

VOTO-VOGAL :

O Senhor Ministro Luís Roberto Barroso:

Ementa : Direito Constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade. Imunidade parlamentar. Alcance da imunidade formal de deputados estaduais. Interpretação estrita.

1. Ações diretas de inconstitucionalidade contra o art. 102, §§ 2º ao 5º, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro e o art. 29, §§ 2º ao 5º, da Constituição do Estado de Mato Grosso, que estendem aos deputados estaduais as imunidades formais de que gozam os membros do Congresso Nacional, constantes do art. 53, §§ 2º e 3º, da CF/1988. Subjacente a essas ações está o fato de que diversos deputados estaduais tiveram medidas cautelares de prisão e/ou de suspensão do exercício da função revogadas por suas respectivas Casas Legislativas.

2. Ações que sugerem a existência, em âmbito estadual, de um quadro de anomalia institucional, que resiste ao combate à corrupção e que procura frustrar a atuação do Poder Judiciário, em evidente violação ao Estado Democrático de Direito, ao princípio da separação de poderes, à inafastabilidade da jurisdição, ao princípio republicano e aos princípios da moralidade e da probidade administrativa.

3. Como já manifestei no julgamento da AC 4070 (Rel. Min. Teori Zavascki, j. em 05.05.2016), da AC 4327 AgR-terceiro-AgR (em que fui redator do acórdão, j. em 26.09.2017) e da ADI 5.526 (Red. p/ acórdão Min. Alexandre de Moraes, j. em 11.10.2017), a Constituição não veda ao Poder Judiciário a decretação de medidas cautelares de natureza penal em desfavor dos membros do Legislativo, nem confere à Casa Legislativa poderes para sustar ou

revogar tais medidas. Se o Supremo defere uma medida cautelar, com base em juízo técnico-jurídico, de modo a evitar a prática de um crime por um parlamentar, a impedir a continuidade delitiva ou o uso do mandato para fins ilícitos, não cabe um juízo político quanto a permitir que crimes sejam praticados.

4. A Constituição não deve ser interpretada contra o seu espírito republicano e democrático, como forma de criar o máximo de embaraço ao aprimoramento e à transformação dos costumes no País. Deve ser interpretada de modo a permitir que a sociedade brasileira enfrente a situação de corrupção sistêmica e endêmica que há anos tem sido revelada.

5. Pedido julgado parcialmente procedente, para fixar interpretação conforme à Constituição nos termos da seguinte tese de julgamento: “Os §§ 2º e 3º do art. 53 da Constituição não conferem poderes à Casa Legislativa para confirmar ou revogar prisões cautelares ou outras medidas cautelares determinadas pelo Judiciário, mesmo quando interfiram sobre o exercício do mandato dos seus membros”.

1. Trata-se de ações diretas de inconstitucionalidade propostas pela Associação de Magistrados Brasileiros contra o art. 102, §§ 2º ao 5º, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro e o art. 29, §§ 2º ao 5º, da Constituição do Estado de Mato Grosso, que estendem aos parlamentares estaduais as imunidades formais previstas para deputados federais e senadores no art. 52, §§ 2º e 3º, da Constituição Federal. Transcrevo o teor dos dispositivos impugnados:

Constituição do Estado do Rio de Janeiro :

Art. 102 Os Deputados são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos. (NR)

(...)

§ 2º Desde a expedição do diploma, os membros da Assembleia Legislativa não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime

inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Assembleia Legislativa, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.

§ 3º Recebida a denúncia contra o Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Tribunal de Justiça dará ciência à Assembleia Legislativa, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação.

§ 4º O pedido de sustação será apreciado pela Assembleia Legislativa no prazo improrrogável de quarenta e cinco dias do seu recebimento pela Mesa Diretora.

§ 5º A sustação do processo suspende a prescrição, enquanto durar o mandato.

Constituição do Estado do Mato Grosso :

Art. 29 Os Deputados Estaduais são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.

(...)

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

§ 3º Recebida a denúncia contra o Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Tribunal de Justiça dará ciência à Assembleia Legislativa, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação.

§ 4º O pedido de sustação será apreciado pela Assembleia Legislativa no prazo improrrogável de quarenta e cinco dias do seu recebimento pela Mesa Diretora.

§ 5º A sustação do processo suspende a prescrição, enquanto durar o mandato.

2. As ações foram propostas num contexto em que as Assembleias Legislativas dos Estados do Rio de Janeiro e de Mato Grosso fizeram editar resoluções para a revogação de prisões cautelares de deputados estaduais realizadas mediante ordem judicial. Dessa forma, a autora pede a declaração de inconstitucionalidade tanto dos dispositivos impugnados das Constituições estaduais, como das resoluções editadas para o mencionado fim, por arrastamento. Transcrevo também o texto das referidas resoluções:

Resolução 495 de 2017 da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro :

Art. 1º Esta Resolução dispõe, nos termos do art. 53, § 2º, da Constituição Federal, 102, § 2º, da Constituição Estadual e, especialmente, o decidido pelo egrégio plenário do colendo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5526-DF sobre a revogação de prisão de parlamentares e retorno ao pleno exercício de seus mandatos parlamentares.

Art. 2º Ficam revogadas as prisões cautelares, preventivas e provisórias dos Excelentíssimos Senhores Deputados JORGE PICCIANI, PAULO MELO e EDSON ALBERTASSI, decretadas pela 1ª Seção Especializada do TRF2, na Sessão de 16 de novembro de 2017.

Art. 3º Fica determinado o pleno retorno aos respectivos mandatos parlamentares, com todos os seus consectários, dos Excelentíssimos Senhores Deputados JORGE PICCIANI, PAULO MELO e EDSON ALBERTASSI.

Art. 4º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Resolução 5.221 de 2017 da Assembleia Legislativa do Estado do Mato Grosso :

Art. 1º Fica revogada a prisão preventiva e todas as medidas cautelares impostas ao Deputado Gilmar Donizete Fabris decretadas pela Petição nº 7261/STF, atualmente em tramitação no colendo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Processo nº 0052465-25.2017.4.01.0000.

Parágrafo único A presente deliberação está consubstanciada nos arts. 27, § 1º, e 53, § 2º, ambos da Constituição Federal, e no art. 29, § 2º, da Constituição Estadual, em consonância com a conclusão do julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal na ADI 5526.

Art. 2º Atribui-se força executiva a esta Resolução, servindo como alvará de soltura ou qualquer outro instrumento que se fizer necessário para a liberação do Deputado Estadual.

Art. 3º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

3. Em 08.05.2019, o Plenário do Supremo Tribunal Federal apreciou o pedido cautelar e o indeferiu, por maioria, ao fundamento de que de que de que art. 27, § 1º, da Constituição Federal estende aos deputados estaduais as mesmas regras de inviolabilidade previstas para os parlamentares federais, de modo que as disposições impugnadas seriam constitucionais. Na ocasião, aderi à posição vencida, então defendida pelo relator, Ministro Luiz Edson Fachin, que entendia pela concessão da medida cautelar para definir que as regras de imunidade formal definidas nas Constituições estaduais não impedem o Poder Judiciário de decretar medidas cautelares de natureza penal em desfavor de deputados estaduais, nem conferem poderes às Assembleias Legislativas para revogar ou sustar os respectivos atos judiciais. Naquela oportunidade, consignei o seguinte:

“Eu acho, Presidente, que a questão aqui se cinge a saber se medidas cautelares, inclusive de prisão, devem ou não ser submetidas às assembleias legislativas. De modo que eu não vou avançar mais longamente num debate acerca do sentido e alcance das imunidades formais no plano estadual, porque considero desnecessário para a resolução da questão que se põe aqui.

E aqui devo dizer, Presidente, coerente com o que já tenho decidido, que me parece que a assembleia legislativa não tem o poder quer de sustar prisão cautelar, quer de sustar o processo penal em curso.

Essa minha posição é coerente com o que já tem decidido, inclusive neste Plenário, no caso da Ação Cautelar 4.070, de relatoria do saudoso Ministro Teori Zavascki, que era o caso Eduardo Cunha, e foi assim que votei na Ação Cautelar 4.327, no caso Aécio e, depois, aqui, neste Plenário, na ADI 5.526, em que eu entendia que sequer o Congresso Nacional desfrutava dessa competência.

As razões pelas quais entendo nessa linha, Presidente, são as seguintes. A primeira: o Direito deve ser interpretado à luz da realidade fática. Não é o exercício de volições abstratas. Existe para repercutir sobre a realidade, tem uma pretensão normativa, uma pretensão de conformar a realidade. E, portanto, o intérprete tem sempre o dever – e eu acho isso desde que comecei a escrever sobre direito constitucional – de aferir o impacto que suas decisões produzem no mundo real, na realidade fática.

E o mundo real e a realidade fática brasileira são a da revelação de um quadro de corrupção estrutural, sistêmica e institucionalizada. E, portanto, acho que dentro dos limites e possibilidades semânticas da Constituição, o intérprete deve optar pelas soluções que permitam, da melhor forma possível e dentro do devido processo legal, enfrentar essas disfunções que acometeram a sociedade brasileira.

Portanto, eu penso que a Constituição não pretendeu instituir um regime de privilégios ou de imoralidade protegida por ela, para impedir que o Direito Penal, inclusive, interrompa crimes quando estejam sendo praticados. A Constituição, a meu ver, quis assegurar o Estado democrático de Direito, a separação de Poderes, o princípio republicano, a inafastabilidade da jurisdição e a moralidade e probidade administrativa. Portanto, onde haja interpretações possíveis e razoáveis, o intérprete deve, sim, escolher aquela que melhor realiza o interesse público, que melhor realiza o interesse da sociedade.

Em segundo lugar, Presidente, o modelo constitucional de imunidades previsto na Constituição só permite ao Congresso

resolver sobre a prisão de seus membros em situação de flagrante de crime inafiançável. E aqui é preciso compreender, a meu ver, a teleologia da Constituição quando diz:

‘Art. 53.....’

§ 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável’.

O que a Constituição cogita aqui é da hipótese de prisão de um parlamentar federal em flagrante. E aí prevê-se que ele só pode ser preso se houver flagrante e se o crime pelo qual ele esteja sendo preso for inafiançável. Mas é preciso ter em conta que a prisão em flagrante pode ser feita – e normalmente é feita – pela autoridade policial ou por qualquer do povo, que pode deter alguém no momento em que esteja cometendo um determinado delito. Esse dispositivo, com todas as vênias e respeitando o entendimento diverso, não se aplica à prisão regularmente decretada por decisão judicial, ordem escrita e fundamentada da autoridade competente. Portanto, também eu me alinho a este entendimento e não acho que este artigo se aplique às hipóteses em que a prisão tenha sido determinada, como nesses casos que, embora sejam ações diretas, há casos concretos subjacentes, como nós bem sabemos, foram decretadas pelos tribunais regionais federais para interromper a prática continuada de delitos por determinados parlamentares.

Presidente, o terceiro fundamento eu já enunciei. Acho que medidas cautelares não precisam ser submetidas. E o Supremo Tribunal Federal tem um precedente muito importante e emblemático, que foi na Ação Cautelar 4.070, sobre o afastamento do mandato e da presidência da Câmara dos Deputados de um parlamentar, sem que ninguém tivesse cogitado que aquela decisão devesse ser previamente submetida ao Congresso Nacional ou à Câmara dos Deputados.

E eu devo dizer que o próprio Congresso Nacional tem se manifestado, e penso que em sintonia com a sociedade brasileira. Há no Congresso Nacional projetos, inclusive, de emenda constitucional de redução drástica do foro por prerrogativa de função, que é uma iniciativa importante tomada do Poder Legislativo. Foi o próprio Congresso Nacional, diga-se de passagem, que aprovou a Emenda Constitucional nº 35, que suprimiu a prévia exigência de licença da Casa legislativa para instauração de ação penal contra parlamentares. E, veja, o Congresso, em linguagem particularmente eloquente, na justificativa dessa proposta de emenda que veio a ser aprovada, diz: a eliminação da imunidade referida é necessária se se pretende pôr termo à impunidade no país. A exigência de prévia licença combinada com as reações corporativas se choca com a vontade política do povo. Este repudia mais e mais o fato de que cidadãos cercados de imunidade ou privilégios se coloquem acima da lei.

Entendo, pois, que, ao suprimir a necessidade de prévia licença para processar criminalmente parlamentares, o Congresso Nacional estará respondendo ao grande clamor do país por justiça, além de dispensar os seus membros do constrangimento desnecessário, a meu juízo, de decidir tais questões.

Esta é a justificativa apresentada pelo próprio Congresso Nacional, em sintonia com as demandas da sociedade brasileira. Presidente, se eu entendo que não cabe ao Congresso Nacional confirmar ou revogar medida cautelar, mesmo que se trate de parlamentar federal, com mais razão ainda eu acho que não cabe essa providência para ser tomada pela Assembleia Legislativa.

No caso específico do Estado do Rio de Janeiro, em que a assembleia sustou a prisão e determinou diretamente à autoridade policial, sem sequer passar pelo Poder Judiciário, a reincorporação dos parlamentares ao mandato, o quadro era dantesco, e a não sustação do processo permitiu que se julgassem aquelas pessoas - devido processo legal.

E vejam o resultado: Jorge Sayed Picciani, condenado à pena total de 21 anos de reclusão, em regime fechado, mais 564 dias-multa e à perda dos bens adquiridos com os ilícitos, tendo-se reconhecido a prática dos crimes de corrupção passiva, lavagem de dinheiro e organização criminosa; Paulo César Melo de Sá, condenado a um total de 12 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão, em regime fechado, mais 350 dias-multa e à perda de bens adquiridos com os ilícitos pela prática dos crimes de corrupção passiva e organização criminosa; Edson Albertassi, condenado à pena de 13 anos, 4 meses de reclusão, em regime fechado, mais 392 dias- multa e à perda dos bens adquiridos com os ilícitos pela prática dos crimes de corrupção passiva e de organização criminosa.

Fica bem claro o que está em discussão aqui. Essas pessoas estariam livres e no exercício do mandato se prevalescesse o entendimento de que a Assembleia Legislativa pode sustar o processo ou impedir a prisão. Portanto, eles poderiam continuar na prática dos crimes que envolvem subjacentemente extorsão e achaques para recebimento de dinheiros pelo exercício do mandato, e cada uma dessas pessoas documentadas recebeu muitos milhões de reais em propinas. Se não entendermos que é possível punir essas pessoas, nós transformaremos o Poder Legislativo, que é possivelmente o espaço mais importante de uma democracia, em um reduto de marginais, o que, evidentemente, ninguém deseja, nem muito menos os parlamentares honestos e de bem que lá se encontram.

Logo, Presidente, a questão posta, ao meu ver, é mais do que uma mera interpretação abstrata de normas. É saber qual é o papel da interpretação constitucional, no seu dever de interferir com a realidade, para aprimorar os costumes do país e elevar a ética pública

e também a ética privada na sociedade brasileira. Esse é o esforço imenso que nós todos estamos fazendo, com as dificuldades que se veem. Mas o que há, hoje, de importante e de emocionante é essa imensa demanda da sociedade brasileira por integridade, por idealismo e por patriotismo.

E, aqui, também considero muito importante esclarecer, e em seguida concluir o meu voto, porque se criou, no país, uma cultura em que as pessoas são presas, às vezes, em flagrante; você tem o vídeo, o áudio, a mochila de dinheiro, todas as provas; e as pessoas dizem que estão sendo perseguidas e acusam o juiz, o procurador e o delegado. Ninguém reconhece erro. Ninguém pede desculpas. Todo mundo está sendo perseguido.

E eu queria aqui dizer, Presidente, porque tem sido reiterado e não é verdadeiro, que eu jamais disse e muito menos acho que alguém deva ser punido em razão de clamor das ruas. Absolutamente ninguém. As pessoas devem ser punidas no processo penal, se houver prova inequívoca do cometimento do crime. Desafio qualquer pessoa a demonstrar que eu tenha votado pela condenação de quem quer que seja sem a existência de prova cabal e inequívoca. O que tenho dito, mas não vale para interpretação criminal, porque a interpretação criminal que o Supremo Tribunal Federal faz é uma interpretação atípica – nenhuma Corte constitucional do mundo julga processo criminal em primeiro grau como nós julgamos aqui com frequência. Portanto, é uma prática jurídica totalmente diferente do exercício da jurisdição constitucional.

Na jurisdição constitucional, como tenho dito e assim me comporto desde que entrei aqui, o primeiro papel do juiz é identificar qual é a norma aplicável e não há interpretação que possa contrariar os sentidos possíveis da norma. O juiz não tem o direito de inventar. O juiz tem o direito de explorar as potencialidades interpretativas daquela norma. Uma vez identificada a norma e vistas as possibilidades semânticas dela, o juiz deve verificar se existe algum direito fundamental em jogo. Se existir o direito fundamental em jogo, seja de um preso, de uma mulher, de um índio, de um negro ou de um gay, não importa quão minoritário seja o direito fundamental, tem que ser preservado contra a vontade de qualquer maioria. A Constituição existe para proteger direitos fundamentais, inclusive das minorias, e não se decide para atender sentimento social contra direito fundamental de ninguém.

No terceiro capítulo, aí sim, identificadas as possibilidades semânticas da norma e respeitados os direitos fundamentais, o juiz deve produzir a decisão que melhor atenda ao interesse da sociedade. Este é o seu dever, porque numa democracia ninguém exerce poder em nome próprio. Numa democracia todo poder é representativo, todo poder é exercido em nome e no interesse da sociedade. Se o

interesse da sociedade não passar no filtro da Constituição, o juiz não pode atendê-lo e vai produzir uma decisão contramajoritária. Mas, superado o filtro da Constituição, o juiz deve introduzir a decisão que melhor realize o interesse da sociedade, porque este é o seu papel e este é o seu dever, tal como eu o compreendo.

Isso tudo que eu falei vale para a jurisdição constitucional. No crime, para condenar alguém por corrupção passiva, lavagem dinheiro, como se verificou nesses casos que citei, é preciso olhar as provas. Se tem prova, condena-se; se não tem prova, não se condena. Não há virtude alguma em condenar alguém que não seja culpado. Mas é papel também do Estado proteger os bons e os honestos, condenando os que se comportem desonestamente.

Eu entendo as posições divergentes e acho que é razoável sustentar a possibilidade de mais de uma interpretação. Tanto é razoável que o Relator tem uma posição, o Ministro Fachin tem outra e Vossa Excelência tem outra. Logo, existem algumas interpretações razoáveis e a minha opção aqui, Presidente, é pela interpretação que a meu ver melhor realiza a vontade constitucional, que é promover o princípio republicano, o princípio democrático, para que o Legislativo não seja esconderijo de quem a gente não quer que esteja lá, e a probidade administrativa.

De modo que a minha posição nesta matéria, Presidente, é sintetizada na seguinte tese: 'Os §§ 2º e 3º do art. 53 da Constituição não conferem poderes à Casa Legislativa para confirmar ou revogar prisões cautelares ou outras medidas cautelares determinadas pelo Judiciário, mesmo quando interfiram sobre o exercício do mandato dos seus membros'.

É como voto”.

4. Tendo em vista que ainda não há decisão definitiva do Supremo relativamente a essa matéria específica, **reitero meu ponto de vista manifestado no julgamento da cautelar** .

5. Diante do exposto, conheço das ações diretas e julgo parcialmente procedentes os pedidos, para dar interpretação conforme à Constituição ao art. 102, §§ 2º ao 5º, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro e ao art. 29, §§ 2º ao 5º, da Constituição do Estado de Mato Grosso, de modo a fixar que as regras deles constantes não conferem poderes às Assembleias Legislativas para confirmar ou revogar prisões cautelares ou outras medidas cautelares determinadas pelo Judiciário, mesmo quando interfiram sobre o exercício do mandato dos seus membros.

6. Nesse sentido, proponho a seguinte tese de julgamento: “Os §§ 2º e 3º do art. 53 da Constituição não conferem poderes à Casa Legislativa para confirmar ou revogar prisões cautelares ou outras medidas cautelares determinadas pelo Judiciário, mesmo quando interfiram sobre o exercício do mandato dos seus membros”.

7. É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 14/12/2022