências sobre aplicação de medida cautelar diversa antes da ADI 5526 ..	38
4.1.1 Caso Assembleia de Rondônia	38
4.1.2 Caso Eduardo Cunha	39
4.1.3 Caso Aécio Neves	41
4.2 A ação direta de inconstitucionalidade 5526 e suas consequências na jurisdição penal e constitucional	45
4.2.1 A fundamentação jurídica da Ação de Inconstitucionalidade 5526	45
4.2.2 A influência da ADI 5526 no uso de cautelares penais aos deputados Estaduais	47
4.2.3 Crítica a ADI 5526: As consequências jurídicas penais e constitucionais	49
5 CONCLUSÃO	56
REFERÊNCIAS	59

1 INTRODUÇÃO

A lei 12.403/2011 alterou substancialmente o Código de Processo Penal (CPP), ao passo em que ela estabeleceu o uso de medidas cautelares diversas da prisão no nosso ordenamento jurídico penal, já que antes a lei apenas dissertava sobre a possibilidade de prisão ou liberdade. Sendo assim, o legislador estabeleceu um rol taxativo de medidas diversas do cárcere nos artigos 319 e 320 do Código de Processo Penal a serem usadas como formas alternativas, para proteger a ordem pública e econômica e a instrução penal quando necessário.

Porém durante os trabalhos legislativos os próprios congressistas não se preocuparam em definir se essas medidas valeriam para sua própria função, tendo em vista as imunidades parlamentares concebidas pela Constituição no artigo 53. Tal aparente deslize fez com que a lei fosse aprovada sem regulamentar a situação dessas medidas aos membros do Poder Legislativo. O que pode gerar certo espanto, pois entre essas cautelares (319, VI do CPP) está o poder que o magistrado tem para afastar alguém do cargo de função pública.

Naturalmente, com base nessa falta de regulamentação específica, surgiram episódios em que o Poder Judiciário usou as cautelares citadas contra parlamentares. Porém, pode-se afirmar que dois casos desencadearam a forte discussão sobre o uso ou não delas: o caso do deputado e presidente da Câmara Eduardo Cunha e do senador Aécio Neves, parlamentares que tinham grande poder político, e que foram afastados cautelarmente dos seus cargos pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Foi a partir desses casos citados que se originou a Ação direta de inconstitucionalidade (ADI) 5526, a qual teve como objetivo pleitear que todas as cautelares diversas da prisão impostas a membros do Legislativo seguissem o rito do artigo 53, §2 da Constituição Federal, ou seja, seria necessária a revisão da decisão judicial pela casa legislativa do parlamentar constrangido a fim de decidir sobre a sua validade ou não.

Por fim, o STF compreendeu que o Poder Judiciário tem competência para aplicar as medidas cautelares diversas, entretanto, caso a medida aplicada interfira de alguma forma no desempenho do congressista em realizar sua função representativa, será concebido a revisão política da decisão judicial conforme o artigo 53, §2 da Magna Carta.

Após a apresentação deste imbróglio, é notório observar que o STF teve que adequar e ponderar, em sua decisão, o uso regular do Processo Penal com as imunidades parlamentares, porém muito se criticou que a solução dada pela suprema corte para essa lacuna jurídica foi inadequada devido as possíveis consequências negativas, tanto do ponto de vista constitucional e penal. Por isso indaga-se: haveria consequências negativas à ordem institucional brasileira? E se sim, Quais seriam elas?

A hipótese aventada para a resposta desta indagação é de que a ADI 5526 traz graves corolários jurídicos, pois se vislumbra, *a priori*, que o STF enfraqueceu a jurisdição penal, causou um desequilíbrio institucional entre os poderes e estabeleceu, indevidamente, a criação de privilégios.

Com o intuito de se verificar como verdadeira ou não a afirmativa da hipótese apresentada, buscou-se demonstrar e conceituar os institutos e elementos jurídicos que constituem a problemática em pauta, assim como analisar a jurisprudência de casos notórios e a decisão da ADI 5526, a qual foi responsável por definir a regulamentação da referida lacuna jurídica.

Por isso, os capítulos desta obra acadêmica foram estruturados em três, para abarcarem os temas a serem analisados. Sendo assim, foi trabalhado no primeiro capítulo elementos de cunho constitucionais necessários para entender este imbróglio jurídico, tais como a imunidade parlamentar, o princípio da separação dos poderes e o princípio republicano. Pois grande parte do problema é definir qual seria o grau necessário a ser estabelecido para imunidade do Poder Legislativo e sua relação com os outros princípios constitucionais e regramentos penais cautelatórios diversos.

Já no segundo capítulo, deliberou-se por explanar e analisar a medida cautelar dentro da jurisdição penal como um todo, tendo em vista a importância que é para o leitor (e também foi para o pesquisador) compreender a natureza jurídica e prática desta medida para a efetivação do Processo Penal e consequentemente do Direito Penal. Devido a essa contextualização da medida como parte de um todo, optou-se em definir e explicar a essência do Processo Penal e a finalidade do Direito Penal.

Por fim, o último capítulo teve como foco a análise de entendimentos jurisprudenciais anteriores da ADI 5526, a fundamentação jurídica desta a partir das argumentações dos votos vencidos e vencedores, e suas consequências no âmbito

legislativo estadual. Sendo todo esse levantamento necessário, para que no último tópico fossem discorridas, de forma consistente, as consequências negativas nos campos constitucional e penal.

A justificativa para esse trabalho é composta em três áreas: na social, científica e pessoal. No ponto de vista social, o trabalho justifica-se pela relevância política do tema, pois é de interesse de todos os cidadãos analisarem quais direitos os seus representantes devem ou não ter.

No campo científico é importante informar que a lacuna jurídica produzida pela falta de regra clara, na questão estudada, torna-se um fértil estímulo para análise jurídica, pois há várias possibilidades de estabelecer respostas e teses a fim de resolver o problema.

Sobre o âmbito pessoal, afirmar-se que a escolha desse tema teve impulso na situação política e jurídica pela qual o país vive atualmente. Além disso, mostrou-se como interesse do autor o estudo do uso do Direito nesse momento de crise institucional e política.

Em relação à metodologia, informa-se o seguinte: o tipo de pesquisa escolhida para estudar a situação proposto foi a de cunho bibliográfico e documental, já que se procurou na literatura jurídica e documentos disponíveis as teses e justificativas da problemática em pauta. Quanto ao método na pesquisa optou-se pelo descritivo exploratório, pois neste trabalho realizou-se o empenho de definir conceitos de institutos e princípios jurídicos, e explorar teses e argumentos doutrinários e jurisprudenciais (GUSTIN; DIAS, 2010).

Com base nas escolhas supracitadas, é importante dizer que o último capítulo fora baseado fortemente na análise jurisprudencial do STF, tendo em vista que a regulamentação dada pela ADI 5526 ocorreu no dia 11 de outubro do ano passado (2017). Ou seja, a produção doutrinária em livros e artigos sobre este tema ainda não possui ampla divulgação. Devido a isso, trabalhou-se com base nos argumentos produzidos nos julgamentos dos casos analisados.

Sendo assim, com base nos escritos de Gustin e Dias (2010), deve dizer-se que o método desenvolvido caracterizou-se como dedutivo, pois essa pesquisa buscou identificar consequências jurídicas advindas da ADI 5526 (caso específico) de acordo com uma interpretação da jurisprudência e normas penais e constitucionais, as quais seriam os elementos gerais. Ou seja, partiu-se de premissas amplas para um resolver e criticar um caso específico.

2 INSTITUTOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS À PROBLEMÁTICA

Como os parlamentares são dotados de imunidades expressas no texto constitucional, é necessário abordar os elementos constitucionais que foram discutidos na recente decisão da Ação Direita de Inconstitucionalidade 5526. Por isso o entendimento de temas como o princípio da separação de poderes, princípio republicano e imunidade parlamentar são pontos nevrálgicos para discutir o imbróglgio pautado nesta pesquisa.

2.1 Princípio da separação de poderes

Apresentar-se-á este tópico, tanto do ponto de vista de sua raiz histórica, na seara do movimento constitucionalista, quanto de sua positivação e uso na Constituição de 1988. Entende-se que essa forma de apresentação dará a profundidade de compreensão necessária deste princípio, já que além de ser base à imunidade parlamentar, foi amplamente discutida nos debates da ADI 5526.

2.1.1 Breves considerações históricas acerca das contribuições do Constitucionalismo Americano e Francês

Ao se fazer uma incursão histórica, nota-se com facilidade que um dos principais desafios que a sociedade teve foi em traçar limites ao poder estatal. Não é por acaso, portanto, que atualmente existem no mundo diversos países que adotam formas distintas de organização estatal.

Porém, como bem salienta Sarlet, Marinoni e Mitiero (2017) o mundo ocidental possui uma tradição constitucionalista, ou seja, durante a sua história sempre houve movimentos políticos (Revoluções americana e francesa) e ideológicos (Iluminismo) que visavam limitar o poder do soberano e garantir direitos aos súditos. Devido a essas lutas e teorias o Estado Democrático de Direito e seus princípios se tornaram referência mundial na organização do poder estatal. Sendo um dos principais princípios difundidos a separação de poderes.

A ideia de separação dos três poderes não é algo recente. O filósofo Aristóteles já falava sobre uma divisão de funções estatais semelhantes a que temos atualmente, e argumentado que era necessário realizar tal repartição, pois não seria eficiente e nem justo um homem só ter controle sobre a *Polis*. Entretanto tal ideia

parece ter sido esquecida durante um longo tempo na Idade Média europeia e começo da Idade Moderna, já que neste período o poder era concentrado na pessoa do rei, sendo assim, essa fase histórica ficou conhecida como absolutismo e tinha como principais características o arbítrio, tirania e negação dos direitos fundamentais tais como conhecemos hoje (JUNIOR, 2017).

Foi no contexto de luta contra o absolutismo que surgiu o movimento constitucionalista que divulgava a nobre ideia de limitação do poder e garantia das liberdades individuais. Um dos principais teóricos do constitucionalismo foi o filósofo francês Montesquieu, o qual se atribui a principal referência moderna da separação dos poderes, já que em suas reflexões foi o primeiro pensador a separar as funções (poderes) estatais em executiva, legislativa e judiciária. Ademais, concluiu que para se proteger a liberdade, as funções dos Estados jamais deveriam ficar concentradas em uma só pessoa. Por isso, o ilustre pensador argumentou que a constituição, em seu afã de limitar o poder estatal, deveria ter como regra a distribuição dos poderes para pessoas/instituições distintas (BRANCO; MENDES, 2017).

Devido a tal compressão Flavio Martins Junior (2017, p.1312) sustenta:

A teoria de Montesquieu influenciou as Constituições modernas de todo o mundo. As Declarações Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, no seu artigo 16, dispõe que: "a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.

Além da importante contribuição oferecida pelo Barão de Montesquieu e consequentemente do constitucionalismo francês, é de suma importância mencionar, a fim de se ter melhor compreensão sobre o princípio em pauta, a contribuição do constitucionalismo americano.

As ideias de Montesquieu, além de terem influenciado a Revolução francesa e o novo direito surgido no seio desta, também tiveram grande influência do outro lado do Atlântico, na medida em que ajudaram a fundamentar a Revolução americana e consequentemente a Constituição dos Estados Unidos da América. Porém se observou que, mesmo que ambas as revoluções usassem a ideia de separação dos poderes desenvolvida por Montesquieu, havia uma diferença substancial quanto ao uso e prática de tal princípio (SARLET, 2017).

Na França a ideia de separação de poderes foi muito fidedigna aos escritos de Montesquieu, pois após a queda do antigo regime o novo direito francês

instituiu uma separação radical aos poderes, ou seja, cada órgão estatal ficou responsável quase que exclusivamente por seus poderes. Sendo assim, ocorreu uma consequência no mínimo contraditória, houve uma forte concentração de poder nas mãos do Legislativo, pois como no novo regime se estabelecia a supremacia do parlamento (a qual ocorria diferente da tradição anglo-saxão), houve preponderância deste poder sobre os demais. O principal exemplo é a relação, quase de subordinação, entre o Judiciário perante o Legislativo. Esta relação era marcada pela limitação que o Judiciário tinha em interpretar e aplicar a lei, já que quando houvesse dúvida na aplicação desta, o juiz deveria entrar em contato com um órgão do parlamento, para que este explicasse como a lei deveria ser aplicada. Aos juízes se dava o papel de meros executores da lei (SARLET, 2017).

No Estados Unidos, diferente da França, não havia uma preponderância tão marcante de poderes. Isso ocorreu devido à herança que o Estados Unidos herdou do Reino Unido, pois neste país o princípio da supremacia do parlamento não instituíu um poder demasiado ao parlamento como na França, mas sim o fato de que o monarca deveria respeitar as leis feitas neste órgão. Ademais, devido a tradição da *common law*, também de origem britânica, o poder judiciário Americano tinha a autoridade de interpretar e aplicar a lei ao caso concreto, assim como determinar a ilegalidade de uma lei. Tal autodeterminação o tornava um poder mais independente do que seu par francês (SARLET, 2017).

Um grande exemplo sobre esta compreensão está no controle de constitucionalidade feito pela Suprema Corte Americana a partir do caso *Marbury vs Madison*, como bem lembra Roy Fairfiled (2014, p. 170 *apud* Barroso, 1981, p. 226) ao citar a inteligência da grande obra do presidente Madison Hamilton, *The federalist papers*:

Alguma perplexidade quanto ao poder dos tribunais de pronunciar a nulidade de atos legislativos contrários à constituição tem surgido, fundada na suposição de que tal doutrina implicaria na superioridade do Judiciário sobre o Legislativo. Afirma-se que a autoridade que pode declarar os atos da outra nulos deve ser necessariamente superior àquela cujos atos podem ser declarados nulos. [...] Nenhum ato legislativo contrário à Constituição pode ser válido. [...] A presunção natural, à falta de norma expressa, não pode ser a de que o próprio órgão legislativo seja o juiz de seus poderes e que sua interpretação sobre eles vincula os outros Poderes. [...] É muito mais racional supor que os tribunais é que têm a missão de figura como corpo intermediário entre o povo e o Legislativo, dentre outras razões, para assegurar que este último se contenha dentro dos poderes que lhe foram deferidos. A interpretação das leis é o campo próprio e peculiar dos tribunais. Aos juízes cabe determinar o sentido da Constituição e das leis

emanadas do órgão legislativo. Esta conclusão não importa, em nenhuma hipótese, em superioridade do Judiciário sobre o Legislativo. Significa, tão-somente, que o poder do povo é superior a ambos; e que onde a vontade do Legislativo, declarada nas leis que edita, situa-se em oposição à vontade do povo, declarada na Constituição, os juízes devem curvar-se à última, e não à primeira.

Por isso é comum afirmar que o Constitucionalismo Americano, ao contrário do francês que se manteve em uma visão fechada sobre uma teoria estrita da separação dos poderes devido ao legalismo advindo da supremacia do parlamento, inaugurou o dito *checks and balances* (freios e contra pesos). Esta técnica foi desenvolvida pelo *founding father* Madison Hamilton, que afirmava que para não haver a preponderância de um poder sobre outro a Constituição deveria autorizar e organizar a intervenção e fiscalização entre eles, criando assim um equilíbrio e limitação de forças. Tal compreensão de que um poder deve limitar o outro já se encontrava na obra de Montesquieu e foi adotado na legislação da França revolucionária, porém, a grande diferença para com o EUA foi a questão do sistema jurídico da *common law*, pois sendo assim, a tradição e jurisprudência desenvolveriam a aplicação da lei ao caso concreto e destarte não se teria como consequência uma separação de poderes rígida e intransigente (JUNIOR, 2017).

Ao que parece, houve um maior sucesso da separação dos três poderes pelo *checks and balances* desenvolvido pelos anglos saxões, do que a concepção regida e estrita de freios e contrapesos dos franceses, pois como é notório, a França atravessou uma série rupturas políticas e de sua ordem institucional por séculos, o que acarretou em diversos sistemas políticos e constituições diferentes; enquanto isso nos países de tradição anglo saxão, não existiram grandes rupturas.

Talvez o dinamismo e interdependência na separação dos poderes, e uma tradição secular de que a lei está a cima de todos, levaram os conflitos sociais nestes países ao um nível elevado civilizatório, o que pode ter motivado um maior respeito pelas instituições, ordem democrática e constitucional e pela tradição. Isto é, não seria qualquer conflito social que geraria graves instabilidades e mudanças repentinas no sistema político jurídico.

2.1.2 O princípio da separação dos poderes na Constituição de 1988

Como visto anteriormente o princípio de separação dos poderes é um instituto que evoluiu na esteira do movimento constitucionalista, moldou a

organização jurídica e política em boa parte mundo, e como bem lembra Canotilho (2017, p. 304 apud FERNANDES, 1993, p. 504) se estabeleceu da seguinte forma:

Não é desproporcional que Canotilho afirma que o princípio da separação dos poderes apresenta uma dupla dimensão: 1) se por um lado traça a ordenação e organização dos poderes constituídos – dimensão positiva; 2) por outro fixa limites e controles- dimensão negativa- em sua dinâmica com os demais poderes.

Levando em consideração este desenvolvimento histórico, a Constituição Brasileira de 1988 estabeleceu o princípio fundamental expresso no Art. 2º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” e no Art. 60, § 4º “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: III - a separação dos Poderes”; (BRASIL, 2018). Sendo assim, nota-se que tais artigos revelam o peso que o Constituinte deu a este princípio quando o colocou como fundamento geral da República e cláusula pétrea.

É de se dizer que os princípios fundamentais da República brasileira, estipulados logo no começo da Constituição federal (Artigos 1 a 4), são os principais princípios norteadores do ordenamento jurídico brasileiro. Não por acaso, o princípio da separação de poderes se encontra neste patamar, pois como já visto, ele é um instituto essencial para um Estado democrático de direito e proteção das garantias individuais (JUNIOR, 2017).

Além da característica de princípio fundamental, também lhe foi concedido o *status* de cláusula pétrea, o que significa que nenhuma emenda constitucional poderá aboli-lo. Deve-se compreender, frise-se, que o princípio da separação dos poderes se encontra de forma implícita e indireta em vários artigos que estabelecem funções e competências aos poderes da República brasileira-, ou seja, seus mandamentos vão além do artigo 2º e 60,§4º, da Constituição de 1988 e conseqüentemente isso acaba gerando uma certa dificuldade para afirmar se este princípio foi respeitado ou não no caso de uma emenda constitucional, ato jurídico ou na criação de uma nova lei (BARROSO, 2018).

Por conta deste problema, a doutrina e a jurisprudência pátrias estabeleceram, sabiamente, que a separação de poderes só será afetada se o núcleo essencial for atingido, o que aconteceria caso um dos poderes se estabelecessem de forma a neutralizar ou subjugar os outros, acarretando assim, na

quebra da harmonia e independência expressamente prescritas pela Constituição federal (BARROSO, 2018).

Como exemplo da análise sobre a existência ou não de desrespeito ao princípio supracitado, é importante citar um trecho da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3367, a qual foi julgada improcedente pelo Supremo Tribunal Federal (STF), e tinha como objetivo impedir a criação do Conselho Nacional de Justiça, pois se entendia que a existência de tal órgão era uma visível violação da separação dos poderes (BARROSO, 2018); sobre esse argumento destaca-se a visão contrária do ministro relator Cezar Peluso:

[...] A independência suporta, na sua feição constitucional, teores diversos de autonomia administrativa, financeira e disciplinar. Na verdade, ela só pode considerada invulnerável, como predicado essencial do sistema da separação, quando concreta redução de seu âmbito primitivo importe, em dano do equilíbrio e estabilidade entre os Poderes, transferência de prerrogativas a outro deles, ainda que não chegue a caracterizar submissão política. Ou, no que concerne ao Judiciário, quando outra forma de supressão de atribuições degrade ou estreite a imparcialidade jurisdicional. Fora dessas hipóteses, nada obsta a que o constituinte reformador lhe redesenhe a configuração histórica, mediante reorganização orgânica e redistribuição de competências no âmbito da estrutura interna do Judiciário, sem perda nem deterioração das condições materiais de isenção e imparcialidade dos juízes [...] (BRASIL, 2005, p.5).

Essa decisão foi um claro exemplo sobre a necessidade de se atingir a independência e harmonia dos poderes e assim criar uma relação contrária que seria de subordinação e dependência. Por isso no caso da “ADI do CNJ” o Ministro Cezar Peluso compreendeu que a criação deste órgão não violava o princípio da separação dos poderes, já que o simples fato da sua existência não faria com que o Poder Judiciário ficasse dependente de outro órgão.

Outro exemplo interessante sobre o tema é o entendimento que o Supremo Tribunal Federal possui em relação ao controle jurisdicional das Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI), pois como a CPI é uma função inerente ao Poder Legislativo, no que tange sua atividade fiscalizadora, muito se questionava a legitimidade do Poder Judiciário em interferir nos atos desta. Sobre tal questionamento, o STF compreendeu que a CPI não estaria imune a ter seus atos questionados perante o Judiciário, pois caso isso não fosse possível estaríamos de ante de uma instância de poder hegemônico, já que deste modo, sem outro poder limitando sua atividade, o Legislativo poderia cometer abusos e ser um poder

preponderante ao Judiciário, na medida em que ele pudesse escolher desobedecer à lei (BRANCO; MENDES, 2017). Esta constatação do Ministro Gilmar Mendes também pode ser encarada como outra exemplificação sobre como pode ocorrer na prática, uma violação do princípio da separação de poderes.

Sobre a organização dos poderes, cabe aqui destacar como a Constituição brasileira de 1988 efetivou e organizou a função de cada poder. A respeito disso Branco e Mendes (2017) informam que a República brasileira optou pela teoria tradicional de divisão de poderes, a qual divide o poder estatal em três principais funções: Executiva, Legislativa e Judiciária. Além das funções típicas de cada poder, a eles são permitidos realizarem atividades atípicas. Esta permissão foi visada pelo Constituinte a fim de estabelecer a independência e harmonia entre os poderes.

Ao Executivo cabe, em sua função principal, administrar os recursos públicos e exercer a chefia de Estado. Como funções atípicas ele pode exercer atividade legislativa limitada através das Medidas Provisórias e atividade jurisdicional em questões sobre administração pública (JUNIOR, 2017).

Ao Judiciário pode-se afirmar que a principal tarefa é a de aplicar o direito ao caso concreto e suas funções atípicas seriam a de administrar seus próprios recursos e criar os regimentos internos dos tribunais; é importante lembrar que Poder Judiciário existe em nível estadual e federal, ou seja, não há nível municipal (JUNIOR, 2017).

Já ao Legislativo foi dado como principal função a de legislar e de fiscalizar, tendo em vista a possibilitar deste Poder de instaurar CPI e analisar e julgar questões de ordem financeira dos demais poderes. Em relação às suas funções atípicas, pode-se destacar o fato de que ele tem poderes para administrar os seus próprios recursos, assim como Poder Judiciário, e é o responsável para tramitar o processo de *impeachment* no qual após aceitação da denúncia pela Câmara dos Deputados o Presidente da República será julgado pelo Senado. Além disso, é importante salientar que no âmbito federal o Legislativo é composto na forma bicameral, já que ele composto pela Câmara dos Deputados e o Senado Federal, porém no campo estadual e municipal, o poder Legislativo é constituído por apenas uma casa, sendo respectivamente Assembleia Legislativa e a Câmara dos Vereadores. (JUNIOR, 2017).

2.2 Imunidade parlamentar

O estatuto do congresso é um instituto constitucional expresso na seção V dos deputados e senadores (art. 53 a 60) da Constituição Federal e estabelece uma série de deveres e direitos inerentes ao cargo legislativo. Um desses direitos específicos garantidos aos parlamentares é a imunidade parlamentar, a qual propicia a segurança para o exercício da atividade de legislar (FERNANDES, 2017).

A imunidade parlamentar brasileira é considerada um desdobramento do direito do princípio da separação dos poderes, pois a segurança dada à atividade legislativa objetiva garantir a independência e autonomia do Congresso perante os outros poderes da república. Tal ideia tem fundamento na história e tradição, sendo talvez, o principal episódio de inauguração deste instituto constitucional a *Bill of Rights*, assim como a segurança institucional do Parlamento, que através do *freedom of arrest* e *freedom of speech*, estaria apto para exercer com independência suas funções institucionais. Estas eram, respectivamente, a garantia que os parlamentares teriam direito de se expressarem sem sofrer sanções e não serem presos em razão de materiais civis (MORAES, 2017).

Como é notório, o Constituinte brasileiro, ao realizar seus trabalhos de elaboração da Constituição de 1988, tinha em mente a importância de consolidar a separação dos três poderes através da imunidade parlamentar, pois além de vislumbrar a história mundial também certamente observou as lições da história nacional, a qual infelizmente apresentou diversos episódios em que o poder do Congresso Nacional foi esvaziado por regimes autoritários, sendo, talvez, o mais marcante, o Ato Institucional N° 5 de 1968 em pleno regime civil-militar. Nele se outorgava super poderes ao Presidente da República, já que o mesmo poderia cassar o mandato dos legisladores e impor recesso ao Congresso, e destarte assumir os poderes legislativos (BARROSO, 2018). A partir deste relato pode-se concluir que parte do desenho de imunidades estabelecidos na Constituição de 1988 tenha origem nos nossos traumas históricos nacionais, tanto quanto na “tradição mundial”.

Sobre o esquema jurídico de imunidade estabilizado na nossa Constituição é comum à doutrina e jurisprudência defini-lo da seguinte maneira:

Imunidade de cunho material e imunidade de caráter formal. Ambas baseadas nos institutos ingleses do *freedom of speech* e *freedom of arrest* e assim adaptadas ao ordenamento jurídico constitucional brasileiro (FERNANDES, 2017).

A imunidade material prevista no caput do artigo 53 da CF/88, que seria a *freedom of speech* na versão brasileira, garante ao parlamentar inviolabilidade as suas palavras, fundamentações de votos, discursos e afins, ou seja, ele não será considerado capaz de praticar ilícitos penais ou civis. Daí decorre conseqüentemente a impossibilidade de se ajuizar ações contra congressistas, pois as suas possíveis palavras ofensivas não abrangeriam a tipicidade de conduta criminal, isto é, não seria excludente de ilicitudes, mas sim atos atípicos, bem como não acarretariam em responsabilização civil (MORAES, 2017).

Percebe-se a partir desse íterim a força da imunidade no caso prático. Porém é importante informar que o parlamentar pode ser responsabilizado pelas suas palavras através de julgamento de seus pares, o que pode lhe render sanções leves ou até mesmo a perda do mandato por vício de decoro legislativo (JUNIOR, 2017).

Apesar de aparentemente a imunidade material ser absoluta, é importante se salientar que a doutrina e a jurisprudência estabeleceram importantes ponderações e limites a ela. Atualmente vigora o entendimento que no caso de palavras ditas dentro do Congresso Nacional haverá a imunidade de cunho absoluto. Porém, em caso de pronunciamentos fora do Congresso, a imunidade se tornará relativa e destarte só será imune o discurso que guardar relação com a atividade parlamentar (JUNIOR, 2017).

Portanto, é importante afirmar que, mesmo parecendo exagerado, tal imunidade é amplamente adotada em países desenvolvidos e democráticos, pois garante o livre e completo exercício da atividade parlamentar, já que caso não houvesse tal garantia os parlamentares poderiam ser silenciados, intimados e assim terem a sua representatividade democrática diminuída. Ou seja, é necessário estabelecer este instituto de *checks and balances*, através da imunidade parlamentar material, a fim de proteger a democracia (MORAES, 2017).

A imunidade formal, por sua vez, tem inspiração no *freedom of arrest*, porém enquanto no Reino Unido antigo tal instituto era usado para evitar apenas prisões e processos de natureza civil, no Brasil sua ideia foi ampliada. No

ordenamento jurídico pátrio a imunidade formal é dividida em dois campos: quanto à prisão e em relação ao processo. (MORAES, 2017).

A imunidade formal, ancorada no Artigo 53 da Constituição, estabelece que nenhum parlamentar pode ser preso, salvo no caso de prisão em flagrante e crime inafiançável após a expedição do diploma. Caso ocorra a prisão em flagrante, a Constituição determina que os autos sejam remetidos, no prazo de 24 horas, para casa legislativa do parlamentar preso a fim de que seus pares julguem se aceitam ou não a manutenção da prisão (FERNANDES, 2017).

Ainda sobre o quesito da prisão, vale ressaltar que mesmo não havendo algo expresso no texto constitucional sobre as prisões processuais, é notório que a imunidade parlamentar também protege o congressista contra as prisões preventivas e temporárias, pelo fato da necessidade de proteção a independência e autonomia da função legislativa. Entretanto, o mesmo entendimento não vale para a prisão que transitou em julgado no órgão competente, pois a jurisprudência do STF aplica a pena, independentemente de anuência do Congresso Nacional, a deputados ou senadores considerados infratores após o trânsito em julgado (JUNIOR, 2017). Sobre esta última afirmação basta lembrar dos notórios casos dos deputados Natan Donatan e Paulo Maluf, recentemente julgados, considerados culpados e cumprindo pena.

A respeito do outro aspecto da imunidade parlamentar formal, deve-se informar que ela confere o poder ao Legislativo de sustar ações penais contra seus membros. O trâmite ocorre da seguinte maneira: qualquer procedimento criminal contra parlamentar, seja na fase processual ou investigativa, deve ser julgado no foro competente, como por exemplo, no caso de um parlamentar federal, o STF. Em caso de acolhimento da denúncia, proposta obrigatoriamente pelo Procurador Geral da República (caso o foro competente seja o STF), poderá haver por parte da casa do parlamentar processado a decisão de aceitar ou não que a denúncia continue a tramitar. No entanto será necessário que a mesa da casa seja provocada por um partido, e caso aceite a reclamação proposta, deverá abrir votação aberta e nominal, com o objetivo de decidir se o parlamentar merece ou não ter seu processo sustado. (FERNANDES, 2017).

Derradeiramente, é importante fazer uma curiosa observação, a de que o *freedom of arrest* britânico que inspirou a imunidade formal brasileira, é bem diferente do que se foi estabelecido aqui. Pois, como já visto neste estudo

acadêmico, enquanto na antiga Inglaterra se dava imunidade em relação de matéria de prisão civil, no Brasil foi escolhido proteger a atividade legislativa de atos processuais penais. Isso demonstra uma interessante “divergência” quanto ao como se deve proteger a atividade legislativa em um determinado país e contexto histórico.

2.3 O Princípio Republicano

Nos debates ocorridos no STF, o princípio republicano foi um dos fundamentos utilizados de forma consistente nos votos vencidos, e como este trabalho se filia a estas correntes de pensamento é importante apresentá-lo. A apresentação será dividida sobre o instituto jurídico positivado e as bases políticas e históricas, semelhante à divisão feita na separação de poderes.

2.3.1 O princípio Republicano como instituto jurídico na Constituição de 1988

A República é uma forma de governo que estabelece uma maneira de existência do Estado, o qual teria a obrigação de ser um ente público e de representação popular. Esta forma de governo é muito antiga e possui origem na antiga República Romana, porém seu sentido foi se modificando no curso da história (SALERT, 2017).

Sobre os principais fundamentos da República Romana, é importante informar o pensamento do filósofo e estadista Cícero, o qual teve grande importância política na história romana exercendo o papel de senador. Para ele, a República de seu país era um exemplo de estabilidade estatal e governamental, pois evitava a tirania do Estado ao passo que o firmava como um ente de propriedade pública, e não de uma família, como era na monarquia. Tal teoria se demonstrou acertada pela decadência que o Império Romano sofreria devida ao abuso de Imperadores tirânicos, como fora o caso de Nero e Calígula (KELLY, 2013).

Já na base doutrinária histórica mais influente aos dias atuais, pode ser apresentado o ideário republicano do Estados Unidos, pois esse país, através da sua independência, estabeleceu a primeira grande República moderna e influenciou a criação de inúmeras constituições. Em relação as suas bases destaca-se que o

republicanismo americano não é apenas uma forma de governo, mas a compreensão da importância da soberania popular, igualdade legal, a efetiva participação da população civil nos assuntos políticos, o conflito pacífico e respeitoso nas relações políticas e a proteção às liberdades individuais. Sendo todas essas concepções formadas a partir da (re) leitura de pensadores como Maquiavel e os filósofos clássicos greco-romanos (SINGER, 2006).

Para fim dessa esteira histórica é significativo citar a doutrina filosófica jurídica de Montesquieu, que segundo Flavio Martins Jr. (2017), sistematizou os tipos de soberanias estatais, quais sejam a monarquia, o despotismo e a república. A primeira se caracteriza pela propriedade da soberania estatal nas mãos de um monarca, mas com um limite legal; a segunda através de um poder concentrado na figura de um único líder político e sem limites legais; e a terceira aquela em que poder soberano provém do povo como um todo ou parte dele.

Após esse resumo histórico do conceito do princípio republicano, tendo como norte Roma, Estados Unidos e a inteligência do barão de Montesquieu, compreende-se de forma clara a importância dessa forma de governo como um instituto contra o abuso de poder e de legitimidade da soberania popular. Não à toa, tal princípio foi incorporado no ordenamento jurídico brasileiro.

Sendo assim, no Brasil tal forma de governo apareceu pela primeira vez na Constituição de 1891 após o golpe militar que proclamou a república e encerrou 67 anos de monarquia, representada pelo Império do Brasil. A partir daí nunca mais o Brasil estabeleceu outra forma de governo diferente da republicana, sendo fato curioso, a existência de um plebiscito em 1993 questionando se a população gostaria de voltar a ser regida por um sistema monárquico. No fim o povo optou pela manutenção da república (SARLET, 2017).

A Constituição de 1988 traz a República como o nome oficial do Estado Brasileiro- República federativa do Brasil- e é considerada pela doutrina e jurisprudência um princípio Constitucional implícito, assim como uma cláusula pétrea, em que pese não estar expresso no artigo 60, § 4º, da CF/88, o que reafirma a sua grande influência no ordenamento jurídico pátrio (JUNIOR, 2017).

Suas principais características identificadas pela doutrina e jurisprudência na nossa constituição são uma compilação da sua evolução histórica: a eletividade e temporariedade, já que nesta forma de governo se prioriza a rotatividade de poder e representação popular; a responsabilidade dos atos dos governantes, pois uma das

ideias que passa pelo sistema republicano é ideia de cuidado com a coisa pública e limitação do poder dos governantes; a igualdade e liberdade, tendo em vista que tais valores foram a base das revoluções francesa e americana, as quais visavam uma sociedade sem castas e privilégios (igualdade formal), assim garantindo liberdades básicas ao ser humano. (SARLET, 2017).

É salutar apresentar nas palavras do ministro do STF, Alexandre de Moraes, um exemplo da praticidade e importância de tal princípio na ordem democrática brasileira:

Esse processo de democratização somente estará sendo respeitado e aprimorado se houver possibilidade de o eleitorado fiscalizar a atuação dos parlamentares na votação de importantes questões como o impedimento da mais alta autoridade do Poder Executivo (impeachment) e dos próprios parlamentares, evitando-se assim incompatibilidade frontal e absurda entre o senso deliberativo da Comunidade e eventuais conluios político-partidários, pois, como salientado por Alexander Hamilton, nos artigos Federalistas, “o princípio republicano requer que o senso deliberado da comunidade governe a conduta daqueles a quem ela confia a administração de seus assuntos”. Diferentemente do eleitor, que necessita do sigilo de seu voto como garantia de liberdade na escolha de seus representantes, sem possibilidade de pressões anteriores ou posteriores ao pleito eleitoral, os deputados e senadores são mandatários do povo e devem observar total transparência em sua atuação, para que a publicidade de seus votos possa ser analisada, refletida e ponderada pela sociedade nas futuras eleições, no exercício pleno da cidadania. (MORAES, 2017, p. 341-342).

Portanto, Fica claro como exemplo o uso do princípio republicano como base para estabelecer certas condutas aos representantes do povo, como no caso supracitado, da previsão para o voto transparente e aberto, pois conforme já tido, o sistema republicano visa garantir a limitação e responsabilização dos governantes e estabelecer um cuidado para com a coisa pública.

2.4 A falta de cultura republicana na sociedade brasileira

Apesar de este princípio ter suma importância na ordem Constitucional brasileira e o país ser uma República no decorrer de 120 anos, é notório que os principais valores republicanos ainda não se fazem presentes de forma substancial na cultura brasileira. Afinal, apesar dos grandes avanços sociais e institucionais na história do Brasil, ainda somos uma sociedade marcada pelo privilégio e desigualdades sociais. Com base nessa observação podem-se citar os trabalhos

acadêmicos de Sergio Buarque e Raymundo Faoro, que descrevem os vícios sociais e políticos que dificultam o estabelecimento e crescimento dos valores democráticos e republicanos.

Começa-se então pelo clássico conceito de patrimonialismo, que foi descrito por Sergio Buarque (2013) como a falta de discernimento entre os campos públicos e privados, o qual teria origem na sociedade brasileira pela falta de desenvolvimento de uma cultura capitalista, devido à cultura burocrática e estatal herdada dos colonizadores portugueses, que não desenvolveram características dos princípios liberais, tal como a Inglaterra e a Holanda; Sendo a principal característica dessa cultura o desenvolvimento de um escopo social no qual impera um trato impessoal e mais profissional entre as pessoas, o que gera a necessidade da sociedade se estruturar em instituições abstratas e impessoais. Um exemplo de tal instituição seria o Estado liberal, pois exigiria ser tratado como um ente que precisa cumprir determinadas finalidades, as quais são independentes de desejos individuais e particulares.

Fundamentado nesse conceito, trazido da sociologia weberiana, pode-se constatar no brasileiro um distanciamento das virtudes burguesas e impessoais, e uma aproximação para um comportamento social pautado na cordialidade. Porém, esse homem cordial não seria alguém caloroso ou afável, mas sim uma pessoa que interage socialmente como se tudo lhe fosse pertencente a sua ordem familiar. Tal percepção é raiz para o trato da coisa pública no Brasil, a qual acaba sendo uma extensão das pretensões familiares e não as finalidades impessoais do ente Estatal (BUARQUE, 2013).

A partir desse conceito desenvolvido por Sergio Buarque no seu clássico *Raízes do Brasil*, O jurista Raymundo Faoro, em *os Donos do Poder*, estabeleceu tese sobre as relações de poder na política brasileira e como elas dificultam a estabilização dos valores democráticos e republicanos.

No Brasil, os valores republicanos que visam limitar o poder e responsabilizar os governantes não encontra sustentação concreta, pois o Estado é demasiadamente grande e controlado por forças políticas patrimonialistas. O tamanho estatal proporcionar amplos poderes àqueles que conseguem se estabelecer no poder, porque a máquina estatal tem forte presença e força nos segmentos político e econômico. Dessa forma, os grupos políticos que lá se estabelecem, usam esses poderes para se perpetuar no poder e influenciar os

rumos do país conforme a sua vontade. Sendo as pretensões do povo ignoradas ou minimizadas (FAORO, 2012).

Além da força nos segmentos citados, também há grande influência na ordem jurídica, em especial, na própria lei constitucional. Essa interferência se dá no sentido de que a Constituição é um mero instrumento de lastro legal ao poder estatal, e não uma força efetiva e regulamentadora da política e das relações sociais. No fim, o que se observa no contexto político brasileiro é um estado forte, que é usado de forma abusiva e autoritária por grupos políticos patrimonialistas, e uma sociedade civil enfraquecida. Devido a esse fato, o princípio republicano, que deveria funcionar como um limitador de poder e impedidor de privilégios, acaba por se tornar mais uma norma constitucional vazia (FAORO, 2012).

Tendo esse apanhado teórico da política e sociedade, pode-se afirmar que tal panorama é essencial para a discussão na ADI 5526, pois a partir dessas informações pode-se traçar uma relação de causa e consequência entre os funcionamentos políticos e sociais, e as interpretações jurídicas. Esta associação será explicitada no último capítulo desta pesquisa, no qual será feita crítica à decisão da referida ADI 5526.

3 ELEMENTOS DE DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL RELEVANTES AO TEMA

Após a devida apresentação dos institutos constitucionais, reservou-se para este capítulo a apresentação dos institutos penais. Dessa forma escolheu-se dissertar sobre as finalidades do direito penal, a instrumentalização destas pelo processo penal e por fim inserir o conceito das medidas cautelares diversas da prisão e sua importância para jurisdição penal.

3.1 Finalidades do Direito Penal

Antes de começar a se dissertar sobre as características do processo penal, é salutar a este trabalho acadêmico discorrer brevemente a respeito do direito Penal. Rogerio Greco (2015) afirma que esse ramo do Direito se caracteriza pela necessidade que uma sociedade tem em proteger determinados bens jurídicos essenciais, sendo eles frutos de uma escolha de cunho político a fim de lhes

conceder proteção especial. Isto é, por meio dos processos políticos legais haverá a escolha de criminalizar determinada conduta que afete substancialmente e negativamente estes bens. Tal criminalização visa causar um efeito de constrangimento social através da aplicação de sanção penal pré-estabelecida, e assim salvaguardar os bens jurídicos mais preciosos socialmente em um dado momento histórico.

Essa definição é compartilhada por outros doutrinadores e pode ser deduzida a partir de uma análise histórica e sociológica, pois, ao se observar a sociedade humana do passado nota-se uma necessidade do uso da força por parte de um determinado grupo (geralmente os representantes do Estado) para estabelecer a ordem e paz no meio social.

Não à toa, o filósofo inglês Thomas Hobbes declarou que o estado de natureza é a guerra de todos contra todos, a fim de afirmar metaforicamente que o Estado deve ter grandes poderes para reger a vida em sociedade e evitar tal guerra. Sendo o objetivo final proteger o bem mais valioso do ser humano, a vida (KELLY, 2014).

Esta ideia de que o Estado deve proteger a vida em sociedade através do monopólio da força faz todo sentido *a priori*. Porém a história nos prova que quando o Estado concentra muitos poderes ele acabar por afetar negativamente a própria sociedade. Tal afirmação pode ser exemplificada nesta própria monografia quando se dissertou sobre temas Constitucionais no capítulo anterior, em específico a origem e finalidades do princípio da separação de poderes.

É a partir dessa constatação que Zaffaroni e Nilo Batista (2011) declaram que na verdade o Direito Penal teria uma finalidade muito além da proteção dos bens jurídicos, a qual seria a contenção do poder punitivo do Estado pelo próprio Estado. Por isso, todo Estado Democrático de Direito deve inserir em suas normas de Direito Penal, institutos que protejam os direitos fundamentais individuais e assim evitar o Estado policial totalitário, no qual o poder punitivo é tão grande que não há proteção suficiente a esses direitos.

Os direitos individuais são classificados pela doutrina constitucional como sendo direitos fundamentais de primeira geração, pois inauguraram o Movimento Constitucionalista, e tinham como principal escopo a limitação do poder estatal com o objetivo de preservar o direito a vida, propriedade e liberdade, exigindo assim, uma postura negativa (de não agir, em regra geral) do Estado. Porém em questões de

Direito Penal o Estado deve agir, em outras palavras, tomar uma postura positiva, para proteger os bens jurídicos de cunho individual e coletivo (JUNIOR, 2017). Destarte tem-se uma dupla postura do Estado quando se trata do uso do Direito Penal no âmbito das garantia dos direitos individuais.

Desta maneira, observa-se que quando se trata de Direito Penal é necessário analisar o modo de uso dele a fim de garantir os direitos fundamentais de todos da melhor forma possível, tanto do condenado, no que tange à limitação do poder punitivo como é, por exemplo, o caso brasileiro de proibir a pena de morte, como da sociedade que precisa da repressão penal para proteger seus bens jurídicos mais importantes (BARROSO, 2018).

Devido a essa incidência direta nos direitos individuais a doutrina elenca o Direito Penal como a *ultima ratio*, o que significa que este deve ser sempre o último meio para que o direito se manifeste em um conflito social. É por conta disso que o Direito Penal e Processual Penal têm uma forte relação com o Direito Constitucional, que exercer grande influência nesses campos jurídicos, a qual vai além da natural supremacia da Constituição (BARROSO, 2018).

3.2 O processo penal: objetivos e principais características

Nesta seção abordar-se-á o processo penal através de sua transformação histórica a partir dos diferentes sistemas que dela surgiram, e que fundamentam o uso do Processo Penal brasileiro. E após essa análise se apresentará os principais princípios para este ramo do direito.

3.2.1 Os sistemas Processuais Penais

Após a breve definição das finalidades do Direito Penal pode-se compreender a essência e objetivos do processo penal como um todo. Para começar, é importante afirmar que segundo o doutrinador Aury Lopes Jr. (2018) o processo penal evoluiu junto ao direito penal, sendo uma das principais evoluções a mudança do caráter privado da pena para de cunho público. Tal transformação fez com que a aplicação da pena antes pautada na vingança pessoal e sem limites, agora fosse postada pelo Estado de forma contida, razoável e organizada.

Por isso, no ordenamento jurídico brasileiro o Processo Penal é meio obrigatório para que o Direito Penal possa ser aplicado, ou seja, não pode o Estado usar seu poder de monopólio da força a fim aplicar o *jus puniedi* de qualquer maneira. Ele precisa seguir uma série de formalidades pré-estabelecidas em lei. Esta necessidade é um importante princípio que estabelece a primeira função do processo penal: o de que só haverá a penalização de alguém depois do trânsito em julgado processual. Aqui nota-se mais uma vez o caráter peculiar do Direito Penal, pois diferente do Direito Civil, como por exemplo, não há materialização do direito material sem um trâmite processual (JUNIOR, 2018).

Além deste conceito, também é importante apresentar, a fim de entender a essência do processo penal, os tipos de sistemas processuais e suas principais influências no Processo Penal Brasileiro.

Desta forma, mostra-se importante a lição de Nestor Távora e Rosmar Alencar (2017), já que os mesmos definem como três os tipos de sistemas: inquisitório, acusatório e misto. O sistema inquisitório tem como principal marca a preponderância do juiz perante as outras partes e a anulação dos direitos fundamentais do réu, como o contraditório e a ampla defesa. Destarte isso, afirma-se que o réu acaba sendo um mero indivíduo investigado em um processo que não lhe dá voz e poderes, além de tramitar em sigilo. Já os elevados poderes do juiz se dão pelo fato de que este concentra em sua pessoa todas as funções da persecução penal: investigar, acusar, defender e julgar, além disso, é também dado ao magistrado o papel central na produção e gestão das provas.

Este tipo de processo supracitado foi muito comum na Europa medieval no período em que houve a Santa Inquisição. Esse acontecimento histórico se caracterizou pela “cruzada” que a Igreja católica fez contra aqueles que não vivam segundos seus dogmas, por isso muitas pessoas foram processadas em um sistema penal que não limitava o poder punitivo dos seus agentes, os quais chegavam a verdades dos fatos torturando e cometendo outras atrocidades contra os réus. O principal propósito para este sistema seria a proteção da coletividade a todo custo, o que acarretou no menosprezo dos direitos individuais (JUNIOR, 2018).

Em contra partida ao sistema inquisitório surgiu o acusatório, ou melhor, houve uma retomada a este, já que seus métodos tem origem na Grécia antiga. Seus principais preceitos estipulavam uma série de medidas em prol dos direitos do réu e limitações aos poderes do juiz. Nele há uma nítida separação entre as tarefas

de investigar, acusar, defender e julgar, ou seja, o juiz aqui perde sua preponderância na relação processual, tanto que até o controle e a gestão de provas lhe são tirados. Quanto aos direitos do réu, nota-se que neste sistema se prioriza a existência de direitos como o contraditório, ampla defesa e publicidade, sendo estes princípios norteadores de garantias fundamentais (TÁVORA; ALENCAR, 2017).

Por fim, no que tange os sistemas penais, deve-se dizer que após a Revolução francesa houve a substituição do modelo inquisitório não pelo acusatório, mas sim um sistema híbrido que combinava elementos dos dois tipos, a priori inconciliáveis. O código responsável por isto, o *Code d'Instruction criminelle*, conciliou os dois sistemas através de uma ordem cronológica, estipulando uma fase pré-processual em que impera o sistema inquisitivo, e após o término deste começaria a fase processual baseada no acusatório (LIMA, 2017).

Este modelo é a principal fonte de inspiração que o Brasil adotou, porém isso não significa concluir que nosso sistema penal é essencialmente misto, na verdade ele é melhor caracterizado como acusatório com alguns elementos inquisitórios, já que a Constituição Federal de 1988 impõem, em geral, uma abordagem de cunho acusatória a todo processo penal; não por acaso mesmo no inquérito policial há que se prezar as garantias fundamentais processuais, sempre que possível (LIMA, 2017).

Sendo assim, afirma-se que no processo penal brasileiro há todas as garantias de direitos fundamentais que um réu deve ter em um processo penal e separação das funções na persecução penal, porém aqui ainda se persiste o dogma inquisitorial que estabelece o juiz como uma super parte no processo, tendo em vista que a ele é conferido à gestão e organização das provas (LIMA, 2017).

Entretanto, em sentido contrário do que pensa Renato Brasileiro Lima, Aury Lopes Jr (2018) não compreende o sistema processual brasileiro como misto ou acusatório com elementos inquisitoriais. Ele defende que na verdade temos um sistema (neo) inquisitório, pois no nosso Processo Penal o juiz tem a mesma força que teria em um modelo inquisitorial puro, na medida em que ele pode exercer uma postura ativa em relação à produção de provas, quebrando assim a essência do modelo acusatória. Ou seja, na prática processual o que vigora é o *modus operandi* inquisitorial.

Após esse breve histórico da evolução e características dos sistemas penais, e suas conceituações doutrinarias divergentes no âmbito brasileiro-

Inquisitória com traços acusatórios e (neo) inquisitorial-, é oportuno em seguida apresentar os princípios que regem o seu funcionamento e teleologia.

3.2.2 Princípios do processo penal

O processo penal é um ramo autônomo do direito, e por conta disso recai sobre ele uma série de institutos próprios, como por exemplo, princípios norteadores. Sendo eles regras abstratas que visam orientar a aplicação da lei e não impor uma ordem fechada e objetiva (LIMA, 2017). Com base nesta ideia trabalhar-se-ão alguns princípios do direito processual penal, de forma resumida, relevantes à temática debatida.

Primeiramente é importante indicar que o processo penal tem uma base principiológica que vai além da matéria infraconstitucional, pois como este é um ramo jurídico que lida diretamente com direitos fundamentais bastantes sensíveis, deve-se afirmar que o processo penal possui muitos princípios emanados direto da Constituição Federal (PACELLI, 2017).

É importante começar a explanação dos princípios pelo devido processo legal, já que como foi dito antes, o processo é meio pelo qual o Direito Penal se materializa. Ademais, é deste princípio que surgem muitos outros. Sobre a respeito, Nestor Távora e Rosmar Alencar (2017) aduzem que sua função é limitar o poder punitivo do Estado através do estabelecimento de uma série medidas legais que determinam os procedimentos e funções das partes no trâmite processual. Isso acarreta regras claras e objetivas para que as partes atuem no processo penal sabendo de todos seus direitos, assim como efetivar um processo justo e garantidor de direitos fundamentais. Tal ordem se encontra no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição no qual está expresso que os indivíduos só terão seus bens e liberdades afetados após o devido processo legal.

A partir do exposto deduz-se que o devido processo legal, na sua posição garantista e legalista, é base de outros princípios que vislumbram como devem ser praticados os procedimentos no processo penal. Entende-se que alguns desses princípios são a ampla defesa e o contraditório, os quais são explicados por Renato Brasileiro Lima (2018) como princípios interdependentes e essenciais ao processo, pois eles elevam o acusado a um patamar de parte integrante e ativa em todos atos processuais, tendo em vista as pretensões do sistema inquisitivo ainda presentes no

direito brasileiro, assim como permitem a existência de uma dialética e equilíbrio entre defesa e acusação. Mas apesar da íntima conexão entre os dois, eles possuem suas distinções.

O contraditório estaria ligado a ambas as partes e possibilitariam às mesmas o acesso à informação em regra geral, de todos os atos processuais, assim como a paridade de ação nos autos, ou seja, toda vez que o processo se movimentar as partes devem estar cientes do ocorrido e tomar, se assim quiserem, as medidas processuais que julgarem necessárias. Já a ampla defesa é princípio exclusivo referente ao réu e implica dois mandatos básicos: o direito à defesa técnica, que preconiza que ninguém poderá ser réu em um processo penal sem a presença de um advogado, e a auto defesa, que seria a possibilidade do direito de o próprio réu se manifestar sobre a versão dos fatos, isto é, a garantia do interrogatório. Além disso, também pode-se citar que deste princípio decorre o direito de não ser obrigado a produzir provas contra si, conhecido como *nemo tenetur se detegere* (LIMA, 2017).

O princípio da presunção de inocência, por sua vez, determina que toda pessoa é naturalmente inocente, ou seja, cabe ao acusador o ônus de provar que o acusado é culpado e assim permitir que o Estado estipule sanções que afetem seus direitos fundamentais. Ademais, é com base neste princípio que se estabelece a necessidade de sempre se priorizar que o réu ou investigado respondam pelo processo tendo suas garantias fundamentais respeitadas, como por exemplo, o direito de responder ao processo em liberdade. Porém é claro que esta prioridade comporta exceções (PACELLI, 2017).

A base legal deste princípio está elencada nos artigos 283 do CPP, o qual estabelece exceções a ele (sendo elas discutidas mais adiante) e 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. Ambos os artigos expressão claramente que ninguém deve ser considerado como culpado antes de sentença judicial que estabeleça alguém como responsável por um crime. Apesar de o texto ser claro, recentemente o STF vem firmando jurisprudência, que limita a presunção de inocência até o julgamento final em segunda instância, o que significa na prática que os réus poderão cumprir pena mesmo estando recorrendo do julgamento em tribunal superior (PACELLI, 2017). Por fim, é importante explanar sobre o princípio da busca da verdade dos fatos, pois ao contrário dos outros princípios este teria uma base inquisitória em vez de uma acusatória.

A busca da verdade é um princípio peculiar que surgiu no processo penal e se alastrou até o processo civil. Antes o processo civil, era regido pela conhecida verdade formal, que estabelecia como fatos ocorridos aquilo que as partes traziam ao processo, sendo assim o juiz figurava como um mero espectador, de forma geral, já que ele não poderia produzir provas. A busca da verdade do processo penal se caracteriza pelo fato de elevar os poderes do juiz no que tange matéria probatória, pois com este princípio o juiz passa de um agente inativo no processo para um ativo. Por conta disso, ele pode exigir a produção de prova no processo penal quando entender ser necessário, já que o postulado deste princípio designa que a verdade dos fatos deve ser buscada com afinco (LIMA, 2017).

Apesar de este princípio indicar que deva haver o máximo de esforço para se chegar a reconstituição mais fiel dos fatos, o que acarreta na proatividade do magistrado, esta busca pela verdade é contida por uma série de outros princípios e dispositivos legais. Como exemplo de princípio pode se citar a vedação de provas ilícitas, expresso na Constituição¹ e sobre dispositivos legais, deve-se mostrar o artigo 156 do CPP², pois ele é a base legal do princípio da busca da verdade e faz a limitação da produção de provas pelo juiz, o qual só poderia agir *ex officio* na fase processual e apenas a requerimento na parte investigativa (TÁVORA; ALENCAR, 2017).

A fim de finalizar este tópico, é necessário discorrermos sobre o princípio da proporcionalidade, pois como já comentado o processo e direito penal são caracterizados pela eterna tensão entre o *jus puniedi* e as garantias fundamentais individuais. A proporcionalidade é descrita pelo doutrinador Eugenio Pacelli (2017) como um princípio constitucional apreendido das entre linhas da Magna Carta, ou seja, é um princípio implícito. Suas principais funções são evitar o excesso indevido da norma no caso prático, buscar realizar sua máxima teleologia e resolver o conflito de normas pela técnica da ponderação, a qual é estabelecida por Robert Alexy em três etapas de análise: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

¹ Artigo 5º, inciso LVI- são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

² Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Após apresentação das características iminentes do processo penal, podem-se apresentar as medidas cautelares que incidem nele e mostrar como funciona a supracitada tensão das funções garantistas e punitivas.

3.3 As Medidas Cautelares no processo penal

As medidas cautelares são instrumentos legais usadas na persecução penal (investigação, processo e execução), geralmente em sede de urgência a fim de assegurar o saudável trâmite do processo penal. Tal medida não deve ser confundida com uma ação cautelar, pois não há aqui início de um novo processo, mas sim encarada como uma medida subsidiária de sustentação a um determinado processo em que ela se faz necessária (LIMA, 2017).

Em relação a esta breve definição pode-se considerar as medidas cautelares como de grande aporte para o princípio do devido processo legal, pois elas visam proteger o processo de possíveis danos, como já mencionado, isto é, a possibilidade de empregar cautelares seria essencial para que todas as etapas do processo pudessem alcançar a sua máxima efetividade.

Para que se possam aplicar essas medidas, a doutrina elenca como lastro dois requisitos. O *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*. O primeiro é a necessidade de se comprovar de forma categórica a existência do crime e indícios mínimos de autoria que indiquem razoável juízo de suspeita sobre a participação do investigado ou acusado no fato criminoso. Sendo que esses requisitos são uma adaptação do *fumus boni juris* e *periculum in mora* do direito processual civil à realidade penal (LIMA, 2017).

O objetivo destas exigências é limitar o “poder punitivo” do juiz para que não haja excessos na aplicação da norma e se busque assim o seu melhor uso. Por isso há grande influência do princípio da proporcionalidade quanto ao modo de se aplicar as medidas cautelares, o que implica que se deve escolher, dentre o rol legal de medidas, as que se demonstrem mais necessária e adequada ao caso concreto. (PACELLI, 2017).

Sobre o rol de medidas cautelares, em especial as do tipo pessoal, que temos atualmente, é importante comenta que ele foi um avanço em relação ao antigo modelo cautelar brasileiro porque superou o antiquado dualismo prisão cautelar- liberdade provisória. Isto é, Antes da lei nº 12.403/2011, responsável pela

reformulação, o direito processual penal brasileiro só admitia legalmente dois tipos de medidas em relação à pessoa do réu: liberdade provisória com ou sem fiança ou o encarceramento (TÁVORA, ALENCAR, 2017).

Nota-se aqui o quão desproporcional e pobre de recursos legais era a nossa antiga legislação. Por isso teve-se como consequência desta “lacuna” jurídica, na prática processual, o uso do poder geral de cautela pelos juízes, o que nada mais é do que o estabelecimento de medida cautelar conforme o entendimento do juiz e sem a necessidade desta está prevista em lei. Isto é, se o magistrado entendesse a possibilidade de eminente fuga do réu para o exterior, poderia ele pedir o passaporte deste, mesmo sem previsão legal. Mesmo que o poder geral de tutela fosse uma “tradição” jurídica importado do processo civil, não seria correto o seu uso no processo penal devido ao princípio da estrita legalidade (JUNIOR, 2018).

Diferentemente da antiga legislação, a Lei nº 12.403/2011 estabeleceu na seara processual penal uma série de instrumentos cautelares que poderiam ser utilizados em todas as etapas do processo penal e princípios gerais de como usá-los. Isso foi uma importante evolução, pois agora se pautaria o uso destas medidas não pelo poder de cautela, mas sim por mandamentos expressos em lei, o que é muito mais condizente com a natureza jurídica do processo penal (JUNIOR, 2018).

É possível entender baseado no exposto que houve uma perfeita adequação ao princípio da legalidade, pois como já apresentado aqui, este estabelece um série de regras claras e precisas que diminuem o poder punitivo do Estado e destarte favorece a proteção das garantias fundamentais, sendo assim, aduz-se que o juiz não poderá indevidamente, através do poder de cautela ser desproporcional e ferir direitos fundamentais do réu (JUNIOR, 2018).

A partir do entendimento de origem das medidas cautelares hoje dispostas e condensadas no capítulo IV e V do CPP é possível concluirmos algumas características inerentes a elas. Renato Brasileiro Lima (2017) aduz que essas medidas são pautadas por certos princípios gerais que lhes caracterização: sumaria e jurisdicional, pois a decisão de aplica-la é tomada sem exatidão acerca dos fatos por um juiz de direito, autoridade competente para tal. Sendo que a decisão tomada deve ser escrita e fundamentada; acessória e preventiva, já que a cautelar ocorre em regra geral na vigência de um processo e visa protegê-lo de atos danosos; provisório e referível, porque a medida não tem prazo determinado e pode ser revogada a qual quer hora. E sendo a sua aplicação dependente da necessidade de

proteger o processo e a ordem pública, ela só pode ser usada quando estes estiverem em risco.

Tal sistematização realizada foi baseada em todo artigo 282 do CPP, já que este serve como um manual para o emprego de cautelares na investigação ou processo penal, veja-se *in verbis*:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. § 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente. § 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público. § 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo. § 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único). § 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. § 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (BRASIL, 1941).

E, à guisa de conclusão, apresenta-se a divisão doutrina dos tipos de medidas Cautelares também sobre a razoável perspectiva de Renato Brasileiro Lima (2017), que entende serem estas medidas divididas em três tipos: de natureza patrimonial, probatória e pessoal. A primeira tem como objetivo garantir através da disposição dos bens do acusado, como por exemplo, por sequestro, hipoteca legal e etc, a garantia de efetividade de possível futura condenação. A de natureza probatória visa estabelecer a proteção de provas, tendo em vista que muitas vezes as provas tem caráter perecível pelo passar do tempo. E por fim, pode-se dizer que as medidas de cunho pessoal, vislumbram a possibilidade de afetar as liberdades do réu quando este se demonstrar um perigo a instrução penal ou a sociedade.

Em seguida aprofundar-se-á de forma legal e doutrinária nesse último tipo de medida cautelar- Cunho Pessoal. Pois, é ela o alvo de estudo e entendimento deste capítulo, a fim que se possa compreender suas características e as conectar com as informações já demonstradas sobre o direito penal e processual penal.

3.4 Medidas Cautelares Diversas da prisão

Como o próprio nome já diz, a medida cautelar diversa da prisão é um instrumento que afeta os direitos individuais do réu para salvaguardar a persecução penal, sem que se apele ao imediato encarceramento. Como já visto antes, tais medidas surgiram com o advento da lei 12.403/2011 que acrescentou no CPP o seguinte rol:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável 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. (BRASIL,1941).

Apesar de este rol ser de fácil compreensão, com as regras claras e objetivas sobre o que pode ser feito, é preciso ter em mente que o emprego dessas cautelares exige uma série de cuidados. Por isso Aury Lopes Jr. (2017) é categórico em dizer que as cautelares diversas da prisão seguem todos os pressupostos legais e doutrinários que possibilitam qualquer medida cautelar no processo penal. Isto é, elas devem obedecer ao *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis* assim como os princípios gerais elencados no artigo 282 do CPP.

Ademais, é importante salientar que mesmos as medidas do art. 319 do CPP serem uma antítese às prisões preventivas e temporárias, elas se encontram no mesmo grupo de cautelares, as de natureza pessoal, pois de qualquer forma, incidem sobre a liberdade individual. Isso enseja a possibilidade de aplicar medidas cautelares diversas se utilizando de fundamentos próprios das prisões, sendo estes

estipulados no artigo 312 do CPP: ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal e assegurar a aplicação da lei penal (JUNIOR, 2018).

A ordem pública é um argumento de difícil conceituação e compreensão, pois o legislador não a definiu no texto legal. Devido a isso a doutrina e a jurisprudência têm construindo um sentido de acordo com os casos práticos e em observância a congruência com as outras normas jurídicas pertinentes, como os princípios constitucionais da proporcionalidade e presunção de inocência (TÁVORA; ALENCAR, 2017).

Apesar da complicada conceituação pode se concluir que a ordem pública é o salutar estágio de calma e organização de uma sociedade, o que traz aos cidadãos a tranquilidade e harmonia no convívio social. Sendo assim, pode-se exemplificar o conceito desenvolvido com o caso de investigado ou acusado que pague sua vida na prática de delitos, ou seja, se solto muito provavelmente ele continuará a cometer crimes. Porém é importante acentuar, que mesmo que esta interpretação dos fatos precisa de um mínimo de matéria probatória, a fim de se evitar excessos e respeito à presunção de inocência (TÁVORA; ALENCAR, 2017).

O segundo fundamento trazido pelo legislado é a proteção a ordem econômica, que seria na verdade uma especificação da proteção da ordem pública voltada a um nicho social específico. Diferentemente das outras medidas cautelares esta foi inserida no código de processo penal pela lei nº 8.884/94 (lei antitruste). Seu principal motivo é evitar a continuação da prática de crimes financeiros que lesam substancialmente alguns campos da economia, como por exemplo, fraude ao mercado, e que se macule a livre iniciativa. (TÁVORA; ALENCAR, 2017).

Outra questão interessante é a possibilidade que a lei 7.492/86 colocou em se empregar a prisão preventiva, no caso do crime econômico ser deveras grave, porém alguns doutrinadores questionam essa determinação legal tendo em vista que muitos deles prescrevem que não pode haver prisão cautelar pelo simples fato do crime ter sido praticado de maneira mais gravosa. Esta crítica é muito recorrente na fundamentação por ordem pública e como se interpreta que a ordem econômica deriva desta, tal crítica também seria válida para ela (TÁVORA; ALENCAR, 2017).

Sobre o terceiro fundamento das cautelares pessoais e por consequente das do rol do artigo 319 do CPP apresenta-se nas palavras de Renato Brasileiro Lima (2017) o instituto da garantia da lei penal, que nada mais que do que o poder

que a autoridade competente de pleitear o uso de cautelares a fim de proteger o resultado processual que resulta em sentença penal, desta forma caso se verifique que a grandes chances do réu atrapalhar a efetividade do trabalho processual através da fuga, encontra-se base em empregar este instituto.

Apresentadas todas as fundamentações das medidas do artigo 319 CPP, deve-se afirmar que, segundo Eugenio Pacelli (2017) esses fundamentos devem ser interpretados a fim de sempre se priorizar as aludidas medidas em vez da prisão preventiva, pois com base no princípio da proporcionalidade, deve-se fazer o juízo de ponderação através da adequação e necessidade observando qual seria a medida pessoa mais eficaz para solucionar o problema do *periculum libertatis* e proteger as garantias individuais. Ademais também se coaduna a estes o princípio da presunção de inocência, a qual determina regra de tratamento que visa evitar uso de cautelares como mera antecipação de culpa, pois como, já se salientou, o estado natural do homem é a inocência, que só pode ser tirada após sentença transitada em julgada.

Por fim deve-se afirmar que outra consequência dos referidos princípios é, segundo a visão de Aury Lopes Jr (2018), a impossibilidade do uso das medidas cautelares diversas da prisão de forma banalizada sobre o pressuposto de serem instrumentos pouco lesivos. Ora, mesmo sendo menos gravosa do que as prisões preventiva ou temporária, não há aqui a eliminação da violação do direito penal na vida pessoa de alguém, e pior, antes do trânsito em julgado e em alguns casos sem da, devido à circunstância dos fatos, o direito ao contraditório- como, por exemplo, em casos de provas irrepetíveis. Além disso, elas podem ser usadas cumulativamente. Por isso é recomendável ao máxima o devido zelo no uso destas medidas, lembrando que a liberdade provisória é a regra e não a exceção no processo penal.

Com base nesse repertório legal e doutrinário pôde-se compreender de maneira razoável o conceito, características e uso das medidas cautelares diversas da prisão e sua função em todo jurisdição penal. Tal entendimento será deveras útil na discussão sobre a (im) possibilidade de aplicação dessas medidas a membros do poder Legislativo.

4 A LACUNA JURÍDICA DA APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO E SUA (IN) DEVIDA REGULAMENTAÇÃO PELA ADI 5526

Este capítulo irá ter como objetivo apresentar crítica à ADI 5526. Para isso será exposto a jurisprudência do próprio STF em casos que discutiam a aplicação das cautelares diversas em desfavor de parlamentares, e a fundamentação jurídica da ADI em tela.

4.1 Jurisprudências sobre aplicação de medida cautelar diversa antes da ADI 5526

Aqui serão apresentados os casos notórios na jurisprudência do STF a fim de observar a evolução histórica e argumentativa do tribunal sobre essa temática. Dessa maneira, se poderá entender melhor a ADI 5526.

4.1.1 Caso Assembleia de Rondônia

Em 2006 o estado de Rondônia foi surpreendido com a operação dominó, realizada pela polícia federal e que tinha como objetivo dissipar uma organização criminosa que efetuava diversos crimes contra a administração pública. Uma das características marcantes dessa organização era o fato de que a Assembleia Legislativa era um centro de comando, porquanto ter diversos parlamentares envolvidos. Além dos legisladores, havia membros do poder judiciário, da administração pública em geral e do setor privado. Estima-se ter existido um desvio de mais de 70 milhões de reais (PRESIDNETE..., 2006).

Um dos presos foi o deputado presidente da câmara legislativa, Jose Carlos De Oliveira, acusado como chefe da organização criminosa. Ele foi preso em flagrante devido ao crime de quadrilha e porte ilegal de arma. Todavia, pelo fato do crime de quadrilha ser afiançável, o seu advogado impetrou Habeas Corpus requerendo nulidade da prisão, já que esta não foi remetida a casa legislativa para julgamento conforme a regra constitucional do artigo 53,§2º da Constituição Federal (CONJUR, 2006). No entanto a decisão do HC 89417-/RO negou a arguição.

A argumentação da ministra relatora Carmen Lúcia defendeu o indeferimento do pedido de liberdade porque entendeu que a imunidade parlamentar

do artigo 53,§2º da Constituição não poderia ser aplicada neste referido caso. Segundo ela, o fato de que dos 24 parlamentares, 23 estarem sendo processados ou investigados em inquéritos policiais, seria motivo justo para não aplicar a imunidade citada. Devido a isso haveria grande risco de um instrumento constitucional ser usado de maneira espúria a fim de macular indevidamente a ordem de prisão. Isto é, estaríamos diante de situação teratológica onde o direito é usado para denegrir o próprio direito. Diante dessa excepcionalidade o Judiciário teria o dever de agir impedindo o uso da imunidade parlamentar para proteger a ordem jurídica como um todo (BRASIL, 2006).

Apesar de decisão não tratar sobre o uso de medidas cautelares diversas, mas sim propriamente de exceção à regra constitucional expressa, entende-se necessário a sua exposição. Essa decisão como bem salienta Bernardo Fernandes (2017) é tida como um caso exemplar de limitação às imunidades parlamentares, pois estabeleceu que o poder Judiciário, pautado no argumento da excepcionalidade, teria o condão de cancelar o uso indevido de imunidades, desta forma ela seria usada como parâmetro jurisprudencial para outras decisões judiciais, como é o caso da ação cautelar 4070 que teve o deputado Eduardo Cunha como réu.

4.1.2 Caso Eduardo Cunha

O caso Eduardo Cunha é notório na história do Congresso Nacional. Pode-se dizer isso pelas situações de corrupção em que se envolveu e o papel que ele teve no processo de *impeachment* da presidente Dilma Rousseff, já que foi na época o presidente da Câmara dos Deputados e sendo assim acatou pedido para iniciar o *impeachment* dela.

Durante o trâmite deste processo no Senado Federal, o então e ainda presidente da Câmara, Eduardo Cunha, foi retirado do cargo devido ao seu afastamento como Deputado Federal em virtude de liminar dado pelo Ministro Teori Zavascki na ação cautelar 4070, a qual foi posteriormente referendada pelo plenário de forma unânime (CARNARIO, 2016).

A liminar referendada pelo pleno, em essência, corroborou o entendimento da Procuradoria Geral da República (PGR), que sustentou a existência de indícios que indicavam o uso do cargo de Deputado e, em especial de

presidente da Câmara, para a conquista de benefícios ilícitos, obstruir as investigações e ações penais referentes a ele, assim como continuar a prática de delitos. Como exemplo, cita-se o fato que Eduardo Cunha teria ameaçado testemunhas, usado seu cargo e sua influência no processo legislativo em troca de favorecimento indevido à algumas empresas e, de forma indireta, atrapalhava sua própria investigação no Conselho de Ética da Câmara dos Deputados (BRASIL, 2016).

Devido a esses indícios de obstrução à justiça e a continuação da prática de atos ilícitos, compreendeu-se por aplicar a medida cautelar diversa da prisão de afastar o Deputado de suas funções legislativas por tempo indeterminado, mesmo não existindo previsão constitucional expressa para tal ato contra parlamentar. Porém, o fato é que segundo uma interpretação constitucional, levando em consideração os princípios que ordenam o comportamento probo e ético à aqueles que ocupam funções públicas, não se poderia tolerar a permanência de Eduardo Cunha em sua função parlamentar, e ainda mais no cargo de presidência da câmara, que permite a quem o ocupar está na linha sucessória para suceder o Presidente da República. O que no caso não poderia ocorrer devido ao fato de o réu ter processos penais contra si, fato que seria um obstáculo para que este pudesse assumir o referido cargo (BRASIL, 2016).

A partir da ideia de deveres e requisitos para exercer o cargo legislativo e baseado nos princípios constitucionais supracitados, entende-se que não há dano ao equilíbrio dos poderes, já que todos estes devem obedecer aos valores e princípios emanados da Constituição Federal. Por isso, aduz-se que a imunidade parlamentar não pode ser entendida como uma carta em branco em que o cidadão outorga poderes ilimitados aos seus representantes, pois estes estariam sujeitos a todos os ordenamentos constitucionais, o que acarreta no dever de respeitá-los, e caso não o façam, há a necessidade de aplicação de sanções cabíveis (BRASIL, 2016).

Mas deve-se ter em mente que a sanção pelo poder Judiciário é uma medida excepcional, pois a aplicação destas se deve preferencialmente pelo poder legislativo, e somente em último caso pelo judiciário, o qual deve observar com bastante cuidado os fatos ocorridos (BRASIL, 2016).

Por fim, é salutar afirmar que no entendimento do saudoso Ministro Zavascki, as outras medidas cautelares diversas do afastamento da função pública

também podem ser aplicadas aos membros do Legislativo, em virtude da necessidade do caso, já que a Constituição Federal prevê imunidade apenas em relação a atos processuais criminais, somente em relação a prisão em flagrante e na possibilidade de o legislativo interromper ação penal. Isto é, caberia a regular aplicação do Código de Processo Penal (BRASIL, 2016).

Sendo assim, com base na fundamentação apresentada é possível afirmar que neste momento, o STF concluiu, pelo menos para este caso, que o uso de cautelares diversas da prisão contra parlamentares, em especial o afastamento da função pública, mesmo não encontrando regulamentação específica, é possível quando a situação a ser julgada for excepcional e o parlamentar demonstrar que não desempenha sua função com base nos princípios constitucionais.

A fundamentação do ministro Teori sofreu algumas críticas de doutrinadores, sendo uma delas a de Bernardo Fernandes (2017) que afirma que a decisão foi correta, mas errada. Este paradoxo se explica pelo fato de a Constituição oferecer arcabouço principiológico e de institutos para fundamentar o afastamento do parlamentar no referido caso, porém o ministro preferiu lastrear a liminar com maior peso na excepcionalidade do que nos ditos princípios constitucionais. Esta compreensão apresenta um grave problema no que tange ao conceito do termo excepcional, pois ele tem um forte caráter subjetivo. Isso significa que em outros casos o mesmo fundamento pode ser aplicado de maneira completamente diferente.

A partir da crítica supracitada pode-se aduzir que outro problema com a fundamentação baseada na excepcionalidade é o dano que esta causa ao princípio da segurança jurídica, tendo em vista que isso permitiria aos magistrados serem arbitrários na aplicação das medidas cautelares diversas e conseqüentemente trazer a possibilidade de haver excessos, tanto para mais quanto para menos. Isto é, as regras de direito sobre o que o Judiciário pode ou não fazer neste caso não ficaram claras o suficiente como o referido princípio designa.

4.1.3 Caso Aécio Neves

No dia 18/05/2017 o ministro do STF Edison Fachin aplicou medidas cautelares diversas da prisão ao Senador Aécio Neves devido às provas contidas em delação premiada feita pelo Empresário do Grupo J&F, Joesley Batista. A princípio a PGR pediu a prisão preventiva do Senador, entendendo que se tratava de caso de

delito em flagrante, porém o eminente ministro não corroborou tal entendimento e assim acolheu apenas o pedido das medidas cautelares diversas. Sendo elas o afastamento do cargo de função pública, a proibição de manter contato com outros investigados, como seu primo e sua irmã, e a apreensão de passaporte (Áudio..., 2017).

Na época, tal afastamento causou uma grande crise institucional entre os poderes Legislativo e Judiciário. Pode-se dizer que este mal estar foi causado devido as grandes operações contra corrupção, como a Operação Lava jato, que afetou muitos membros do parlamento, e pela judicialização da política. Aliás o afastamento do ex-deputado Eduardo Cunha na ação 4070, citado anteriormente, também ajudou na constituição desta tensão, já que o STF neste julgamento abriu precedente para a aplicação das medidas cautelares sem anuência do poder Legislativo. Isso acabou por tornar este caso um importante parâmetro a ação cautelar contra o Senador Aécio Neves.

Sobre o conteúdo da delação que determinou o uso das medidas cautelares diversas da prisão pode se explanar o seguinte: O empresário Joesley Batista gravou o Senador, de forma legal, em uma conversa na qual eles discutiram uma série de atos ilícitos. Entre estes estava um pedido de Aécio de dois milhões de reais ao empresário com o intuito de arcar com dispensas de advogados para sua defesa em processos criminais, os quais são em sua maioria de crimes contra a administração pública (AFFONSO; BALDEZ; MACEDO, 2017).

Este valor de dois milhões, segundo o que se ouviu na gravação, ficou acordado de ser entregue em dinheiro vivo e de forma escondida entre dois subordinados dos negociadores. O subordinado escolhido por Aécio para cumprir a tarefa foi seu primo, Frederico Pacheco, o qual o Senador afirmou que estaria disposto a matar caso houvesse risco de delação (AFFONSO; BALDEZ; MACEDO, 2017).

Além da questão da transferência escusa de dinheiro, outras informações dadas no áudio foram as alegações de Aécio quanto a possibilidade de ele pressionar o Presidente da República, Michel Temer, a interferir na Polícia Federal para interesses de Joesley, fazer “lobby” por projetos de leis que *a priori* seriam benéficos a quem comete crimes contra a administração pública, nomear o presidente da empresa Vale em troca de favores a Joesley e outros (AFFONSO; BALDEZ; MACEDO, 2017).

Essas informações foram todas gravadas e anexadas aos autos processuais como delação premiada e usadas amplamente para decidir sobre o teor e necessidade da aplicação das medidas cautelares. Sendo elas decididas no dia 26/09/2017 pela primeira turma do STF no julgamento de agravo na ação Cautelar 4327, que tinha o intuito de rever a liminar do ministro Marco Aurélio que havia retirado as cautelares penais efetuadas pelo ministro Edson Fachin (BRASIL, 2017).

A decisão do agravo na AC 4327 foi contrária ao entendimento da liminar do ministro Marco Aurélio, pois por 3 votos a 2 ficou estabelecido o uso das medidas cautelares do artigo 319, incisos III, IV, V e 320 do CPP, ou seja, se estabeleceu o que o ministro Fachin havia prescrito antes, mais a adição do recolhimento noturno (BRASIL, 2017).

A fundamentação jurídica vencida, representada pelos ministros Marco Aurélio e Alexandre de Moraes se baseou na tese a favor da sobreposição da Imunidade Parlamentar sobre a possibilidade de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão contra congressistas, pois segundo eles, a Constituição Federal não estabeleceu expressamente o uso de tais medidas. E tendo em vista a importância das imunidades para a ordem Institucional e democrática do país, o correto é realizar uma interpretação na qual se pressupõem o uso delas a este caso (BRASIL, 2017a).

Os ministros também arguíram com bastante intensidade a favor da prevalência do princípio da separação e harmonia dos poderes nesta situação. Segundo Marco Aurélio a possibilidade de afastamento de um parlamentar pelo poder judiciário seria um forte desrespeito a este princípio, dado que haveria uma clara insegurança jurídica à atividade parlamentar na medida em que o judiciário retira (através de afastamento sem prazo determinado) ou limita o mandato popular concedido a alguém para ser representante do povo. Além disso, estaria se possibilitando a existência de excessos desnecessários por parte deste poder, o que abalaria ainda mais o equilíbrio entre os poderes da República (BRASIL, 2017a).

Por fim, é interessante informar que os ministros que foram votos vencidos argumentaram que a situação do Senador Aécio Neves não se confundia com a do Ex-Deputado Cunha, pois eles não conseguiram constatar a excepcionalidade no caso do Senador, já que no entender deles, as provas trazidas pela PGR, em grande parte pela delação do Sr. Joesly Batista, não evidenciaram tal *status* (BRASIL, 2017a).

A fundamentação da tese vencedora pode ser apresentada muito bem pelo entendimento do ministro Barroso, o qual, inclusive redigiu o acordão. Segundo ele existia nitidamente os pressupostos para aplicação de medida cautelar: *periculum libertatis e fumus commissi delicti*. E partir desses fortes indícios era necessário a determinação das medidas dos artigos 319 e 320 do CPP. Sobre o princípio da separação de poderes o iminente Ministro compreendeu que não há prejuízo no que tange ao uso de tais medidas, uma vez que as imunidades parlamentares não podem ser distorcidas com intuito de promover a proteção indevida de atos visivelmente contrários ao saudável uso da atividade parlamentar (BRASIL, 2017a).

Na mesma linha a Ministra Rosa Weber explicou que as provas apresentadas demonstram um grau de gravidade semelhante ao que aconteceu na AC 4070 (caso Eduardo Cunha) e que por isso as medidas cautelares seriam necessárias. Em relação às imunidades parlamentares, comenta que elas não poderiam ser estendidas porque o texto constitucional é apenas referente aos casos de prisão (BRASIL, 2017a). Nota-se com base na argumentação da ministra Weber e dos ministros Marco Aurélio e Alexandre de Moraes, o que já foi apontado neste capítulo: que a fundamentação quando baseada na excepcionalidade cria uma grande margem para insegurança jurídica e arbitrariedades devido à sua subjetividade.

Outro exemplo deste problema é a maneira como os ministros vencidos encararam a excepcionalidade no caso Eduardo Cunha em comparação com a do Senador Aécio Neves. No primeiro a PGR não levou ao processo provas de caráter explícito, enquanto no outro caso juntou gravação de 48:00 minutos, na qual o próprio Senador nitidamente demonstrava que praticava condutas delituosas e que estaria disposto atrapalhar investigações.

Mesmo havendo uma maior robustez probatória no agravo da ação cautelar 4327, estes Ministros preferiam arguir a excepcionalidade apenas na ação cautelar 4070 e por isso não aplicaram as medidas cautelares diversas ao Senador.

4.2 A ação direta de inconstitucionalidade 5526 e suas consequências na jurisdição penal e constitucional

Após o amplo entendimento da jurisprudência anterior, pode-se expor devidamente a argumentação jurídica da ADI 5526, suas consequências para assembleias estaduais e destarte, crítica demonstrando danos ao Direito Penal e Constitucional.

4.2.1 A fundamentação jurídica da Ação de Inconstitucionalidade 5526

Após alguns meses do julgamento que impôs as medidas cautelares diversas ao Senador Aécio Neves, o STF julgou a ADI 5526 proposta pelos partidos PSC, PP e solidariedade no ano de 2016, a qual propunha que o poder Legislativo deveria possuir a palavra final no caso das medidas cautelares diversas impostas a membros do Legislativo. A decisão tomada para esta ADI foi alvo de diversas polêmicas, mudou o cenário político do país e o trâmite do processo penal do Senador em questão.

Em uma seção plenária que durou um longo período de tempo e demonstrou uma corte rachada, já que a votação foi de 6 contra 5 e teve ampla divergência entre os ministros, ficou acordado que as medidas cautelares diversas da prisão poderiam ser aplicadas pelo poder judiciário contra parlamentares. Porém, se a medida aplicada afetar de alguma forma o desempenho da função parlamentar, será necessário remeter a decisão judicial a casa legislativo do acautelado no tempo de 24 horas, para que assim o poder legislativo faça o devido controle político e destarte determinar a manutenção ou não da medida. Ou seja, se aplicou de forma analógica o mandamento do artigo 53, §2º da CF/88 (BRASIL, 2017b).

A partir do acordo entre os ministros e os casos apresentados neste trabalho, é notório concluir que o STF agiu contra sua própria jurisprudência levando em consideração a AC 4070 e o agravo da AC 4326, já que nos dois casos não houve o entendimento de que o poder legislativo poderia revisar a decisão judicial. Pelo contrário, o STF afastou os referentes parlamentares por conta própria e negou a aplicação analógica do artigo 53§2º da Constituição Federal.

Os ministros vencedores foram Marco Aurélio, Alexandre de Moraes, Gilmar Mendes, Dias Tofoli, Ricardo Lewandowski e Carmen Lucia, e em geral a fundamentação deles se lastreou na seguinte ideia: a proteção ao princípio da separação e equilíbrio dos poderes e a atividade parlamentar indica que o artigo 53§2º da CF/88 deve ser usado de forma analógica para regular o uso dos artigos 319 e 320, do CPP (BRASIL, 2017b).

Em relação a essa ideia é importante destacar, o que ministro Alexandre de Moraes (relator do acordão) afirmou em seu voto. Segundo ele, a imunidade parlamentar é instrumento impar na ordem institucional democrática brasileira, pois garante a independência do poder legislativo. Além disso, deve se ter em mente que não é por que as medidas cautelares não são expressas no rol de imunidades que não se pode aplica-las em situações semelhantes. Afinal, algumas medidas além de atrapalharem o mandato parlamentar, se assemelham as cautelares do artigo 312 do CPP, como é o caso do recolhimento noturno, já que é praticamente uma espécie de cárcere. Devido a isso, o poder judiciário deveria se autoconter para estabelecer o equilíbrio entre os poderes (BRASIL, 2017c).

Outro argumento interessante do aludido ministro é que a problemática em questão não envolve um embate entre normas de cunho apenas constitucional, mas sim entre a norma de processo penal (medidas cautelares) e a norma constitucional (imunidade parlamentar). E sendo assim, a interpretação correta a ser feita é aplicação da lei constitucional, mesmo que por analogia, sobre a lei processual penal (BRASIL, 2017c).

Os ministros vencidos foram o relator Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber e Luís Fux. Em resumo, a tese defendida por estes ministros se ancorou em dois postulados: o princípio republicano e a estrita legalidade. Com base nestes princípios os referidos ministros entenderam que o artigo 52§2 da CF/88 não poderia ser ampliado a fim de regulamentar as cautelares penais diversas. Afinal, não seria coerente com o princípio republicano se estender imunidades via interpretação, já que elas são compreendidas como exceções que devem estar expressas em lei (BRASIL, 2017b).

Sobre esta tese, o ministro Barroso acredita ser coerente e racional a preocupação com princípio do equilíbrio e separação dos poderes porque é evidente que as cautelares penais diversas são uma forma abrupta de interferência no legislativo. Entretanto ele entende ser igualmente preocupante que investigações ou

processos tragam provas que um membro do legislativo cometia atos criminosos, e pior, usando da influência do próprio cargo (BARROSO, 2017).

Por isso o ministro conclui ser necessária a utilização de medidas excepcionais a casos igualmente excepcionais. Ademais, afirma que decidir pela interpretação analógica seria criar indevidamente um privilégio e abrir margem para um instrumento que facilmente poderia ser usado para uso corporativo. A consequência disso seria o incentivo à impunidade dentro de um contexto político em que já ocorrem muitos casos de crimes contra administração pública (BARROSO, 2017).

Além do entendimento pragmático apresentado, também é relevante a argumentação do ministro Celso de Melo no que tange à defesa da interpretação restritiva da imunidade parlamentar-Ele relembra que a constituição do Império do Brasil expressamente ordenava que após recebimento de ação penal contra parlamentar era necessário que a casa legislativa decidisse sobre eventual ordem judicial que afastasse o réu. Ora, aduz o ministro, se fosse vontade do legislador em conceder tal imunidade, ele deveria ter expressado isso como a carta imperial fez (BRASIL, 2017d).

Com base no exposto ficou nítido que argumentação das teses se preocupou em definir o que prevaleceria entre o choque da necessidade de aplicação das medidas cautelares e a imunidade parlamentar. Ambas as argumentações são bem embasadas e racionais do ponto de vista jurídico, porém compreende-se que a tese vencida é a que se adequa melhor para se resolver este imbróglio jurídico, como se verá a seguir.

4.2.2 A influência da ADI 5526 no uso de cautelares penais aos deputados Estaduais.

Logo após a decisão da ação de Inconstitucionalidade 5526, as assembleias estaduais do Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte e Mato Grosso, baseadas no entendimento do STF, anularam medidas cautelares diversas (como o afastamento de cargo público) e de restrição de liberdade emitidas contra membros de suas casas. Os deputados beneficiados estavam sendo processados e investigados por crimes contra a administração pública e crime organizado (BARROSO; OSORIO, 2017).

Apesar das revisões políticas das cautelares, não se encontrou na ADI 5526 qualquer referência de extensão de sua decisão aos entes legislativos estaduais, tanto que em entrevista ao site UOL (MAIA, 2017) o ministro Marco Aurélio comentou o seguinte: “Não sei como surgiu essa ideia de que nossa decisão abrangeria deputados estaduais, e quem sabe até vereadores. Eu fiquei pasmo”.

E ainda sobre o tema, na reportagem, disse como se deveria definir sobre essa discussão e porque não havia, no seu entender, o uso do princípio da reprodução obrigatória e da parametricidade naquele momento:

Para Marco Aurélio Mello, não cabe o princípio da reprodução obrigatória porque a regra é "excepcionalíssima", assim como a que garante ao presidente da República, durante o mandato, não responder por atos anteriores. "Indaga-se: governadores e prefeitos também estão alcançados por essa regra?", questionou, retoricamente. "Você tem cláusulas na Constituição Federal que são exclusivas, não são de repetição obrigatória. E se transportarem para a Constituição do Estado ou para a Lei Orgânica do município, se houver questionamento, vamos decidir", explicou o ministro, reconhecendo que o tema fatalmente deverá cair no Supremo Tribunal Federal (MAIA, 2017).

E sendo assim, foi exatamente o que aconteceu, pois a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) ingressou com três ações de inconstitucionalidade- (ADI nº 5823, 5824 e 5825), sendo cada deles referentes aos casos estaduais citados.

A AMB sustentou que o artigo 27, §1º da nossa Magna Carta, que estabelece aos deputados estaduais iguais imunidades aos federais deve ser restringido, pois no seu entender, o legislativo estadual estaria bem resguardado apenas pela imunidade material. Já a de caráter formal, seria indevida, pois o judiciário não poderia ter sua atividade tutelada por uma Assembleia Estadual sobre pena de ferir os princípios da separação de poderes e republicano. Seguindo este liame, a AMB afirmou que a ADI 5526 se limitou apenas ao nível federal, uma vez que a sua determinação foi proteger o equilíbrio de poderes do Estado Brasileiro-União-, em outras palavras, não seria pertinente aos outros entes federativos (BRASIL, 2017 e).

Como o caso das três assembleias tinham o mesmo objetivo, eles foram julgados conjuntamente. Sendo o ministro Edson Fachin relator das ADI's 5.824 e 5.825, e o ministro Marco Aurélio da 5.823, cabendo aqui destacar que eles tiveram diferentes posições.

Para Marco Aurélio, é evidente que a imunidade parlamentar estadual possa ser replicada conforme as que são conferidas aos membros do Congresso nacional. Não há dúvida, pois o artigo 27,§1º da Constituição é bem claro sobre isso. Se a vontade dos constituintes fosse de limitar a imunidade, teria registrado norma para tal, da mesma forma que fez para os membros legislativos municipais. Pois é expresso, segundo artigo 29, inciso VIII, que a estes é apenas conferida o *freedom of speech* (BRASIL, 2017e).

Na contra mão, Fachin corroborou a arguição da AMB. Segundo ele deve prevalecer o entendimento de interpretação baseada no princípio republicano: como não existe norma determinante que estabeleça o poder de controle sobre decisões cautelares penais pelos deputados estaduais, seria errôneo, via analogia, estabelecer regra que permitisse tal feito, pois dessa forma se estaria criando um privilégio. Além disso, é incoerente conferir às Assembleias a possibilidade de emitir parecer sobre instrumentos jurídicos que devem ser pautar pelo uso técnico e não político. Por fim, deve-se se informar que o julgamento das ADI's foi remarcado para data não confirmada por causa da ausência dos ministros Ricardo Lewandovisk e Barroso (BRASIL, 2017e). Observa-se que o ministro Fachin continuou com a mesma linha de raciocínio que teve nos outros casos analisados nesta pesquisa.

Tendo sido apresentado à problemática das Assembleias Estaduais pela ADI 5526, mais os pontos de vista dos ministros relatores, arremata-se que a decisão proferida na ADI trouxe insegurança jurídica e conflitos sociais. Sendo assim, pode-se arguir que se ela não criasse regra, sobre o manto indevido da analogia, não teríamos esta confusão jurídica. Ademais, também houve na prática, demonstrações cabais do uso não institucional e não republicano pelo Legislativo. Tais consequências serão criticadas com maior profundidade no tópico abaixo.

4.2.3 Crítica a ADI 5526: As consequências jurídicas penais e constitucionais

Após a intensa análise da fundamentação jurisprudencial do STF e da própria ADI 5526, concluiu-se que a decisão dada pelo Supremo a fim de regulamentar a dita lacuna jurídica apresentada neste trabalho acadêmico, não foi a mais apropriada para solucionar o problema, além de ter mudado radicalmente a evolução jurisprudência sobre a temática debatida.

Apesar da argumentação coesa e coerente dos ministros que foram os votos vencedores, baseada na legítima necessidade de se proteger a segurança da função legislativa e equilíbrio entre os poderes, percebe-se que esta decisão na prática levará a graves consequências no campo do direito penal e consequentemente para o constitucional.

Como já explicado e demonstrado no capítulo 2, a medida cautelar diversa tem uma grande importância para toda a jurisdição penal, pois é através dela (quando demonstrada sua necessidade) que o funcionamento e máxima efetividade do processo penal se concretizará. Ademais, se o processo penal conseguir cumprir o seu objetivo na busca da verdade e proteção dos direitos individuais poderá o direito penal ser concretizado da melhor forma possível, e assim cumprir as suas finalidades de maneira justa e proporcional. Assim verifica-se que para aplica-las é necessário ter amplo conhecimento jurídico e experiência na seara penal.

Tendo em vista essa cadeia sequencial em que a cautelar penal diversa está inserida, se deduz que a decisão da ADI 5526 permitiu ao Congresso Nacional danificar o regular trâmite do processo penal quando bem entender. Isto é, o parlamento, mesmo tendo outros tipos de imunidade para proteger sua função pública, agora pode escolher dificultar o trâmite processual penal de um de seus membros.

Este raciocínio foi usado pelo ministro Celso de Mello, como bem lembrou o ministro Fachin, em seu voto na ADI 5526, nas seguintes palavras:

E o exercício por esta Suprema Corte, mesmo em sede de persecução penal, considerado o contexto que se delinea nestes autos, destina-se a garantir a própria utilidade da prestação jurisdicional a ser efetivado no processo penal de conhecimento, *em ordem a impedir o comprometimento ou a frustração do resultado definitivo do julgamento principal*. (BRASILf, 2017,pag. 5, grifo nosso).

Além da inteligência de Celso de Mello, também é importante apresentar crítica dos professores Cleopas Santos e Bruno Zanotti (2018), pois segundo eles, a decisão do plenário extrapolou o uso da regra constitucional que permite o julgamento de prisão em flagrante de parlamentar pelo legislativo. Essa expansão seria indevida já que o constituinte criou regra expressa apenas para o caso da prisão em flagrante, tanto que não foram estabelecidas normas para regulamentar

os demais tipos cautelares que poderiam eventualmente ser impostos a parlamentares.

Outro problema identificado é que parlamentares que venham a descumprir medidas cautelares que não afetem o regular exercício de sua função, poderão não ter decretada uma cautelar mais drástica ou cumulativa devido ao possível julgamento feito pelos companheiros legislativos. Dessa forma identifica-se uma possível ineficiência dessas medidas em processos envolvendo membros do legislativo (SANTOS; ZANOTTI, 2018).

Com as observações citadas acima, aduz-se que o processo penal perde completamente o uso do princípio da proporcionalidade em face da preferência à separação dos poderes e à imunidade parlamentar. Sendo a principal consequência o esvaziamento da jurisdição penal como um todo, e destarte restando prejudicado a proteção dos bens jurídicos essenciais à sociedade.

Em outras palavras, estar-se-ia criando estímulo à impunidade e privilégios. Além disso, o Legislativo não é o melhor poder para decidir matéria de cunho processual penal, pois o seu julgamento, na prática, seria muito mais político (corporativista) do que técnico jurídico. Deve-se lembrar de que, diferente de outros processos, como é o caso do *impeachment*, o processo penal não possui características jurídico-político, apenas jurídico; e por envolver a proteção dos bens jurídicos mais importantes na sociedade deveria se evitar o seu uso político, ainda mais, se se levar em consideração o contexto cultural das classes políticas brasileiras.

Esse quadro cultural apresentado neste trabalho no primeiro capítulo, em específico no tópico que fala sobre a falta de republicanismo na sociedade brasileira, é algo essencial para se levar em consideração. Pois se entende ser necessário que a interpretação da norma jurídica esteja a par da realidade social e política. Por isso compreende-se que o STF não deveria proporcionar regra processual penal não escrita, via interpretação, para um legislativo eivado de patrimonialismo. E considerando as lições, já citadas aqui, de Raymundo Faoro, não seria viável o parlamento brasileiro, composto por pessoas que detêm força política e econômica, agora possuírem o poder de manipulação sobre a jurisdição penal. Isso levaria a graves consequências a norma constitucional, diferente do que ponderou a decisão final da ADI 5526.

Primeiramente, no que tange à matéria constitucional, pode-se dizer que a preocupação dos ministros vencedores em preservar a imunidade formal a qualquer custo, afinal criaram regra não escrita para tal, visando proteger o equilíbrio dos poderes, foi um entendimento desmoderado.

Esse pensamento não observou a experiência histórica e constitucional de outros países, pois são notórias as diferentes formas de proteção da imunidade parlamentar pelo mundo. Sobre isso, pode-se informar como exemplo a recomendação do Tribunal Europeu de Direitos Humanos sobre imunidade ao legislativo nas palavras do promotor de justiça Marcelo Texeira:

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) promove nítida diferença entre uma prerrogativa e um mero privilégio, tendo em algumas oportunidades levantado a imunidade formal, superando a literalidade do texto Constitucional do país de origem da reclamação e conseqüentemente suplantando a denegação de autorização do Parlamento para processamento de parlamentar. Com efeito, a Corte Europeia verifica no caso concreto se a imunidade efetivamente se presta ao objetivo de proteger as atividades parlamentares, entendendo que, enquanto a imunidade material só poderia ser desconsiderada quando fosse manifestamente desconexa com a atividade parlamentar, a imunidade formal em princípio seria desproporcional e vulneraria o direito ao processo equitativo (art. 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos), apenas sendo admitida quando o alegado ato criminoso tenha total relação com a função ou quando se configure uma inequívoca perseguição ao parlamentar (*fumus persecutionis*), afastando completamente a possibilidade de se considerar as imunidades em sentido amplo (material e formal) como privilégios (Palma, Maria Fernanda et al apud TEIXEIRA, 2017, p.2).

Ou seja, é notório que a imunidade parlamentar não deve ser confundida como regra essencial e basilar para a estabilidade dos poderes democráticos, sendo ela encarada sempre como exceção e não a regra, como se observou no entendimento de alguns ministros; tanto que países de tradição anglo-saxão, em especial o Reino Unido, só oferecem a imunidade de cunho material ao seu corpo legislativo. Cabendo aqui ressaltar que tal país goza de exemplar estabilidade político durante séculos.

Além da superproteção dada à imunidade formal pode-se deduzir que a limitação do processo penal, que visava proteger as relações entre os poderes da república, como bem arguíram os ministros Celso de Mello e Alexandre de Moraes, na prática conspurcarão o princípio da separação de poderes. O que realmente se procederá será a criação de uma instância hegemônica de poder, do Legislativo sobre o Judiciário, pois ele terá o privilégio de não acatar decisões judiciais quando

lhe for conveniente. Ora, dessa forma fica claro que o dito império da lei, tão caro ao princípio republicano, não é para todos e assim se macula o referido *checks and balances*, pois nota-se a falta de controle de um poder sobre outro.

Esse caráter de instância hegemônico, que institui privilégios e a falta de controle entre os poderes, foi verificado logo no primeiro uso da regra estipulada pela aludida ADI, pois o Senador Aécio Neves teve as suas medidas cautelares revogadas algumas semanas depois da decisão pelo Senado Federal. Também foi interessante observar a utilização automática pelas Assembleias Estaduais desta regra, mesmo que a decisão do supremo não tenha mencionado a esfera estadual ou municipal. Isto é, os preceitos dos votos vencidos se demonstraram mais corretos ao caso concreto.

Por fim, pode-se dizer que o supremo decidiu de maneira dissonante de sua própria jurisprudência, pois ao se analisá-la, é notória a primazia do princípio republicano e da proteção da eficácia da jurisdição penal. Por isso entende-se que a solução dada pela ADI 5526 mudou o liame jurídico que vinha sendo adotado pelo tribunal. Além disso, é pertinente indicar que seria mais interessante o Supremo aprimorar a regulamentação de aplicação de cautelares contra parlamentares, como por exemplo, estipular prazo para as cautelares e estabelecer tipos de provas a serem usadas. Já que isso poderia ajudar a delimitar e atenuar o problema já apontado aqui da excepcionalidade, do que simplesmente permitir o uso de juízo político de todas as cautelares quando essas interferirem no mandato legislativo.

Uma proposta alternativa ao que foi decidido poderia ser a crítica de Eugênio Pacelli (2017a), na qual prescreve que o Congresso não poderia emitir juízo político sobre as cautelares do artigo 319 e 320 do CPP, tendo em vista a obrigação, quando se entender necessário, de aplicar as devidas medidas ao caso concreto pela jurisdição penal. Porém em se tratando de afastamento de função pública (artigo 319, inciso VI, do CPP), compreende ser esta a única medida que poderia ser decidida, em sede final, pelo Legislativo, já que a Constituição, em específico seu artigo 55, estipula os casos de perda do mandato. E se o Congresso tem o poder sobre a perda ele deveria ter também sobre a suspensão, porque esta seria uma perda temporária do cargo.

Apesar de coerente, entende-se desnecessário essa obrigatoriedade do juízo político sobre a cautelar de afastamento da função pública. Filia-se aqui ao entendimento de Renato Brasileiro Lima (2017) que aduz que a administração

pública abarca todos aqueles que labutam perante seus interesses e objetivos, sendo assim, é evidente que os cargos eletivos se enquadram nesse rol. Outrossim, foi o entendimento quanto a medida cautelar restritiva de liberdade– prisão preventiva –imposta a governador pelo Supremo Tribunal de Justiça e o STF (tendo inclusive estabelecido limite de tempo para a prisão)³. Daí se extrai o raciocínio lógico jurídico: se é permitido aplicar prisão preventiva a um cargo eletivo do executivo, por que não se poderia usar medida mais branda– afastamento –ao legislativo.

Ademais a inteligência de Brasileiro, também é de suma importância observar que a Lei nº 8429/92 (Lei de improbidade administrativa)– muito bem lembrada pelo ministro Zavascki no voto que afastou o ex-deputado Eduardo Cunha– define expressamente em seu artigo 2º quem se enquadra em cargo público:

Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior. (BRASIL, 1992).

A partir da contribuição da referida lei, que “pune” sem interferir nas sanções do Código penal, ou seja, o indivíduo pode ser responsabilizado tanto pela lei de improbidade quanto pelo Código penal, conclui-se que ela pode ser usada como referência crítica a ADI 5526 (BRASIL, 2016a). E por isso é importante citar aqui outro dispositivo igualmente importante ao caso, o artigo 20 parágrafo único:

A autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual. (BRASIL, 1992).

Ora, com base nessa informação é notório afirmar sem prejuízo semântico jurídico, que desde a promulgação desta lei o ordenamento jurídico brasileiro permitia expressamente o judiciário afastar parlamentares sem necessidade de autorização do Poder Legislativo (BRASIL, 2016a). E por isso indaga-se: se a lei de improbidade administrativa que atua, praticamente, em muitas

³ Trata-se do caso do governador do Distrito Federal, José Roberto Arruda, a quem foi aplicada prisão preventiva sem aval da Assembleia Legislativa, pelo STJ, com a justificativa de que o poder de revisão da Assembleia Distrital não teria eficácia contra prisão preventiva, pois esta é uma medida cautela, e assim o sendo, não há regra expressa sobre a possibilidade de o legislativo cancelá-la (BRASIL, 2009).

vezes, paralelamente a casos de crimes contra a administração pública, permite tal uso, porque o que estar expresso nela não poderia valer ao direito penal? O qual é caracterizado pela doutrina como a *ultima ratio*.

Conclui-se, portanto, que ADI 5526 não respeitou a antiga jurisprudência sobre o uso de medidas cautelares contra parlamentares e acarretou em consequências negativas para a jurisdição penal e constitucional brasileira, sendo elas esvaziamento da jurisdição penal, o desequilíbrio entre os poderes da República, a criação de privilégio, a insegurança jurídica ao campo estadual e o estímulo à impunidade. E assim sendo, se finda aqui a crítica deste trabalho acadêmico.

5 CONCLUSÃO

No dia 11 de outubro de 2017, o Supremo Tribunal Federal, usando sua função de interprete final da Constituição federal, estabeleceu entendimento sobre o uso de medidas cautelares diversas da prisão contra parlamentares ao decidir a ADI 5526. Desta forma, a Suprema Corte firmou entendimento dando poder ao legislativo de sustar aplicação dessas cautelares quando houver prejuízos a regular atividade legislativa.

A priori, tal decisão poderia parecer uma forma sensata de contornar a falta expressa de regulamentação do uso de cautelares a parlamentares. Afinal, um parlamentar é um representante eleito da população, tem uma serie de imunidades já estabelecidas pela nossa lei fundamental e deve ter seu mandato protegido. Todo esse raciocínio somado ao objetivo de proteção e estabilização dos três poderes da República foi o centro argumentativo da decisão.

Porém, as pesquisas realizadas, só corroboraram a posição contrária do autor desta monografia, expressa na resposta da pergunta hipotética na parte introdutória: que a decisão proferida gerou graves consequências aos campos do Direito Penal e Constitucional.

Com base no capítulo 1, compreende-se que as normas constitucionais foram interpretadas de formar equivocadas, pois houve uma preponderância indevida da imunidade parlamentar sobre o princípio republicano, e por isso foi uma perspectiva desacertada da proteção do princípio da separação e equilíbrio dos poderes.

Esse afã de se proteger, a qualquer preço, a função parlamentar visando prevenir um possível desequilíbrio entre os poderes, levará conseqüentemente, e paradoxalmente, ao próprio desequilíbrio institucional não desejado. Tal afirmação tem como base o vislumbre prático da decisão citada e o contexto político e social brasileiro.

Neste interim, observa-se que caso tenham esse poder, parlamentares com grande influência política poderão burlar de forma intencional as medidas cautelares do judiciário e conseqüentemente prejudicar o Processo Penal. Portanto nota-se que existem dois processos penais, o normal, aplicados a todos, e aquele

em que o “réu” pode escolher deliberadamente se aceita ou não a sua imperatividade.

Essa quebra do princípio republicano, já que não há regra constitucional expressa dando imunidade contra cautelares, evidencia um verdadeiro privilégio outorgado. E destarte, esse privilégio causa um desequilíbrio institucional entre os poderes, pois o poder legislativo perde o freio do judiciário quando cometer atos irregulares. Em outras palavras, cria-se uma instância hegemônica de poder.

Somando-se a essas constatações têm-se as questões culturais brasileiras, já que no nosso país a falta de republicanismo e o patrimonialismo ainda pujante na sociedade, são fortes indicadores das consequências negativas da ADI 5526 ao campo constitucional, as quais consequentemente atingem a seara processual penal e penal.

A partir dos problemas constitucionais e os vícios sociais supracitados, assim como as lições dos capítulos 2 e 3, identifica-se um claro esvaziamento da jurisdição penal. Pois como agora o processo penal ficou vinculado ao um juízo político, perde-se o uso técnico da aplicação dessas medidas, o que no caso concreto, impede que o processo penal se desenvolva da melhor forma possível e indique ao poder Judiciário se ele deve condenar ou absolver o réu.

Tal situação danifica a potencialidade da jurisdição penal, e assim sendo ocorrem grandes possibilidades de estímulo a impunidade, que beneficiaria sobretudo, os crimes contra a administração pública, que como se sabe, são os delitos mais comuns envolvendo parlamentares. Ou seja, a sociedade brasileira ficaria desprotegida contra esses tipos de crimes, que dentro do rol de delitos penais, podem ser considerados como aqueles de maior lesividade social.

Por isso é pertinente afirmar que, a argumentação crítica defendida supracitada, além de racionalmente encontrar maior coerência que a decisão do STF, também se demonstrou realmente mais acertada no campo prático, pois como se viu, logo após a sua efetivação, houve quase que instantâneo, o cancelamento das medidas cautelares impostas ao senador Aécio Neves. O qual foi flagrado em uma conversa gravada demonstrado nítido comportamento transgressivo e delituoso.

Por fim, de forma resumida, conclui-se que a decisão da ADI analisada não foi a melhor opção interpretativa das normas penais, processuais penais e constitucionais, pois como incisivamente discutido e demonstrado, ela causou o

esvaziamento da jurisdição penal, a criação de privilégios e de uma instância hegemônica de poder.

REFERÊNCIAS

AFFONSO, Julia; BALDEZ, Lucas; MACEDO, Fausto. **Você foi o cara que me ajudou a chegar onde cheguei', diz Aécio a Joesley**. Disponível em: < <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/voce-foi-o-cara-que-me-ajudou-a-chegar-onde-cheguei-diz-aecio-a-joesley/> >. Acesso em 16 de out. 2018.

ALENCAR, Rodrigues Rosmar; TÀVORA Nestor. **Curso de direito processual penal**. 12ª. Ed. Ver e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

BARROSO; Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 7ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **ADI 5526 Anotações para o voto. Voto escrito em elaboração**. Disponível em < <https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/10/ADI-5.526-Anota%C3%A7%C3%B5es-para-o-voto-2.pdf> > . Acesso em 17 de out. 2018. 2017.

_____; OSORIO, Aline. **O STF em 2017: A República que ainda não foi**. Disponível em < <http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-stf-em-2017-a-republica-que-ainda-nao-foi> >. Acesso em 17 de out. 2018. 2017

_____. **Curso de direito constitucional**. 7ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. **Constituição da republica federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm > Acesso em: 16 ago. 2018.

_____. DECRETO LEI Nº 3689, DE OUTUBRO DE 1941. **Código de processo penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em 16 de Set. 2018

_____. **Lei nº. 8.429, de 2.6.1992**. Disponível em:<www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm> Acesso em 20 de out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade 3.367-1** proced: distrito federal relator: min. Cezar Peluso reqte.(s): associação dos magistrados brasileiros - amb adv.(a/s): Alberto Pavie ribeiro e outro(a/s) reqdo.(a/s): congresso nacional. voto do min. Cezar Peluso, Brasília, 25 de abril 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/noticias/imprensa/votopelusoadi3367.pdf>>. Acesso 15 de set. 2018.

_____.Supremo Tribunal de Justiça. **STJ pode decretar prisão preventiva contra governador**. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/2085554/stj-pode-decretar-prisao-preventiva-contragovernador> >. Brasília, 2009. Acesso em 19 de out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal STF - **habeas corpus: HC 89549 RO**. Partes: José Carlos de Oliveira, Bruno Rodrigues, relatora da ação penal nº 460 do superior tribunal de justiça julgamento. Relator min. Cármen Lúcia. Brasília, 31 de agosto 2006 Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14779494/habeas-corpus-hc-89549-ro-stf> > Acesso em 16 de out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal STF- **Informativo 824**: AC 4070. Brasília, 2 a 6 de maio de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo824.htm> >. Acesso em 16 de out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação cautelar 4.070 distrito federal**. Autor(a/s)(es) :Ministério público federal. Proc.(a/s) (es) :Procurador-geral da república. relator : min. Teori Zavascki, Brasília, 4 de maio de 2016. 2016 a. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/ac-4070-teori-afasta-cunha.pdf> >. Acesso em 20 de out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **1ª Turma determina afastamento do senador Aécio Neves do cargo**. Brasília, 26 de Setembro de 2017. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=356966> >. Acesso 16 de out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Primeira turma a g .reg. no terceiro a g .reg. na ação cautelar 4.327 distrito federal**. Relator: min. Marco Aurélio redator do acórdão: min. Roberto Barroso agte.(s) : Ministério público federal proc.(a / s)(es) : Procurador -geral da república agdo.(a / s) : Aécio neves da cunha adv.(a / s) : Alberto Zacharias Toron e outro (a / s), Brasília, 26 de setembro de 2017. 2017 a. Disponível em < <file:///C:/Users/vitor/Downloads/acord%C3%A3o%201%20turma%20STF-%20Afastmento%20de%20Aecio%20Neves.pdf> >. Acesso 16 de out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **STF define aplicação de medidas cautelares do CPP a parlamentares**. Brasília, 11 de outubro de 2017. 2017 b. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=358853> >. Acesso 16 de out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade 5.526 distrito federal**. Requerentes: Partido Progressista e Partido Social Cristão. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Min. Edson Fachin. Voto do Min. Alexandre de Moraes, Brasília, 11 de outubro de 2017. 2017 c. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5526votoAM.pdf>> Acesso em 17 de out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade 5.526 distrito federal**. Requerentes: Partido Progressista e Partido Social Cristão. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Min. Edson Fachin. Voto do Min. Celso de Mello, Brasília, 11 de outubro de 2017. 2017 d. Disponível em: < <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2017/10/ADI-5526-voto-Ministro-Celso-de-Mello-1.pdf?x48657> >. Acesso em 17 de out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Informativo STF: N° 887**. Brasília, 4 a 8 de dezembro de 2017. 2017 e. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo887.htm>>. Acesso em 19 de out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade 5.526 distrito federal voto**. Requerentes: Partido Progressista e Partido Social Cristão. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Min. Edson Fachin. Voto do Min. Edson Fachin, Brasília, 11 de outubro de 2017. 2017 f. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5526.pdf>>. Acesso em 19 de out. 2018.

CANARIO, Pedro. **Fora da presidência ministro teori zavascki afasta deputado eduardo cunha de funções na câmara**. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2016-mai-05/teori-zavascki-afasta-cunha-mandato-deputado-federal>> . Acesso em 16 de out. 2018. 2016

CONJUR. **Operação dominó**: presidente da assembleia legislativa de Rondônia continua preso. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2006-ago23/presidente_assembleia_rondonia_continua_preso>. Acesso em 16 de out. 2018.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: a formação do patronato político brasileiro. 5ª. Ed. São Paulo: Editora Azul. 2010

FERNANDES; Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 9ª. Ed. Salvador: Editora juspodvm. 2017.

GRECO, Rogerio. **Curso de direito penal**: parte geral. 19ª edição. Niterói: Editora impetus. 2017.

GUSTIN; Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(RE) pensando a pesquisa jurídica**: Teoria e prática. 3ª Ed. Revista e atualizada pela NBR 14.724, de 30/12/05, da ABNT. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2010.

G1 POLITICA. **Áudio**: Aécio e Joesley Batista acertam pagamento de R\$ 2 milhões. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/audio-aecio-e-joesley-batista-acertam-pagamento-de-r-2-milhoes.ghtml>>. Acesso em 16 de out. 2018.

HOLANDA, Sergio Buarque De. **Raízes do Brasil**. 26ª edição. 38ª reimpressão. São Paulo: Companhia das letras: 2013

JUNIOR, Flavio Martins Alves Nunes. **Curso de direito constitucional**. 2ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

JUNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. 15ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2018.

KELLY, Paul et all. **O livro da política**. Tradução de Rafael Longo. 1. Ed. São Paulo: Globo, 2013

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017

MAIA, Gustavo. **Permissão do TRF para Alerj revogar decisão judicial sobre deputados contraria STF**. Disponível em: < <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/11/17/acordao-do-stf-contraria-decisao-que-submeteu-prisao-e-afastamento-de-picciani-a-alerj.htm?cmpid=copiaecola> >. Acesso em 19 de out. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MORAES; Alexandre De. **Direito constitucional**. 33ª. ED. São Paulo: Editora Atlas. 2017

PACELLI, Eugenio. **Curso de Processo Penal**. 21ª Ed. Ver. , atual. E ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

_____. **O Parlamento e as cautelares pessoais no processo penal**. Não conseguimos conceber o condicionamento de decisão do Judiciário à chancela do Parlamento. Jotainfo, 17 de outubro de 2017. 2017a. Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-parlamento-e-as-cautelares-pessoais-no-processo-penal-17102017> >. Acesso 20 de out. 2018.

SANTOS, Marcelo Texeira. **Prisão preventiva de parlamentares: ativismo ou republicanismo?** Afinal, o que fazer quando 'a política apropria-se do direito para violá-lo?'. Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/prisao-preventiva-de-parlamentares-ativismo-ou-republicanismo-20042018#sdfootnote30anc> >. Acesso em 20 de out. 2018

SARLET, W.I.;MARINONI,G.L.;MITIERO,D. **Curso de direito constitucional**. 6ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SINGER, André. **Maquiavel e o liberalismo: a necessidade da República**. En publicacion: Filosofia política moderna. De Hobbes a Marx Boron, Atilio A. CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales; DCP-FFLCH, Departamento de Ciencias Políticas, Faculdade de Filosofia Letras e Ciencias Humanas, USP, Universidade de Sao Paulo. 2006. ISBN: 978-987-1183-47-0

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume - Teoria Geral do Direito Penal**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZANOTTI, Bruno Taufner; SANTOS, Cleopas Isaías. **Delegado de policia em ação: Teoria e pratica no estado democrático de direito**. 6ª Ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.