



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

ALLISON DE CARVALHO MARQUES

AS IMPROPRIEDADES DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 35/2001
ANTE AO PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

SOUSA - PB
2010

ALLISON DE CARVALHO MARQUES

AS IMPROPRIEDADES DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 35/2001
ANTE AO PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Dr^a. Vanina Oliveira Ferreira de Sousa.

SOUSA - PB
2010

ALLISON DE CARVALHO MARQUES

AS IMPROPRIEDADES DA EMENDA CONSTITUCIONAL N° 35/2001 ANTE AO
PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Trabalho monográfico apresentado ao
Curso de Direito do Centro de Ciências
Jurídicas e Sociais da Universidade
Federal de Campina Grande, como
exigência parcial da obtenção do título de
Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador (a): Prof. (a) Vanina Oliveira
Ferreira de Sousa

Banca Examinadora:

Data de aprovação: _____

Orientador(a): Prof.(a) Vanina Oliveira Ferreira Sousa

Examinador interno

Examinador externo

À Deus, pela oportunidade da vida,
Aos meus pais e filhos, pela tolerância em aceitar minha ausência,
À minha esposa, Irismar, pela paz necessária para me concentrar nesta tarefa.

RESUMO

O presente trabalho propõe-se a analisar a desnecessidade da criação da Emenda Constitucional nº 35 de 20 de Dezembro de 2001. O referido escopo fora perseguido sob os métodos histórico, comparativo e interpretativo, seguido de uma abordagem dedutiva a respeito do tema. Primariamente, é feita toda uma abordagem acerca das funções e prerrogativas dos parlamentares, especialmente a obrigação legal e ética de cumpri-las sob o Princípio da moralidade administrativa, considerando a conquista da Tripartição dos Poderes, bem protegida na Constituição Federal Brasileira de 1988, em seu artigo 2º. Posteriormente, observa-se uma abordagem completa das imunidades parlamentares no Brasil, abrangendo o contexto histórico, sua intimidade com a jurisdição de outros países, e toda relação com temas afins. A imunidade parlamentar é norma garantida desde a primeira Constituição Imperial de 1824, até a última de 88; servindo deveras como instrumento de democracia plena, mas também como suporte para a impunidade dos parlamentares, que nela se apoiavam para não terem seus crimes sequer julgados. Após o chocante caso do Deputado Federal Hildebrando Pascoal do Acre, que mutilava suas vítimas, surgiu no Brasil uma aclamação para com o instituto da Imunidade Parlamentar. Foi nesse clima que surgiu a Emenda Constitucional nº 35, que deu nova redação a respeito do tema, limitando seu caráter protetor. A desnecessidade da referida Emenda se reflete a partir do entendimento de que a mesma foi criada com a intenção de se alcançar a almejada justiça, fato este que já era perfeitamente possível, bastando tão somente que os parlamentares analisassem os pedidos de licença do STF para julgar seus pares com isenção, sem parcialidade, partidarismo ou corporativismo.

Palavras-chave: Imunidade Parlamentar. Emenda Constitucional N° 35\2001. Princípio da Moralidade Administrativa.

ABSTRACT

This study proposes to examine the unnecessary creation of Constitutional Amendment No. 35, December 20, 2001. This scope out the methods pursued in historical, comparative and interpretive, followed by a dialectical approach and deductive approach to the subject. Primarily, it is all made an approach about the functions and powers of parliament, especially the legal and ethical obligation to perform them under the principle of administrative morality, considering the achievement of the famous tripartite division of powers, in theory launched by Montesquieu in his book "The Spirit of Laws "and well protected in our Constitution of 1988 in its Article 2. Subsequently, there is a complete approach of parliamentary immunity in Brazil, covering the historical background, his familiarity with the jurisdiction of other countries, and all relations with related topics. The immunity provision is guaranteed since our first Constitution of 1824, until the last of 88, serving really as a tool for full democracy, but also as support for impunity of parliamentarians, who relied on it for their crimes have not even tried. After the shocking case of Congressman Pascoal of Acre, who mutilated his victims, a cheer arose in Brazil to end the institution of parliamentary immunity. It was in this climate that emerged Constitutional Amendment No. 35, which gave a new essay on the subject, limiting its protective character. The unnecessary amendment of that is reflected from the understanding that it was created with the romantic intention of achieving the desired justice, a fact that it was perfectly possible, just as only that lawmakers examine each applicant for the STF judge their peers with impartiality, without bias, partisanship and corporatism.

Keywords: Parliamentary immunity. Constitutional Amendment N° 35. Administrative Morality Principy.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	07
2 APORTE CONCEITUAL DA FUNÇÃO PARLAMENTAR.....	09
2.1 DA SEPARAÇÃO DAS FUNÇÕES ESTATAIS DO PAÍS.....	10
2.2 DO PODER LEGISLATIVO E SUAS ATRIBUIÇÕES.....	13
2.2.1 DA FUNÇÃO PARLAMENTAR.....	15
3 DA IMUNIDADE PARLAMENTAR E O PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA.....	17
3.1 ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA IMUNIDADE PARLAMENTAR.....	18
3.2 CONCEITO DE IMUNIDADE PARLAMENTAR.....	21
3.2.1 IMUNIDADE PARLAMENTAR VERSUS LICENÇA PARA EXERCÍCIO DE CARGO EXECUTIVO.....	24
3.3 DA IMUNIDADE PARLAMENTAR FORMAL NO BRASIL.....	25
3.3.1 IMUNIDADE FORMAL EM RELAÇÃO À PRISÃO.....	26
3.3.2 IMUNIDADE FORMAL EM RELAÇÃO AO PROCESSO.....	27
3.3.3 A IMUNIDADE FORMAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988	30
4 IMUNIDADE FORMAL E A EMENDA CONSTITUCIONAL N° 35\2001.....	34
4.1 IMUNIDADE PARLAMENTAR E A EMENDA CONSTITUCIONAL N° 35/2001.....	35
4.2 A EMENDA CONSTITUCIONAL N° 35\2001 E OS PROCESSOS EM TRAMITAÇÃO.....	37
4.3 CRÍTICAS À EMENDA CONSTITUCIONAL N° 35\2001.....	39
4.4 A DESNECESSIDADE DA EMENDA CONSTITUCIONAL 35/2001.....	44
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	46
6 REFERÊNCIAS.....	49

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho propõe-se analisar o instituto da Imunidade Parlamentar, abordando seus principais aspectos, suas particularidades e, em especial, as alterações introduzidas pela Emenda Constitucional n.º 35, de 20 de dezembro de 2001.

Observa-se que, o instituto da Imunidade Parlamentar, embora visto por alguns como uma garantia dos parlamentares poderem exercer suas funções com segurança, sem qualquer forma de pressão, é um tema sempre muito polêmico, visto que para muitos setores da sociedade é um instrumento de impunidade, de privilégio, ferindo, portanto, o Princípio Constitucional da Isonomia.

Desta feita, há que se ressaltar que o tema tratado nesta pesquisa é bastante polêmico, o que desperta o interesse visto à abordagem ética e moral que fundamenta as Imunidades Parlamentares, associado ao vasto leque de casos concretos na recente história política brasileira facilitou a análise, uma vez que partindo de um paradigma ideal – homem probo, ético e honesto – pode-se verificar quando e como a Imunidade Parlamentar está sendo bem ou mal usufruída por aquele que foi eleito pelo povo, e atua como fiel representante deste.

Nesse contexto, com a promulgação da Emenda Constitucional n.º. 35/2001, o instituto da Imunidade Parlamentar formal sofrera relevante modificação garantindo visto que se a razão principal da formulação da devida emenda foi lançar aos olhos da sociedade brasileira uma preocupação maior com a ética e com a conquista da justiça social; estas circunstâncias já estariam ao alcance dos parlamentares mesmo sem a referida emenda, bastando tão somente que estes agissem com isenção, sem corporativismo ao analisar os pedidos de licença solicitados pelo STF para julgar seus pares.

Objetiva-se com isso, fazer uma análise crítica da nova redação da imunidade parlamentar formal dada pela emenda Constitucional n.º 35/2001, uma vez que demonstra para a sociedade o verdadeiro significado das redações legislativas dadas pelos legítimos representantes quando legislam em causa própria, visto que a razão principal da formulação da devida emenda foi lançar aos olhos da sociedade

brasileira uma preocupação maior com a ética e com a conquista da justiça social; contudo, estas circunstâncias já estariam ao alcance dos parlamentares mesmo sem a EC nº. 35/2001, bastando tão somente que estes agissem com isenção, sem corporativismo ao analisar os pedidos de licença solicitados pelo STF para julgar seus pares.

Para tanto, faz-se necessário um estudo da função parlamentar e da separação dos poderes; investigando as peculiaridades inerentes a imunidade dos membros do legislativo face aos Princípios da Moralidade e da Isonomia, bem como buscando demonstrar que a aplicabilidade da EC nº. 35/2001 é desnecessária uma vez que a exigência da moralidade na conduta parlamentar já está esculpida na própria estrutura constitucional do art. 1º da Lei Maior e nos parâmetros atuais do Estado Democrático de Direito.

O método empregado no presente trabalho é de caráter essencialmente bibliográfico com base na doutrina nacional e estrangeira bem como nos posicionamentos dos tribunais. Serão manejados também os métodos histórico-comparativo, para análise do delineamento das imunidades parlamentares nos outros ordenamentos jurídicos, e o método de procedimento, para o estudo da EC nº. 35/2001 e das imunidades parlamentares face a Constituição Federal de 1988 e, por fim, o exegético jurídico para a verificação das proposições atinentes a temática.

2 APORTE CONCEITUAL DA FUNÇÃO PARLAMENTAR

Observa-se uma dada dificuldade dos doutrinadores elencarem uma função única e primordial dos parlamentos. Diante disso, parece bastante satisfatória o conceito de função parlamentar, sintetizado por Rousseau (*apud* Oliveira, 2007), quando escreveu: “Todos necessitam, igualmente de guias”. A uns é preciso obrigar a conformar a vontade à razão, a outros, ensinar a conhecer o que quer. Então, das luzes públicas resulta a união do entendimento e da vontade do corpo social, daí o perfeito concurso das partes e, enfim, a maior força de todos. Eis donde nasce o legislador.

No entanto, como já adiantado, ao Parlamento não se incube uma função isolada, abrindo debate sobre o tema. A discussão quanto à reestruturação do Poder Legislativo nunca mereceu tanta atenção quanto agora. A atual conjuntura mundial exige que este Poder seja mais que um mero reconhecedor de Direito, mais que os discursos acalorados dos parlamentares, exige-se posicionamento continente desse ente soberano.

Desse modo, pode-se dizer que o Poder Legislativo, ainda, é o responsável pelas decisões finais nas matérias de avultada importância para o país. Porém, não se fala em democracia se o Poder Legislativo for omissivo, fraco, subordinado aos desmandos do Poder Executivo, paciente aos acontecimentos. O Poder Legislativo deve se elevar, reagir à hipertrofia Executiva. E para isso será necessário organizar-se, estabelecer metas, unir-se.

Verifica-se que o parlamento nacional possui seis funções principais: (1) representar o povo, (2) legitimar as ações do governo, (3) deliberar sobre os rumos da nação e sobre as políticas em andamento, (4) legislar, (5) aprovar o orçamento da União e (6) controlar o Poder Executivo.

A função parlamentar de controle dos atos executivos consiste, em primeiro lugar, no exame posterior das ações realizadas pelo governo ou das políticas por ele implementadas. Abarca também o direito de o parlamento ser previamente informado sobre as atividades do Executivo. Trata-se, portanto, de um controle não apenas legal, mas essencialmente político. Essa situação deve gerar a

responsabilidade do Chefe de Governo perante a assembléia, requisito fundamental à democracia representativa.

A Constituição Federal estabelece em seu Título IV – “Da organização dos Poderes” – “Do Poder Legislativo”-, Seção V – “Dos Deputados e dos Senadores”, regras instituidoras das imunidades e vedações parlamentares, para que o Poder Legislativo, como um todo, e seus membros, individualmente, atuem com ampla independência e liberdade, no exercício de suas funções constitucionais. Tal conjunto de regras denomina-se estatuto dos congressistas.

A própria Constituição Federal de 1988 arrola algumas prerrogativas que cabe ao Parlamento cumpri-las, como se pode ler no artigo 49, que diz: “É de competência exclusiva do Congresso autorizar o Presidente e o Vice-Presidente da República a se ausentarem do País, quando a ausência exceder a quinze dias (Art. 49, III); sustar os autos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa (art. 49, V); aprovar iniciativas do Poder Executivo referente a atividades nucleares (art. 49, XIX). Ou ainda no art. 50, caput:

Art. 50 - A Câmara dos Deputados e o Senado Federal, ou qualquer de suas comissões poderão convocar Ministro do Estado ou quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República para prestarem, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado, importando em crime de responsabilidade e ausência sem justificação adequada.

Estes exemplos poderiam ser multiplicados como na competência da Câmara dos Deputados para instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros do Estado (art. 51, inc. I).

2.1 DA SEPARAÇÃO DAS FUNÇÕES ESTATAIS DO PAÍS

Fazer uma análise, mesmo que restrita, do instituto da imunidade parlamentar, exige prévias considerações sobre a teoria da separação dos poderes e a sua inscrição jurídico-positiva nos diversos textos constitucionais dos Estados Modernos, um dogma da era liberal.

Nesse aporte, convém lembrar que a Constituição Federal de 1988, seguindo a diretriz das Constituições que lhe precederam, consagrou o Princípio da Separação de Poderes (art. 2º) como aspecto fundamental e estruturante do Estado brasileiro a ponto de torná-la imutável em face da competência constitucional reformadora, erigindo tal princípio a cláusula pétrea.

Assim, segundo a regra do art. 2º da CF/88 “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Reafirma, portanto, a necessidade da independência e harmonia entre os Poderes, devendo ficar suprimidas do enunciado, todavia, as vedações expressas da delegação de competência e da acumulação de funções em diferentes poderes. Ademais, como bem foi dito, a Lei Maior protege essa tripartição em nível de cláusula pétrea fundamental (art. 60, § 4º, III).

É sabido que Platão e Aristóteles, na Grécia Antiga, incursionaram pelo tema da separação dos poderes públicos. Porém, as ideias precisam esperar o momento fértil para sua ebulição, e foi somente no contexto histórico das lutas contra o Antigo Regime e pela instauração de uma nova forma de organização social, qual seja a do estado liberal-burguês, fortemente inspirado nos ideais iluministas, que a teoria da separação dos poderes encontrou sua formatação ideal, de modo a bem servir aos interesses de uma classe social nova que ansiava derrubar o poder político dos monarcas absolutos e da aristocracia: a burguesia. (BONAVIDES, 2000, p. 228)

Nesse contexto, Montesquieu em sua obra “O Espírito das Leis”, em que são lançadas as bases teóricas para esse conceito tão caro ao Estado Liberal, a tal ponto de se converter em requisito indispensável àquilo que os convencionais revolucionários franceses tomaram por constituição material. Assim é que o artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, proclama que não se pode considerar uma autêntica Constituição aquela que não contemple a separação dos poderes. Ou seja: sem separação de poderes não há Estado de Direito, Estado Constitucional, mas Estado do arbítrio.

Para Montesquieu, importante era que o poder político estivesse devidamente separado, a fim de evitar a concentração demasiada de poderes não mãos de um só, porque todo aquele que detém parcela mínima de poder tende a dele abusar.

Nesse sentido, a divisão do poder político em poder legislativo, encarregado de elaborar as leis gerais e impessoais a serem seguidas pelos membros da sociedade política, poder executivo, encarregado de aplicar as leis enquanto administração pública, exercendo efetivamente a função governativa, nos termos da lei, e poder judiciário, encarregado de julgar os conflitos existentes na sociedade, interpretando oficialmente a legislação, serviria para evitar essa tendência natural ao abuso, eis que os poderes acabam limitando-se reciprocamente, e o abuso de um encontra a devida resposta no outro, eis que independentes entre si. (BONAVIDES, 2000, p. 235)

A teoria avança, e, para evitar que essa independência excessivamente rígida acabe por inviabilizar a vida política, são desenvolvidos os conceitos de funções típicas e atípicas de cada poder, de forma que cada um deles possui suas funções preponderantes ou típicas (o legislativo legisla e fiscaliza, o executivo administra e governa e o judiciário julga), mas possui também funções atípicas, que não lhes são preponderantes (o legislativo e o judiciário administram o seu próprio pessoal, o executivo participa do processo legislativo e até excepcionalmente legisla).

Essa noção, além de evitar a petrificação do sistema, serve também como corolário da necessária independência entre os poderes. Assim, consoante assevera Ataliba (1985, p. 128) “não cabe ao poder executivo determinar o horário de trabalho dos juízes e serventuários da justiça, nem a organização interna do poder legislativo”. Cada poder possui a sua esfera de autonomia para tratar dos seus assuntos internos, mesmo que para tanto tenham que desempenhar funções que são próprias dos outros poderes, sendo-lhes, portanto funções atípicas.

E, para consolidar a independência entre os poderes – sem independência não há efetiva separação – a teoria também desenvolveu as noções de garantias dos poderes e de seus membros em face dos demais, notadamente do poder executivo que, historicamente, tem se revelado o mais propício ao abuso de suas funções e ao arbítrio.

A Constituição Federal visando principalmente, evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, previu a existência dos Poderes do Estado e do Ministério Público, independentes e harmônicos entre si, repartindo

entre eles as funções estatais e prevendo prerrogativas e imunidades para que bem pudesse exercê-las, bem como criando mecanismos de controle recíproco, sempre como garantias da perpetuidade do Estado democrático de direito.

A divisão segundo o critério funcional é a célebre “separação dos poderes”, que consiste em distinguir três funções estatais, quais sejam, legislação, administração e jurisdição, que devem ser atribuídas a três órgãos autônomas entre si, que as exercerão com exclusividade parcial.

2.2 DO PODER LEGISLATIVO E SUAS ATRIBUIÇÕES

O Poder Legislativo é composto pelo Congresso Nacional, que se compõe de Câmara dos Deputados e Senado Federal. A Câmara dos Deputados se compõe de representantes do povo, eleitos pelo sistema proporcional em cada Estado e Distrito Federal; e o Senado Federal compõe-se de representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos pelo sistema majoritário.

São atribuições do Congresso Nacional dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre: sistema tributário, arrecadação e distribuição de rendas; propor o plano plurianual, diretrizes orçamentárias e orçamento anual, operações de crédito, dívida pública, modificação do efetivo das Forças Armadas, planos e programas nacionais, legislar sobre limites do território nacional, espaço aéreo e marítimo e bens de domínio da União; concessões de anistia, criação e extinção de cargos e funções públicas, legislar sobre radiodifusão e telecomunicações, sobre moeda, seus limites de emissão e montante da dívida mobiliária federal.

É ainda de competência exclusiva do Congresso Nacional: resolver sobre atos e acordos internacionais que acarretem compromissos gravosos ao patrimônio nacional; autorizar o Presidente da República a declarar guerra e celebrar paz; autorizar ao Presidente e Vice- Presidente a se ausentar do país por mais de quinze dias; autorizar o estado de defesa ou estado de sítio ou suspende-las; julgar

anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República; fiscalizar e controlar os atos do poder executivo; apreciar os atos de concessão de emissoras de rádio e televisão; escolher dois terços dos membros do Tribunal de Contas da União; aprovar iniciativas do poder executivo sobre assuntos nucleares; autorizar referendos e plebiscitos; autorizar em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais; entre outras.

As funções legislativas consistem na elaboração de leis sobre todos os assuntos definidos como de sua competência. Assim os parlamentares têm o direito de apresentar projetos de lei, moções, emendas aos projetos de lei, aprovar ou rejeitar projetos, aprovar ou rejeitar vetos do presidente da República.

As funções fiscalizadoras se destinam à fiscalização e controle dos atos do Poder Executivo (Presidente da República e ministros) e os atos de toda a administração pública a que representam. A função fiscalizadora se dá por meio da apresentação de requerimentos de informação sobre a administração, criação de Comissões Parlamentares de Inquérito para apuração de fato determinado, realização de vistorias e inspeções nos órgãos públicos e ainda através de convocação de autoridades públicas para depor e prestar esclarecimentos.

A Casa Legislativa exerce ainda a função de assessoramento, através da indicação, que é o instrumento legislativo pelo qual o Legislativo sugere ao Chefe do Poder Executivo medidas de interesse da administração pública como a adoção de programas sociais, melhor gestão, etc.

O Poder Legislativo também exerce algumas funções parecidas com o Poder Judiciário, quando processa e julga o chefe do Poder Executivo ou seus representantes em crime de responsabilidade. A pena imposta a esses agentes políticos pode ser até mesmo de impeachment, que é a perda do mandato.

2.3 DA FUNÇÃO PARLAMENTAR

A Carta Magna atribui as funções estatais de soberania aos três tradicionais Poderes de Estados e a Instituição do Ministério Público, que deve zelar pelo equilíbrio entre os Poderes, fiscalizando-os.

Com base nesta tripartição dos poderes, o próprio legislador constituinte atribui diversas funções a todos os Poderes, sem contudo, caracterizá-la com a exclusividade absoluta. Assim, cada um dos Poderes possui uma função predominante, que o caracteriza como detentor de parcela da soberania estatal, além de outras funções previstas no texto constitucional. São as chamadas funções típicas e atípicas.

As funções típicas do Poder Legislativo são legislar e fiscalizar, tendo ambas o mesmo grau de importância. Dessa forma, se por um lado a Constituição prevê regras de processo legislativo, para que o Congresso Nacional elabore as normas jurídicas, de outro, determina que a ele compete a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Poder Executivo (art. 70, CF/88).

Segundo Oliveira (2007) hoje o poder legislativo não legisla, quem legisla é o executivo, ao menos em matérias mais importantes:

Ao Legislativo são reservadas matérias de secundária importância, uma vez que, para todas as demais, o executivo expede medidas provisórias com força de Lei. Não é assim que o Parlamento recupera a imagem perdida. Não é pela paralisação da Câmara dos Deputados que se responde a nação.

Esta espera, ansiosa, uma resposta a violência que campeia nas ruas, aos desmandos de toda ordem nos setores públicos, ao apagão aéreo, ao apagão da segurança, ao apagão da Câmara dos Deputados.

As funções atípicas constituem-se em administrar e julgar. A primeira ocorre, exemplificadamente, quando o legislativo dispõe sobre sua organização e operacionalidade interna, provimento de cargos, promoções de seus servidores; enquanto a segunda ocorrerá, por exemplo, no processo e julgamento do Presidente

da República por crime de responsabilidade.

As funções administrativas exercidas pela Casa Legislativa destinam-se à organização dos seus serviços internos, tais como composição da Mesa Diretora, constituição das comissões, bancadas partidárias, etc. A função administrativa é restrita à sua organização interna, regulamentação de seu funcionalismo, estruturação e direção de seus serviços auxiliares.

No exercício de suas funções, os membros do Poder Legislativo estão resguardados por um protetivo rol de prerrogativas e imunidades; bem como por algumas incompatibilidades.

Nenhum direito pode ser obstado pela lei ou pela competência afeta as autoridades. Os direitos dimanam da ordem jurídica. Em seu todo, ao lado de definir as inúmeras autoridades, bem como o relacionamento intersubjetivo entre as pessoas, de forma a alcançar toda a formulação jurídica, os direitos defluem da previsão constitucional ou legal. Todos podem ser exercidos livremente e são de moldes a levar as autoridades a garanti-los. Cada tipo de direito impõe ou uma abstenção ou uma prestação. O direito a manifestação de pensamento, o direito religioso, o direito de ir e vir, todos impõe um dever de omissão a autoridade. Ela garante o direito e o seu exercício. De outro lado, há direitos que impõe uma atividade por parte da autoridade. Os direitos então, ou são negativos, ou são positivos. (OLIVEIRA, 2007)

De forma que, todo direito surge de um propósito e tem sua função social, necessitando que seja respeitada em sua plenitude, seja como participante ativo, usufruindo de sua prerrogativa, ou de forma passiva, para que não perca apenas a sua eficácia, mas também a própria razão de existência, transformando-se em lei morta.

3 DA IMUNIDADE PARLAMENTAR E O PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

O artigo 37 da Constituição Federal traz em sua redação exigências a serem seguidas pelos administradores públicos da administração direta e indireta de qualquer dos poderes da União, Estados e Municípios. Entre elas, guiar suas ações por princípios, especialmente o Princípio da Moralidade.

Pelo princípio da moralidade administrativa, não bastará ao administrador o estrito cumprimento da estrita legalidade, devendo ele no exercício da sua função pública, respeitar os princípios éticos de razoabilidade e justiça, pois a moralidade constitui a partir da Constituição de 88, pressuposto de validade de todo ato da administração pública. Como ensina Di Pietro (1991, p. 111):

Não é preciso penetrar na intenção do agente, porque o próprio objetivo resulta a imoralidade. Isto ocorre quando o conteúdo de determinado ato contrariar o senso comum de honestidade, retidão, equilíbrio, justiça, respeito à dignidade do ser humano, a boa fé ao trabalho, a ética das instituições. A moralidade exige proporcionalidade entre os meios e os fins a atingir; entre os sacrifícios impostos a coletividade e os benefícios por elas auferidos; entre as vantagens usufruídas pelas autoridades públicas e os encargos impostos a maioria dos cidadãos. Por isso mesmo, a imoralidade salta aos olhos quando a administração pública é prodiga em defesas legais, porém inúteis, como propaganda ou mordomia, quando a população precisa de assistência médica, alimentação, moradia, segurança educação, isso sem falar no mínimo indispensável à existência digna. Não é preciso, para invalidar despesas desse tipo, entrar na difícil análise dos fins que inspiraram a autoridade, o ato em si o seu objetivo, o seu conteúdo, contraria a ética da instituição, afronta a norma da conduta aceita como legítima pela coletividade administrativa. Na aferição da imoralidade administrativa é essencial o princípio da razoabilidade.

De forma que não é importante a análise da vontade do ente público, mas tão somente o resultado final da ação; se este deriva da impropriedade da alteridade, da honestidade, do bom exemplo, é suficiente para ferir o princípio da moralidade administrativa.

A Constituição Federal, ao consagrar o princípio da moralidade administrativa como vetor da atuação da administração pública, igualmente consagrou a necessidade de proteção à moralidade e responsabilização do administrador público a moral ou imoral, como anota Sobrinho (1993, p.157):

Difícil de saber por que o princípio da moralidade no direito encontra tantos adversários. A teoria moral não é nenhum problema especial para a teoria legal. As concepções na base natural são analógicas. Porque somente a proteção da legalidade e não da moralidade também. A resposta negativa só pode interessar aos administradores Improbos. Não há administração nem há ordem jurídica. O contrário seria negar aquele mínimo ético mesmo para os atos juridicamente lícitos. Ou negar a exação no cumprimento do dever funcional.

3.1 ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA IMUNIDADE PARLAMENTAR.

A criação das imunidades parlamentares como corolário da defesa da livre existência e independência do Parlamento tem no sistema constitucional inglês sua origem, através da proclamação do duplo princípio da *freedom of speech* (liberdade de palavra) e da *freedom from arrest* (imunidade à prisão arbitrária), no *Bill of Rights* de 1688, os quais proclamaram que a liberdade de expressão e de debate ou de troca de opiniões no Parlamento não pode ser impedida ou posta em questão em qualquer corte ou lugar fora do Parlamento. (MORAES, 2004, p. 409)

Importante lembrar que foi basicamente o Direito Europeu que consolidou as imunidades parlamentares, dando os contornos atuais; porém, elas não passaram despercebidas do povo romano, pois os tribunos, edis e seus auxiliares eram intangíveis, invioláveis; tendo o povo romano outorgado-lhes por lei essa inviolabilidade e, para torná-la irrevogável, santificou-a com um juramento, punindo com a pena de morte os atentados contra esta regulamentação. Esta inviolabilidade do tribuno, segundo Moraes (2004, p. 409) "garantia-lhe no exercício das suas funções ou fora delas e obstava a que ele pudesse ser acusado, preso ou punido".

Falcão (1990, p. 103) explica que "a jurisprudência e a doutrina norte-americana, historicamente, se pacificaram no sentido da *freedom from arrest* ser impeditiva de prisão tão-somente em procedimentos cíveis". Por sua vez, à *freedom of speech*, considera que o privilégio pertence à própria Casa Legislativa, a qual se encarrega de defendê-lo, geralmente através da constituição de comissão parlamentar de inquérito. Em relação à abrangência, também a origem histórica do instituto aponta que, somente as palavras e os votos proferidos dentro do recinto das

sessões ou das comissões é que são cobertos pela imunidade material, inclusive se o pronunciamento for considerado perigoso à segurança do Estado.

Posteriormente, as imunidades parlamentares foram inscritas constitucionalmente na Carta Magna dos Estados Unidos da América, de 17 de setembro de 1787 afirmando que: “Em nenhum caso, exceto traição, felonias e violação da paz, eles (senadores e representantes) poderão ser presos durante sua frequência às sessões de suas respectivas Câmaras, nem quando a elas se dirigirem, ou delas retornarem; e não poderão ser incomodados ou interrogados, em qualquer outro lugar, por discursos ou opiniões emitidos em uma ou outra Câmara”. (MAXIMILIANO *apud* MORAES, 2004, P. 410).

Modernamente, quase todas as Constituições prevêm as garantias de livre exercício do Poder Legislativo. Assim, por exemplo, a da França, de 1958, no art. 26 e a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, no art. 46, que porém, como informa Ferreira (1989, p. 623) “exclui a injúria e a calúnia da esfera da inviolabilidade”.

O mesmo se dava na Constituição Federal da antiga Alemanha Oriental, onde o art. 67, 1, segunda parte, afirma não incidir quanto às calúnias, no sentido do Código Penal, a regra jurídica da inviolabilidade, se comissão de inquérito da Câmara Popular as considerasse como tais. (MIRANDA, 1987, p. 5)

No Brasil, a Constituição Imperial de 1824 concedia aos membros do Parlamento as inviolabilidades pelas opiniões, palavras e votos que proferissem no exercício de suas funções, bem como a garantia do parlamentar não ser preso durante a legislatura, por autoridade alguma, salvo por ordem da sua respectiva Câmara, menos em flagrante delito de pena capital. Além disto, previa-se a necessidade de licença da casa respectiva para o prosseguimento da ação penal. (MORAES, 2004, p. 410)

O capítulo II, secção I, da Constituição de 1934, em seu art. 31, previa a inviolabilidade do parlamentar por suas opiniões, palavras e votos, no exercício do mandato, enquanto o art. 32 previa imunidades relacionadas à prisão e ao processo. Curiosamente, estas imunidades formais eram estendidas ao suplente imediato do Deputado em exercício.

A Carta de 1937 alterou o tratamento das imunidades parlamentares, pois,

apesar de prevê-las, tanto a material quanto a formal, possibilitava a responsabilização do parlamentar por difamação, calúnia, injúria, ultraje à moral pública ou provocação pública ao crime.

Em 1946, a Constituição brasileira, consagrando regras mais democráticas, previa as clássicas prerrogativas parlamentares. Assim, a imunidade material foi prevista no art. 44 e as imunidades formais foram previstas no art. 45. (MAXIMILIANO, 1946, p. 46-45)

Em 1967, a Constituição Federal consagrou as imunidades material e formal no art. 34, prevendo a inviolabilidade do parlamentar, no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos; bem como a necessidade de licença da casa respectiva para a prisão e processo. Inovou, porém, ao permitir a concessão tácita de licença para o processo de parlamentar, ao prever que, se no prazo de noventa dias, a contar do recebimento, a respectiva Câmara não deliberasse sobre o pedido de licença, o mesmo seria incluído na Ordem do Dia, permanecendo durante quinze sessões ordinárias consecutivas, quando então, permanecendo a inércia, ter-se-ia como concedida a licença. (MIRANDA, 1987, p. 8)

A Emenda nº 1, de 17.10.1969, e, posteriormente, a Emenda nº 11, de 13.10.1978, à Constituição Federal de 1967, alteraram a regulamentação das imunidades parlamentares, prevendo, em regra, que os deputados e senadores eram invioláveis no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos, porém, excepcionalmente poderiam ser responsabilizados, no caso de crime contra a Segurança Nacional. Também era prevista a impossibilidade de prisão do parlamentar, desde a expedição do diploma até a inauguração da legislatura seguinte, salvo no caso de flagrante de crime inafiançável, nem processados, criminalmente, sem prévia licença de sua Câmara, e que, se a Câmara respectiva não se pronunciasse sobre o pedido, dentro de quarenta dias a contar de seu recebimento, ter-se-á como concedida a licença. No caso de flagrante de crime inafiançável, os autos deveriam ser remetidos, dentro de quarenta e oito horas, à Câmara respectiva, para que resolvesse sobre a prisão e autorizasse ou não a formação da culpa. (MORAES, 2002, p. 24-25)

A Constituição anterior, porém, excetuava das imunidades os crimes contra a Segurança Nacional, para os quais, o processo independia de licença da

respectiva Câmara, podendo o Procurador-Geral da República, recebida a denúncia e analisando à gravidade do delito, requerer a suspensão do exercício do mandato parlamentar, até a decisão final de sua representação pelo Supremo Tribunal Federal.

Posteriormente, a Constituição da República de 1981, em seu arts. 19 e 20, previa as imunidades material e formal, pois os parlamentares eram invioláveis pelas opiniões, palavras e votos, bem como não poderiam ser presos nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Câmara, salvo caso de flagrante em crime inafiançável.

Atualmente, a Constituição Federal prevê as imunidades material e formal no art. 53, §§ 1º, 2º e 3º, determinando que os Deputados e Senadores são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos; bem como, desde a expedição do diploma não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Casa. Ainda, disciplina que no caso de flagrante de crime inafiançável, os autos serão remetidos, dentro de vinte e quatro horas, à Casa respectiva, para que, pelo voto secreto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão e autorize, ou não, a formação de culpa.

3.2 CONCEITO DE IMUNIDADES PARLAMENTARES

As imunidades parlamentares representam elemento preponderante para a independência do Poder Legislativo. São prerrogativas, em face do direito comum, outorgados pela Constituição aos membros do Congresso, para que estes possam ter um bom desempenho das suas funções. Maximiliano (2004, p. 409) define a imunidade parlamentar como:

a prerrogativa que assegura aos membros do Congresso a mais ampla liberdade da palavra, no exercício das suas funções, e os protege contra abusos e violências por parte dos outros poderes constitucionais.

Nesse contexto é que deve ser compreendido o instituto da Imunidade

Parlamentar. Enquanto os demais poderes possuem garantias institucionais que possibilitam aos seus membros o fiel desempenho de suas atribuições, sem interferências indevidas; o Poder Legislativo é contemplado com a proteção dos seus membros, eleitos pelo povo, para mandatos de representação política nacional, através das imunidades contra eventuais ações dos membros dos demais poderes, que lhes possam prejudicar ou impedir o bom exercício das atribuições parlamentares. A Imunidade Parlamentar caminha nessa direção, ao procurar assegurar ao parlamentar, representante do povo e da nação, segurança e tranqüilidade para o cumprimento do seu mister.

No Brasil, são diversas as prerrogativas e vedações constitucionais previstas pela Carta Magna aos membros do Poder Legislativo, todas como garantias de existência e independência do próprio Parlamento. Desde as tradicionais imunidades material (art. 53, *caput*) e formal (art. 53, §§ 1º, 2º e 3º), até as prerrogativas de foro (art. 53, § 4º), de serviço militar (art. 53, § 6º e 143), vencimentos (art. 49, VII) e isenção ao dever de testemunhar (art. 53, § 5º) e as incompatibilidades (art. 54).

É importante salientar que a Imunidade, no geral, se subdivide em Imunidade Diplomática e Imunidade Parlamentar. A primeira se refere a uma prerrogativa exclusiva dos representantes dos Estados em território estrangeiro, que não se submetem ao julgamento soberano do local onde estejam exercendo sua função. A Imunidade Parlamentar, por sua vez, se subdivide em duas outras modalidades, quais sejam: a Imunidade Material descrita no artigo 53, *caput* da Constituição Federal, que assegura ao parlamentar a inviolabilidade por suas opiniões, palavras e votos, no recinto da respectiva câmara, garantindo ampla liberdade no exercício do seu mandato, não só frente ao governo, como aos partidos e ao corpo eleitoral; e a Imunidade Formal, relativa ou processual, que protege o congressista contra “prisões arbitrárias e processos tendenciosos”, abrangendo as seguintes prerrogativas: (a) direito de não ser preso, salvo em flagrante por crime inafiançável (Constituição Federal, artigo 53, § 2º, 1ª parte); (b) direito ao foro privilegiado, ou seja, competência originária do STF para processar deputados e senadores (Constituição Federal, artigo 53, § 1º); (c) imunidade para servir como testemunha (Constituição Federal, artigo 53, § 6º); e (d) garantia contra a instauração de processo (Constituição Federal, artigo 53, §§ 3º, 4º e 5º).

O sistema de prerrogativas em comento compreende duas espécies de

imunidades parlamentares: a relativa ou processual, e a absoluta ou material. A primeira é denominada normalmente de imunidade parlamentar, em sentido lato; a segunda é também denominada inviolabilidade dos atos parlamentares ou indetentidade parlamentar.

A imunidade parlamentar relativa decorre de uma prerrogativa, conferida ao detentor de mandato eletivo do Poder Legislativo, que isenta o seu titular de responder pela prática de quaisquer de seus atos, concernindo em assegurar liberdade "total" às ações realizadas. Em outras palavras, consiste em um instituto que retira a possibilidade de punição do agente que comete ilícito ou conduta indigna, em razão desse estar investido em função parlamentar.

De outra leva, a inviolabilidade dos atos parlamentares diz respeito à garantia alçada aos membros do Poder Legislativo que confere àqueles uma margem segura de atuação sem interferência de óbices de natureza legal ou meramente coativas.

Sobre a diferença entre imunidade e inviolabilidade Silva (2001, p. 535) assevera que:

a diferenciação premente entre imunidade e inviolabilidade consiste na asserção de que a primeira pressupõe a conduta antijurídica, mas não permite a respectiva persecução criminal; constitui prerrogativa processual, meramente formal, porquanto a segunda exclui o próprio crime, tendo natureza material.

Assim, a inviolabilidade corresponde à exclusão da punibilidade, referindo-se, somente, a alguns delitos (imunidade material), enquanto a imunidade é causa impeditiva do processo, enquanto não houver autorização (imunidade formal), conforme veremos adiante. Nesse sentido, Cernicchiaro (1995, p. 204) informa que "a inviolabilidade acarretará a atipicidade da conduta, enquanto a imunidade impedirá o livre desenvolvimento do processo, suspendendo a prescrição".

Com efeito, tais prerrogativas não constituem normas de proteção dos parlamentares individualmente considerados, mas do Poder Legislativo como um todo.

De outra banda, as imunidades parlamentares são irrenunciáveis. Por se tratarem de prerrogativas de ordem pública não podem ser renunciadas pelo acusado, mesmo porque a arbitrariedade dirigida contra um parlamentar importa em

afronta a corporação a que ele pertence. Por isso mesmo, somente com autorização dessa corporação pode ser indiciado e, conseqüentemente, penalizado o parlamentar indigitado. (BITTENCOURT, 2009, p. 151)

Ainda assim, não raras vezes, depara-se com alguns parlamentares que bradam, euforicamente, que abririam mão de suas prerrogativas políticas para responderem de forma heróica as imputações que lhes são atribuídas, o que é mera articulação retórica.

Outrossim, a imunidade não diz respeito ao parlamentar, mas ao *munus* por ele desempenhado. Sendo assim, o suplente não goza da prerrogativa, mas é resguardado por ela quanto aos atos praticados no exercício efetivo do mandato.

3.2.1 Imunidades Parlamentares versus licença para exercício de cargo executivo

Questão importante sobre imunidades parlamentares refere-se ao fato do parlamentar que se licencia do exercício de seu mandato, para exercer cargo no executivo, permanecer ou não no gozo das mesmas.

Deve-se ter em conta, para a análise da questão, a finalidade constitucional das imunidades parlamentares, historicamente vinculadas à proteção do Poder Legislativo e ao exercício independente do mandato representativo.

Desta forma, os parlamentares estão submetidos às mesmas leis que todos os cidadãos, responsabilizando-se por suas condutas delituosas. Porém, no interesse público, convém que eles não sejam afastados, importunados ou mesmo subtraídos de suas funções por processos judiciais arbitrários ou vexatórios, emanados seja de um adversário político, seja de um governo desejoso de desembaraçar-se de um opositor perigoso, devendo as imunidades formais protegê-los contra os processos judiciais, mal fundados ou intempestivos, que somente seriam inspirados por sentimentos de perseguição política.

Afastando-se, voluntariamente, do exercício do mandato, para ocupar cargo no Poder Executivo, o parlamentar não leva a prerrogativa conferida ao Poder Legislativo e, por via reflexa, a seus membros, no desempenho das funções específicas. Nem seria possível entender que, na condição de Ministro de Estado, Governador de Território, Secretário de Estado, continuasse inviolável, por suas opiniões, palavras e votos, ou com a isenção de ser preso ou processado criminalmente, sem prévia licença de sua Câmara, de modo diverso, assim do que sucede com os altos dignitários do Poder Executivo, que veio integrar, deixando de exercer a função legislativa.

3.3 DA IMUNIDADE PARLAMENTAR FORMAL NO BRASIL.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 53, consagrou a dupla imunidade formal; uma em relação à possibilidade de prisão, e outra em relação a instauração do processo, de tal forma que a imunidade formal pode ser conceituada como o instituto que garante ao parlamentar a impossibilidade de ser ou permanecer preso (imunidade formal em relação a prisão) ou a possibilidade de sustação do andamento da ação penal por crimes praticados após a diplomação (imunidade formal processual).

Dessa forma, os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Casa. No caso de flagrante de crime inafiançável, a Constituição Federal prevê que os autos serão remetidos, dentro de vinte e quatro horas, à Casa respectiva, para que, pelo voto secreto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão e autorize, ou não, a formação de culpa.

Assim, os parlamentares, salvo nas hipóteses constitucionalmente tuteladas, estão submetidos às mesmas leis que os outros indivíduos; tendo de responder como estes por seus atos criminosos ou delituosos, mas, no interesse público, convém que eles não sejam afastados ou subtraídos de suas funções por processos

judiciais arbitrários ou vexatórios, emanados seja de um adversário político, seja de um governo desejoso de desembaraçar-se de um opositor perigoso, independente e autônomo.

A seguir será analisada, primeiramente, a imunidade em relação à prisão, delimitando sua abrangência, para, posteriormente, estudarmos a obrigatoriedade de licença para ocorrência de processo criminal contra parlamentar.

3.3.1 Imunidade formal em relação à prisão.

Embora a imunidade formal norte-americana e inglesa fosse impeditiva somente de prisão civil, não tutelando as prisões em razão da prática de crimes; a garantia pátria, consagrada constitucionalmente no Brasil, difere de suas origens históricas, devido a sua maior abrangência, pois a imunidade formal no Brasil abrange prisão penal e a civil, impedindo sua decretação e execução em relação ao parlamentar, que não pode sofrer nenhum ato de privação de liberdade, exceto o flagrante de crime inafiançável.

Assim, mesmo a prisão civil do parlamentar, nas hipóteses constitucionalmente permitidas do devedor de alimentos e do depositário infiel, para compeli-lo à restituição dos objetos ou à satisfação dos alimentos, só poderá ser decretada com o consentimento da sua Casa Legislativa. (MORAES, 2004, p. 419)

Em regra, portanto, o congressista não poderá sofrer qualquer tipo de prisão de natureza penal, seja provisória (prisão temporária, prisão em flagrante por crime afiançável, prisão preventiva, prisão por pronúncia, prisão por sentença condenatória recorrível), seja definitiva (prisão por sentença condenatória transitada em julgado), ou ainda, prisão de natureza civil.

Excepcionalmente, porém, segundo Jesus (2009) “o congressista poderá ser preso, no caso de flagrante por crime inafiançável”. Nesta hipótese, a manutenção da prisão dependerá de autorização da maioria dos membros da Casa Legislativa respectiva e mediante voto ostensivo e nominal.

Cabe ressaltar, nesse contexto, que, com a vigência da Emenda Constitucional nº35/2001, o voto secreto exigido para a deliberação sobre a prisão do parlamentar foi substituído pela votação ostensiva e nominal.

Além disso, é imperioso ressaltar, por fim, que o STF admite a prisão de parlamentar em virtude de decisão judicial transitada em julgado, por entender que a garantia jurídico-institucional da imunidade parlamentar formal não obsta a execução de penas privativas de liberdade definitivamente impostas aos membros do Congresso Nacional. (MORAES, p. 2004, p. 420)

Deve-se lembrar, ainda, que o legislador constituinte limitou a possibilidade de prisão também do Presidente da República, e, nessa hipótese, diferentemente dos parlamentares, é expressamente autorizada a prisão após a decisão de mérito do STF.

3.3.2 Imunidade formal em relação ao processo.

A imunidade processual refere-se à impossibilidade de processar-se criminalmente o parlamentar, sem prévia licença de sua Casa, desde a expedição do diploma, ou seja, desde o início do vínculo jurídico estabelecido entre os eleitores e os parlamentares, que equivale ao título de nomeação para o agente público.

Ressalte-se que o termo inicial da imunidade não está relacionado à posse, mas sim à diplomação, pois é neste momento que se tem a presunção de ter sido validamente eleito o representante e desde aí a Constituição o protege, vedando sua prisão.

Assim, quando se tratar de crime praticado antes da diplomação, não haverá incidência de qualquer imunidade formal em relação ao processo, podendo o parlamentar ser processado e julgado normalmente pelo STF, enquanto durar o mandato. Entretanto, se o crime foi praticado após a diplomação, o STF processa e julga normalmente, enquanto durar o mandato, sem necessidade de qualquer autorização, porém, a pedido de partido político com representação na Casa

Legislativa respectiva, onde esta poderá sustar o andamento da ação penal pelo voto ostensivo e nominal da maioria absoluta de seus membros; de forma que a suspensão da ação penal persistirá enquanto durar o mandato, e acarretará, igualmente, a suspensão da prescrição. (MORAES, 2004, p. 421)

A licença é a autorização que a casa legislativa (Câmara ou Senado Federal) concede para que possa ser iniciado ou prosseguir processo criminal em face do congressista. O pedido de licença será encaminhado à Casa Legislativa respectiva pelo Supremo Tribunal Federal, após o oferecimento da denúncia por parte do Ministério Público, para a apreciação política do pedido de licença.

A solicitação de licença para instauração do processo criminal exige-se tanto nas hipóteses de ação penal pública, condicionada ou incondicionada, como de ação penal privada.

No tocante, porém, aos procedimentos administrativos de investigação policial, o Supremo Tribunal Federal já pacificou que a garantia da imunidade parlamentar em sentido formal não impede a instauração de inquérito policial contra congressista, que está sujeito, em conseqüência, e independentemente de qualquer licença, aos atos de investigação criminal promovidos pela Polícia Judiciária, desde que essas medidas pré-processuais de persecução penal sejam adotadas no âmbito de procedimento investigatório em curso perante órgão judiciário competente, qual seja, o próprio Pretório Excelso.

Assim, a necessidade de licença não impede o inquérito policial, nem tampouco o oferecimento da denúncia, porém, apenas impede o seu recebimento, que é o primeiro ato de prosseguimento praticado pelo magistrado.

Jesus (2009), no mesmo sentido, ensina “não estar a autoridade policial inibida de proceder ao inquérito, mesmo que não se trate de flagrante”.

Assim, mesmo nos inquéritos policiais instaurados contra parlamentares inexistirá o contraditório, pois a fase investigatória é preparatória da acusação, inexistindo, ainda, acusado; constituindo em mero procedimento administrativo, de caráter investigatório, destinado a subsidiar a atuação do Ministério Público.

Desta forma, a investigação policial não se processa, em função de sua própria natureza, sob o crivo do contraditório, eis que é somente em juízo que se torna plenamente exigível o dever de observância ao postulado da bilateralidade e

da instrução criminal contraditória. (JESUS, 2009)

Assim, não cabe o amplo contraditório em nome do direito de defesa no inquérito policial, que é apenas um levantamento de indícios que poderão instruir ou não denúncia formal que poderá ser recebida ou não pelo Juiz, tornando desnecessária, portanto, a licença da Casa Legislativa.

Terminadas as investigações, desde que as medidas pré-processuais de persecução penal tenham sido adotadas no âmbito de procedimento investigatório em curso perante o próprio Pretório Excelso, o relator abrirá vistas ao Procurador-Geral da República, nos casos de ação penal pública, para que ofereça denúncia, se caso for, em quinze dias, ou se o indiciado estiver preso, em cinco dias. No caso de tratar-se de ação penal de iniciativa privada, o relator determinará seja aguardada a iniciativa do ofendido ou de quem por lei esteja autorizado a oferecer a queixa. Após o oferecimento da denúncia ou queixa-crime, o relator solicitará licença da Casa respectiva para iniciar o processo.

Em conclusão, quem solicitará licença para iniciar o processo contra parlamentar, é o próprio Supremo Tribunal Federal, por tratar-se o recebimento da denúncia do primeiro ato jurisdicional.

No tocante à abrangência da imunidade formal, independem de licença quaisquer processos ou medidas de natureza cível, administrativa ou disciplinar, com uma única restrição de que, se em algum desses procedimentos for ordenada a prisão do parlamentar, esta dependerá de licença. (MORAES, 2004, p. 421)

A licença, igualmente, faz-se necessária para o prosseguimento de processo criminal, nas hipóteses em que, ao tempo de sua investidura, o parlamentar já estivesse sendo processado, em qualquer juízo ou Tribunal. Nesta hipótese, a competência alterar-se-á para o Supremo Tribunal Federal que solicitará a necessária licença para poder prosseguir com o processo penal.

Cabe salientar que a imunidade formal refere-se a todas as espécies de infração penal praticadas pelo parlamentar, seja em relação à prisão, seja em relação ao processo, devendo ser assegurada qualquer que seja a circunstância em que tenha sido praticado o fato criminoso.

Quanto à extensão da imunidade formal, é relevante observar que a imunidade formal possui extensão temporal, ou seja, tem eficácia temporal limitada,

protegendo os parlamentares somente durante o exercício atual e efetivo do mandato. (MORAES, 2004, p. 422)

A Carta Magna atual, no art. 53, § 1º, fixou como termo *a quo* da imunidade processual a expedição do diploma que comprova a eleição, não fixando, porém, o termo *ad quem*. Contudo, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que os ex-congressistas, por não mais exercerem seus mandatos, e conseqüentemente, inexistir os fundamentos de validade das imunidades, delas estão excluídos, concluindo-se, que seu termo final será o início da próxima legislatura.

Ainda no tocante à imunidade formal em relação ao processo, é importante lembrar que, quando houver casos de ação penal com concurso de agentes (sendo um agente parlamentar e o outro não-parlamentar); e na hipótese de sustação, o processo deverá ser separado, enviando-se os autos para a Justiça comum para prosseguimento do processo, enquanto a prescrição ficará suspensa para o parlamentar.

Igualmente de grande importância, o fato das imunidades dos parlamentares permanecerem durante o estado de sítio e estado de defesa. A regra é a manutenção, porém, excepcionalmente e somente no caso de *estado de sítio*, as imunidades poderão ser suspensas mediante o voto de dois terços dos membros da Casa respectiva, nos casos de atos praticados fora do Congresso, que sejam incompatíveis com a execução da medida.

3.3.3 A Imunidade Formal na Constituição de 1988

O Constituinte de 1988 contemplou no parágrafo do artigo 53 da Constituição esse tipo de imunidade, assim determinando:

Art. 53 - Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Casa.

Dessa maneira, para que um processo criminal pudesse tramitar contra um

Deputado ou um Senador, bem como para que um deles fosse preso, era necessária uma prévia autorização da sua respectiva Casa. A única exceção prevista na nossa Constituição (em seu texto original) para a prisão de um membro do legislativo era a em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos eram remetidos, dentro de vinte e quatro horas, à Casa respectiva para que, pelo voto secreto da maioria de seus membros, fosse deliberado sobre a prisão e autorizada, ou não, a formação de culpa.

Segundo Moraes (2002, p. 27):

O objetivo dessa imunidade era garantir aos parlamentares, leiam-se Deputados e Senadores, que eles não seriam afastados, importunados ou mesmo subtraídos de suas funções por processos judiciais arbitrários ou vexatórios, emanados seja de um adversário político, seja de um governo desejoso de desembaraçar-se de um opositor perigoso, devendo as imunidades formais protegê-los contra os processos judiciais, mal fundados, ou intempestivos, que somente seriam inspirados por sentimentos de perseguição política.

Essa imunidade dizia respeito aos atos dos parlamentares estranhos ao exercício do mandato, ou seja, excluídos da incidência da imunidade material. Assim, para evitar a impunidade dos agentes, tinha caráter temporário: iniciava-se com a diplomação e encerrava-se com o fim do mandato ou a sua cassação, quando, então, poderiam ser processados normalmente.

Moraes (2002, p. 28) sustenta que nesses casos os parlamentares “estão submetidos às mesmas leis que os outros indivíduos em face do princípio da igualdade, tendo de responder como estes por seus atos criminosos”. Pode-se dizer, portanto, que a imunidade processual tinha como pressuposto a não incidência da imunidade material.

Em relação aos processos de natureza cível ou administrativa a licença não era necessária. Como exposto, para processar criminalmente um Deputado ou Senador era necessária uma prévia autorização de sua Casa, que deliberava sobre o assunto e deferia ou não a licença.

Horta (1995, p. 603) instrui que:

O órgão legislativo dispõe da competência discricionária para conceder ou não a licença. Mas ao proceder num sentido ou no outro, deve oferecer as razões de sua conduta, deduzindo os fundamentos jurídicos e políticos que inspiraram a decisão, devendo observar sempre alguns critérios, como a conveniência, a oportunidade, o momento político do País, a gravidade do fato, entre outros.

Questão controvertida dizia respeito à regra de especialização da licença, segundo a qual a autorização para processar é válida para a incriminação que motivou o pedido de licença, ou ainda para imputação conexa fundada na identidade dos fatos submetidos ao conhecimento do órgão legislativo.

Assim, deferida a licença, o processo criminal instaurado só poderia versar sobre os fatos apresentados e apreciados pelo Poder Legislativo; no entanto, o Poder Judiciário poderia dar qualificação jurídica distinta aos mesmos.

Como o princípio da especialização diz respeito aos fatos e não à qualificação jurídica destes, Horta (1995, p. 603) explica que:

O fato novo, determinante de outra infração e, conseqüentemente, da penalidade típica, é que imporá o novo pedido de licença. O mesmo não se dá, quando, com base nos fatos conhecidos pelo Poder Legislativo, e constantes do pedido de licença, a qualificação jurídica ulterior vier, com irrecusável propriedade, justificar pena típica não mencionada expressamente no pedido de licença, embora já inerente aos fatos narrados.

Assim, a licença autorizava apenas a investigação de determinados fatos. Não possibilitava, pois, uma ampla investigação, pois a cada fato novo se fazia necessária uma outra licença.

Caso a licença fosse deferida, o agente estava livre para ser processado e, se porventura condenado, preso. Caso contrário, se a licença não fosse deferida, haveria a suspensão do processo e da prescrição, vindo, findo o mandato, o agora ex-parlamentar, a responder pelo crime. Procedimento semelhante era adotado quando o pedido de licença não era deliberado. Ressalte-se que a decisão da casa do parlamentar negando a licença era soberana e não poderia ser discutida perante o Poder Judiciário. Tratava-se de uma decisão eminentemente política e suprema.

Tanto a omissão sobre o pedido de licença quanto o seu indeferimento implicavam, necessariamente, na suspensão da prescrição. Encerrado o mandato, voltava ela a correr pelo tempo restante.

O texto constitucional era omissivo quanto ao prazo para a referida deliberação, embora já tenha sido previsto em Constituições anteriores. Não existia, assim, prazo para tal deliberação. Desse modo, embora possível, a licença para processar criminalmente um Deputado ou Senador raramente era deferida em virtude do corporativismo – leia-se camaradagem – existente entre os parlamentares, que

davam uma equivocada interpretação ao instituto da imunidade parlamentar e faziam do Congresso Nacional o refúgio de criminosos poderosos.

No caso de crime praticado antes da investidura no cargo, cujo respectivo processo já estivesse em tramitação, tinha-se que para o normal prosseguimento do feito também era necessária a licença da respectiva Casa Legislativa. Neste caso, duas hipóteses podiam ocorrer: o processo ficava suspenso até que fosse deferida ou, no caso de indeferimento ou de não apreciação do pedido de licença, ficaria suspenso até que acabasse o mandato, quando cessaria também a imunidade formal.

Importante registrar que, em regra, os pedidos de licença não eram apreciados, o que equivalia, na prática, ao seu indeferimento. A omissão generalizada do Poder Legislativo para com os pedidos de licença para instauração de processo criminal contra parlamentares estimulou vários cidadãos, leia-se criminosos, a se candidatarem aos cargos de Deputado Federal e/ou Senador da República visando, de pura má-fé, barrar eventuais processos criminais já instaurados ou prestes a sê-lo. Uma vez eleitos, faziam de tudo para se perpetuarem no poder e, assim, continuarem impunes.

Em face de situações graves e extremas, em especial aquelas de grande repercussão, ao invés de apreciarem o pedido de licença os parlamentares preferiam deliberar sobre a cassação do mandato do acusado, talvez com o objetivo de darem uma melhor satisfação aos eleitores, o que desvirtuava o instituto. Diante desse quadro político, adveio a Emenda Constitucional n.º 35, de 20 de dezembro de 2001.

4 IMUNIDADE FORMAL E A EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 35/2001.

No dia 21 de dezembro de 2001, foi publicada no Diário Oficial da União e entrou em vigor a Emenda Constitucional nº 35, de 20 de dezembro de 2001, que deu nova redação ao artigo 53 da Constituição Federal de 1988, alterando sobremaneira aspectos do instituto da imunidade parlamentar.

A principal modificação produzida no texto original da Carta Magna, pela referida emenda constitucional, foi a limitação desse instituto, de forma a permitir que o Supremo Tribunal Federal possa prosseguir no processamento de parlamentares, independentemente de licença da sua Casa Legislativa, facultando-se ao Parlamento, por iniciativa de partido político, sustar o andamento da ação.

De acordo com a redação original do artigo 53, o deputado ou senador somente poderia ser processado, pela prática de crime comum, se a Câmara dos Deputados ou o Senado Federal concedessem licença ao Supremo Tribunal Federal nesse sentido; do contrário, o processo ficaria paralisado até que o parlamentar perdesse essa condição.

Tal situação, segundo constatação da sociedade, vinha causando uma anomalia, eis que diversos parlamentares estariam se beneficiando do corporativismo dos seus colegas - que dificilmente aprovavam a licença requerida pelo STF - utilizando-se dessa modalidade da imunidade para proteger-se da ação judicial, mesmo quando envolvesse crimes comuns, em nada relacionados à atividade parlamentar. (CHIMENTI, 2009)

Assim, casos famosos como o do ex-deputado Hildebrando Pascoal, acusado da prática de crimes cruéis contra trabalhadores rurais em suas propriedades, não eram julgados pelo Judiciário, porque a Câmara dos Deputados não concedia a licença; acusações de corrupção contra parlamentares ficavam adstritas ao julgamento político do próprio legislativo, porque o Poder Judiciário dependia de improvável licença para proceder ao julgamento, o que causava enorme indignação social e insatisfação com a chamada classe política. (CHIMENTI, 2009)

Essa indignação foi sendo capitaneada por setores representativos da sociedade, aglutinada pela mídia, até alcançar a pauta do Congresso Nacional, que conseguiu reunir, em torno da proposta de limitação da imunidade, um consenso quase absoluto e raro na história política do país. Aprovada com esmagadora maioria na Câmara dos Deputados (dos quatrocentos e quarenta e quatro deputados que participaram da votação, quatrocentos e quarenta e um votaram favoravelmente à proposta, apenas um votou contra e dois se abstiveram) e por unanimidade (dos sessenta e sete senadores que compareceram à votação) no Senado Federal, a emenda constitucional nº 35/2001 coroou aquilo que foi chamado pelo Presidente da Câmara dos Deputados de "pacote ético", que incluiu a limitação ao uso de medidas provisórias pelo Presidente da República (emenda constitucional nº 32/98), a instituição do Código de Ética dos Deputados e do Conselho de Ética na Câmara Federal. (MONTEIRO, 2008)

A imunidade protege agora apenas as idéias, as opiniões e a ideologia dos parlamentares. O mandato não vai mais, enfim, acobertar crimes comuns.

4.1 IMUNIDADE PARLAMENTAR E A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 35/2001

Já foi dito que a emenda constitucional n. 35, alterou substancialmente o instituto da imunidade formal. O novo texto constitucional passou a contemplar a imunidade formal nos parágrafos 3º, 4º e 5º do artigo 53, que estabelecem:

§ 3º Recebida a denúncia contra Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva, 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 Casa respectiva 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.

Percebe-se que a principal alteração está relacionada com a extinção da necessidade de licença da Casa do parlamentar para que tenha início um processo

criminal contra o mesmo ou para que o processo tramite normalmente, na hipótese da denúncia ter sido oferecida após a diplomação ou antes desta, respectivamente.

Com a mudança, a imunidade formal deixou de contemplar os crimes praticados antes da diplomação. Quanto a esses, o Poder Legislativo não exerce mais nenhum tipo de controle ou influência, seja autorizando a instauração do processo criminal, a sua tramitação ou, ainda, determinando a suspensão do feito e, por conseguinte, da prescrição.

Nas palavras de Horta (1995, P. 56): “O controle legislativo deixou de ser prévio, passando a ser posterior: não existe mais a possibilidade de licença prévia”.

No sistema instituído pela Emenda Constitucional n.º 35, oferecida a denúncia, o processo contra parlamentares tramita normalmente, podendo a casa a que pertence o denunciado deliberar sobre a sua sustação.

Esta deliberação pode ser feita até a decisão final do processo (trânsito em julgado) e deve, obrigatoriamente, ser apreciada no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias a contar do recebimento do pedido pela Mesa Diretora. Os legitimados para formular pedido de sustação de ações criminais contra parlamentares são os partidos políticos com representação na Casa do denunciado.

Percebe-se que os mesmos critérios que determinavam o deferimento ou indeferimento da antiga licença – a conveniência, a oportunidade, a gravidade do fato, o momento político, entre outros – devem nortear a deliberação sobre a sustação da ação penal.

A suspensão da prescrição, que antes decorria do indeferimento do pedido de licença ou da ausência de deliberação durante o mandato, agora é consequência da sustação do processo.

A mudança introduzida fez com que os inquéritos instaurados e as denúncias oferecidas contra parlamentares não ficassem mais arquivados e sem trâmite no Supremo Tribunal Federal (quando se tratar de Deputado Federal ou Senador) ou nos Tribunais de Justiça (com relação aos Deputados Estaduais). Eles tramitarão normalmente até que a casa a que pertence o parlamentar, por deliberação da maioria de seus membros, determine a sua sustação, o que poderá não ocorrer.

Apesar de grande parte da doutrina considerar a Emenda Constitucional n.º

35/2001 desnecessária (conforme será visto nos próximos capítulos), em face das radicais alterações introduzidas, ela pode ser tida como um marco na moralização do Poder Legislativo brasileiro.

4.2 A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 35/2001 E OS PROCESSOS EM TRAMITAÇÃO.

Com a promulgação da Emenda Constitucional n.º 35/2001, acabando com a necessidade de prévia licença da Casa do Parlamentar para a instauração de processo penal contra o mesmo, o Supremo Tribunal Federal teve que enfrentar a questão da aplicação do novo texto constitucional aos processos e inquéritos nos quais a licença havia sido negada ou não deliberada.

A controvérsia foi decidida pelo Tribunal Pleno em 18/02/2002, ao apreciar a Questão de Ordem argüida no Inquérito n.º 1.566 - Acre. O Tribunal, nessa ocasião, firmou o seguinte entendimento:

Imunidade parlamentar: abolição da licença prévia pela EC 35/01: aplicabilidade imediata e conseqüente retomada do curso da prescrição. 1. A licença prévia da sua Casa para a instauração ou a seqüência de processo penal contra os membros do Congresso Nacional, como exigida pelo texto originário do art. 53, § 1º, da Constituição configurava condição de procedibilidade, instituto de natureza processual, a qual, enquanto não implementada, representava empecilho ao exercício da jurisdição sobre o fato e acarretava, por conseguinte, a suspensão do curso da prescrição, conforme o primitivo art. 53, § 2º, da Lei Fundamental. 2. Da natureza meramente processual do instituto, resulta que a abolição pela EC 35/01 de tal condicionamento da instauração ou do curso do processo é de aplicabilidade imediata, independentemente da indagação sobre a eficácia temporal das emendas à Constituição: em conseqüência, desde a publicação da EC 35/01, tornou-se prejudicado o pedido de licença pendente de apreciação pela Câmara competente ou sem efeito a sua denegação, se já deliberada, devendo prosseguir o feito do ponto em que paralisado. 3. Da remoção do empecilho à instauração ou à seqüência do processo contra o membro do Congresso nacional, decorre retomar o seu curso, desde a publicação da EC 35/01, a prescrição anteriormente suspensa.

Com base nesse precedente, os processos que estavam com a tramitação suspensa por força do indeferimento da licença pela Casa do Parlamentar ou pela

ausência de deliberação tiveram seu curso retomado. O prazo prescricional, anteriormente suspenso, também voltou a fluir desde a publicação da Emenda Constitucional n.º 35, que se deu em 21 de dezembro de 2001.

Gomes (2002, p. 113), no entanto, apresenta entendimento divergente. Distinguindo os casos em que o pedido de licença havia sido deliberado e negado daqueles outros em que não houve sequer deliberação, o referido autor sustenta que:

Na medida em que a imunidade processual parlamentar (antes da EC 35/01) condicionava a própria responsabilização penal (leia-se: o desenvolvimento do processo, mesmo porque era condição de prosseguibilidade), não há dúvida que se tratava de norma processual com conteúdo material, à qual se aplicam todas as regras de direito penal intertemporal, ou seja, as leis novas benéficas são retroativas, as normas novas severas são irretroativas. De tudo quanto exposto se conclui: nos casos em que o Parlamento examinou e concretamente indeferiu a licença para processar o deputado ou senador, há que se respeitar a independência legislativa assim como o ato jurídico perfeito. (...) Conclusão: enquanto durar seu mandato, não pode o parlamentar ser processado pelo fato definido no pedido de licença expressamente refutado pela Casa respectiva. (...) Diferente é a situação daqueles pedidos de licença que jamais mereceram qualquer tipo de valoração ou apreciação da Casa parlamentar respectiva. Nesses casos não há nenhum ato jurídico perfeito ou consumado e, de outro lado, não houve qualquer tipo de balanceamento dos interesses em jogo. Conclusão: quanto a eles incidem as novas regras emanadas da EC 35/01, o que significa que o tribunal competente pode dar prosseguimento ao processo sem nenhum obstáculo de ordem processual.

Infere-se, pois, que a questão era bastante complexa e envolvia muitos valores e princípios, em especial o da separação dos poderes e o da isonomia. Entretanto, deve prevalecer o entendimento firmado pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, uma vez que se trata de norma eminentemente processual, cuja aplicabilidade é imediata.

Contudo, não há que se falar em qualquer afronta ao princípio da separação e independência dos poderes, uma vez que a decisão do Poder Legislativo, negando a licença, não tem mais nenhum amparo na vigente redação constitucional, ficando, pois, sem efeito, exceto com relação ao prazo prescricional. Enquanto o texto constitucional contemplava a obrigatoriedade da licença, esta se fazia necessária; deixando de exigi-la, as que foram negadas não são mais empecilhos para a tramitação processual.

Também não viola o ato jurídico perfeito, pois, além de temporário (só produzindo efeito durante o mandato), o indeferimento da licença foi devidamente observado enquanto amparado pela ordem constitucional.

Entendimento diferente, no entanto, vai de encontro ao princípio da isonomia, uma vez que será dispensado tratamento distinto a pessoas em situação semelhante: parlamentares com processos e inquéritos cujas tramitações estavam suspensas. O parlamentar que teve o pedido de licença devidamente apreciado e negado não terá a tramitação do processo retomada; o processo contra outro parlamentar, cujo pedido sequer havia sido deliberado, voltará a tramitar normalmente.

É admitir, também, a ingerência de um poder em outro quando a própria Constituição não mais a autoriza, uma vez que a decisão do Poder Legislativo continuará impedindo a atuação do judiciário. Assim, parte considerável da doutrina se posiciona em concordância com o posicionamento adotado pelo Pretório Excelso.

4.3 CRÍTICAS À EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 35/2001

A intenção do poder reformador, com a produção da emenda constitucional nº 35/2001, foi clara: alterar o instituto da imunidade parlamentar formal para, restringindo os seus efeitos, evitar que a necessidade de licença prévia da Casa Legislativa para o Supremo Tribunal Federal poder processar e julgar parlamentares continuasse servindo como instrumento de proteção de alguns parlamentares contra as devidas e necessárias investigações de crimes comuns por eles praticados.

Por isso, inverteu-se a regra. Se, na redação original da Constituição, o Parlamento detinha a primeira e última palavra sobre o destino do parlamentar denunciado criminalmente no STF, e o processo somente poderia prosseguir em caso de licença prévia, agora, com a emenda constitucional nº 35, o Parlamento somente possui a palavra final quanto ao assunto, eis que não mais se exige a prévia licença para instauração e prosseguimento do processo. Ou seja, em caso de denúncia de parlamentar, por crime comum, no Supremo Tribunal Federal, este não mais precisará solicitar da respectiva Casa Legislativa autorização para o prosseguimento do feito. O STF dará seguimento normal ao processo criminal, apenas comunicando à Casa Legislativa que, por iniciativa de partido político nela representado, e pelo voto da maioria absoluta, poderá sustar o andamento da ação.

Finalmente, cabe dizer que a possibilidade de sustação, pelo Parlamento, do andamento do processo criminal contra parlamentar no STF, somente se aplica, segundo a nova redação constitucional, aos crimes praticados após a diplomação. Assim, o pouco que resta da imunidade formal parlamentar somente se refere aos crimes comuns supostamente praticados pelos parlamentares após o momento da diplomação pela Justiça Eleitoral, ficando o mesmo completamente à mercê do Poder Judiciário em caso de acusação por crime comum cometido antes da diplomação.

Aqui, é importante assinalar que o Supremo Tribunal Federal, após a emenda 35, já deu prosseguimento a processos criminais contra parlamentares - por crimes supostamente praticados antes mesmo de sua entrada em vigor - que estavam à espera das respectivas licenças, uma vez que não são mais exigidas, ou ainda a processos criminais que tiveram negada a licença prévia da Casa Legislativa (Inquéritos nº 1517, decisão de 02/04/2002, e nº 1018, decisão de 23/04/2002).

Entretanto, apesar de aprovada em clima de unanimidade nacional, a emenda constitucional nº 35/2001, quando limitou o instituto da imunidade parlamentar formal, ofendeu aos princípios democráticos, a separação de poderes e à própria soberania popular, sendo, por tais razões, inconstitucional, dada a supremacia do poder constituinte originário sobre o poder constituinte derivado.

A República Federativa do Brasil, segundo o art. 1º da Constituição, é um Estado Democrático de Direito, que possui como fundamento a soberania (inciso I), e no qual todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Assim, a representação política parlamentar reflete na manifestação constitucional do princípio fundamental da soberania popular, segundo o qual todo poder emana do povo. Apesar dos reclamos doutrinários por um exercício mais constantes dos mecanismos de democracia direta, previstos no art. 14 da Constituição, é realidade inescapável até mesmo aos mais ardorosos defensores da democracia direta que um retorno puro e simples aos moldes da democracia direta da Grécia Antiga é impossível nos tempos atuais, quer devido à inviabilidade prática de reunião diária de milhões de cidadãos em praça pública para deliberações sobre os destinos da *polis*, quer devido à impossibilidade de dedicação diária e completa

do homem moderno às discussões políticas, eis que precisa trabalhar para seu próprio sustento material. Assim, apesar de subordinada ao primado da vontade popular, a representação política parlamentar constitui instrumento indispensável à manutenção do regime democrático. O povo, que não pode dedicar-se diariamente à atividade política, elege representantes para fazê-lo em seu nome, mantendo-os sob vigilância e atenção.

Porém, para que o sistema representativo parlamentar possa funcionar de forma eficiente e apta para servir como verdadeira instância de representação política da sociedade, é preciso que seja dotado de garantias e proteções em face das investidas de outras esferas de poder. Daí a necessidade de adoção da separação de poderes, expressamente assegurada no art. 2º da Constituição Federal.

Assim, o instituto da imunidade parlamentar, tanto material como formal, apresenta-se como garantia do Poder, da representação política da sociedade, contra as indevidas investidas de outras esferas de poder, e não como garantia do parlamentar. E, nesse diapasão, apresenta-se como verdadeira proteção ao próprio Estado Democrático de Direito e à soberania popular, servindo como instrumento de garantia do exercício do poder político independente do povo, por intermédio de seus representantes.

A Constituição Federal também prevê garantias dos demais Poderes, como forma de assegurar a sua independência e harmonia (assim, por exemplo, as garantias da magistratura: irredutibilidade de subsídios, inamovibilidade e vitaliciedade).

Ocorre que a separação de poderes é cláusula pétrea do texto constitucional (art. 60, § 4º, inciso III), não sendo admitida sequer como objeto de deliberação qualquer proposta de emenda constitucional que tenha tendência à sua abolição. Em conseqüência, o arcabouço constitucional dos poderes, no tocante às prerrogativas e garantias de uns em face dos outros, é imutável, sob pena de prejuízo à sua independência recíproca (esse é um argumento recorrente utilizado por membros da magistratura, por exemplo, quando se coloca em debate qualquer proposta de adoção do controle externo do Poder Judiciário). Admitir uma emenda constitucional que reduza garantia de um poder em face do outro significa torná-lo

frágil, vulnerável e menos independente.

É exatamente o que acontece com a emenda constitucional nº 35/2001. Ao restringir a imunidade formal parlamentar às acusações de práticas de crimes comuns por parlamentares apenas após a diplomação, bem como ao permitir como regra o normal processamento do feito no STF, sem necessidade de licença prévia, o poder constituinte reformador reduziu sobremaneira as garantias do exercício da função parlamentar em face dos demais poderes, como instituídas pelo poder constituinte originário, ficando aí claramente delineada não apenas a tendência à abolição da separação de poderes, mas, no caso, uma profunda restrição à sua independência.

Doravante, fácil será o uso abusivo do aparato estatal para que sejam forjados processos criminais em face de parlamentares que exerçam com independência a sua função. Pior: sobre os parlamentares independentes, sempre vai pairar a ameaça de alguma acusação de prática de crime comum totalmente desprovida de materialidade (o que não é algo raro, registre-se, no sistema persecutório criminal brasileiro), como instrumento coibidor do exercício pleno e independente de suas funções.

O uso indevido da imunidade formal parlamentar - como instrumento de "impunidade" - por parte de alguns parlamentares, não deve ser motivo autorizador de tamanha ofensa ao regime democrático. Ao contrário: sendo o povo o titular da soberania, ao povo compete a decisão final, e, em caso de suspeita de uso indevido do instituto, a solução está em suas mãos: a não reeleição do parlamentar para o mandato subsequente, medida que o tornará novamente um cidadão comum, não representante de ninguém a não ser de si mesmo, e passível de responder ao processo por crime comum na instância judicial competente, sem foro privilegiado.

Diante do exposto, pode-se afirmar, em síntese, que a Emenda em análise viola o disposto no art. 60, §4º, III, da Constituição Federal, que veda a deliberação de proposta de emenda tendente a abolir a separação dos Poderes. A princípio, partindo-se de uma interpretação literal do dispositivo pode-se até sustentar que a Emenda n.º 35/2001 não aboliu a separação dos Poderes, pelo que seria constitucional.

Ocorre que ao restringir a imunidade parlamentar a ponto de eliminar a

improcessabilidade, o Constituinte derivado transgrediu a independência e harmonia entre os Poderes da União (Legislativo, o Executivo e o Judiciário), tendo em vista que a alteração imposta extinguiu uma prerrogativa conferida pelo Constituinte originário aos parlamentares, visando a defesa do regime democrático, dos direitos fundamentais e da própria Separação dos Poderes. (MORAES, 2004, p. 371)

Ademais, não podemos esquecer que a imunidade parlamentar, apesar de uma prerrogativa dos Deputados e Senadores, foi instituída em prol do Poder Legislativo como forma de lhe garantir independência.

Moraes (2004, p. 396), ao tratar da independência e harmonia que deve reger o princípio da Separação de Poderes, pondera que

as imunidades parlamentares são institutos de vital importância, visto buscarem, prioritariamente, a proteção dos parlamentares, no exercício de suas nobres funções, contra os abusos e pressões dos demais poderes.

Horta (2003, p. 614) observa que:

A irreformabilidade que protege limitações materiais explícitas e limitações materiais implícitas não recomenda a introdução de alterações no enunciado de imunidades que já se encontram sedimentadas na doutrina, na jurisprudência, no Direito Parlamentar e na redação constante de seu conteúdo no secular Direito Constitucional Republicano.

Mais adiante, ao tratar especificamente da Emenda Constitucional n.º 35/2001, Horta (2003, p. 616) destaca que:

A ruptura é tão profunda, tratando-se de garantia protetora do Poder Legislativo, que justificaria, para repeli-la, invocar o princípio tutelar da harmonia e independência dos Poderes (Constituição Federal, art. 2º) sob o fundamento idôneo de lesão a uma limitação material, dirigida ao poder de reforma, que veda proposta de emenda tendente a aboli-la (Constituição Federal, art. 60, §4º, III).

De forma que, apesar de aprovada em clima de "unanimidade nacional", a emenda constitucional n.º 35/2001, quando limitou o instituto da imunidade parlamentar formal, ofendeu aos princípios democráticos, a separação de poderes e à própria soberania popular, sendo, por tais razões, inconstitucional, dada a supremacia do poder constituinte originário sobre o poder constituinte derivado.

Dessa forma, apesar de não abolir a Separação dos Poderes, a Emenda Constitucional n.º 35/2001 restringiu drasticamente a independência do Poder

Legislativo, tornando-o um tanto vulnerável. Assim, a restrição à imunidade parlamentar produzida pela emenda constitucional nº 35/01 é, no mínimo, inconstitucional; além de desnecessária, conforme veremos a seguir.

4.4 A DESNECESSIDADE DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº35/2001.

Em função de situações passageiras, clamores públicos insignificantes e localizados ou até mesmo interesses escusos, o texto constitucional tem sido freqüentemente alterado; de tal forma que, na atualidade, a simples modificação literal da Lei Maior é exposta como a solução de graves problemas que contaminam a sociedade, sem que juntamente com ela sejam implementadas políticas públicas efetivas em busca da solução.

No caso específico da imunidade parlamentar, a Emenda Constitucional n.º 35/2001 foi promulgada em função da impunidade generalizada dos membros do Poder Legislativo vivenciada. Vários eram os parlamentares que estavam impunes por causa da proteção que lhes conferiam a imunidade parlamentar aliada a falta de comprometimento ético e moral dos demais membros das Casas Legislativas, que estavam deliberando sobre os pedidos de licença formulados de forma parcial e corporativista. Não se pode esquecer, também, que muitos pedidos de licença, pelos mesmos motivos, sequer eram postos em deliberação, contribuindo mais ainda para a impunidade.

Com isso, entende-se ser desnecessária a Emenda Constitucional n.º 35/2001, uma vez que se os parlamentares não tivessem desvirtuado o instituto, dando-lhe uma interpretação equivocada, e houvessem deliberado de forma isenta e imparcial sobre os pedidos de licença, os objetivos da imunidade parlamentar teriam sido alcançados mesmo sob a égide do texto original da Constituição.

Ademais, ao invés de lutarem por uma maior conscientização dos seus pares em busca de uma atuação mais proba, imparcial, isenta e sem interesses escusos e comportamentos corporativistas, nossos parlamentares preferiram mudar

o texto constitucional, como se isso resolvesse todo o problema vivenciado.

Bastaria apenas o empenho e a participação demonstrada quando da votação da Emenda Constitucional n.º 35/2001 no momento das deliberações sobre os pedidos de licença. Outrossim, como isso infelizmente não estava mais sendo possível, poderia ter sido implementada regra semelhante àquela adotada anteriormente para as medidas provisórias, qual seja, a fixação de prazo para deliberação com a inclusão na Ordem do Dia e o trancamento da pauta da casa até que fosse apreciado o pedido de licença. (HORTA, 2003, p. 614)

Analisando as mudanças introduzidas pela Emenda Constitucional n.º 35/2001, Horta (2003, p. 614) sugere a adoção do sistema da licença tácita, semelhante aquele previsto na Constituição de 1967 e na emenda constitucional n.º 1 de 1969. Defende seu ponto de vista com os seguintes argumentos:

A alteração mais profunda da Emenda deu-se no domínio da improcessabilidade, para dispensar a licença da respectiva Câmara, refletindo correção do comportamento omissivo, objetivo que também poderia ser atendido no procedimento da inclusão automática do pedido de licença na Ordem do Dia, dando-se por concedida a licença, se a respectiva Casa não deliberasse, dentro do prazo fixado.

Em outra passagem, Horta (2003, p. 616) critica a solução adotada, ponderando que “preferiu-se, em razão da avaliação negativa do comportamento parlamentar, em casos concretos, sacrificar a proteção do mandato legislativo no tempo, rompendo com a adoção da dupla imunidade no Direito Constitucional Brasileiro”, que tem sua nascente na Constituição do Império de 1824, abrangendo a inviolabilidade e improcessabilidade.

Assim sendo, entende-se que a referida emenda é desnecessária, visto que um maior comprometimento ético dos parlamentares na vigência da redação original da Carta Política era suficiente para que o instituto em análise cumprisse seu fim constitucional.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As imunidades parlamentares representam elemento preponderante para a independência do Poder Legislativo. São prerrogativas, em face do direito comum, outorgados pela Constituição aos membros do Congresso, para que estes possam ter um bom desempenho das suas funções; não podendo, por isso, serem consideradas privilégios daqueles.

Enquanto os demais poderes possuem garantias institucionais que possibilitam aos seus membros o fiel desempenho de suas atribuições, sem interferências indevidas; o Poder Legislativo é contemplado com a proteção dos seus membros, eleitos pelo povo, para mandatos de representação política nacional, através das imunidades contra eventuais ações dos membros dos demais poderes, que lhes possam prejudicar ou impedir o bom exercício das atribuições parlamentares. A Imunidade Parlamentar caminha nessa direção, ao procurar assegurar ao parlamentar, representante do povo e da nação, segurança e tranqüilidade para o cumprimento do seu mister.

Como foi visto, imunidades parlamentares se subdividem em duas espécies: a relativa ou processual (imunidade formal), e a absoluta (imunidade material). A primeira é denominada normalmente de imunidade parlamentar, em sentido lato; a segunda é também denominada inviolabilidade dos atos parlamentares ou indenidade parlamentar.

A imunidade parlamentar formal, objeto de pesquisa da presente monografia, decorre de uma prerrogativa, conferida ao detentor de mandato eletivo do Poder Legislativo, que isenta o seu titular de responder pela prática de quaisquer de seus atos, concernindo em assegurar liberdade "total" às ações realizadas.

O presente trabalho teve como escopo a análise da imunidade parlamentar formal à luz da Emenda Constitucional nº35/2001, tendo em vista que essa Emenda modificou profundamente esse instituto, se tornando passível de várias críticas e divergências; uma vez que, a referida emenda violou a independência e harmonia entre os Poderes, deixando o Poder Legislativo vulnerável, fator pelo qual sua constitucionalidade é, no mínimo, duvidosa.

Além disso, o trabalho, além de analisar a constitucionalidade dessa emenda,

também abordou a sua desnecessidade, uma vez que o objetivo almejado com a sua edição poderia ser alcançado na vigência da redação original da Constituição Federal com, apenas, um maior comprometimento ético dos parlamentares.

Como foi abordado, a intenção do poder reformador, com a produção da emenda constitucional nº 35/2001, foi clara: alterar o instituto da imunidade parlamentar formal para, restringindo os seus efeitos, evitar que a necessidade de licença prévia da Casa Legislativa para o Supremo Tribunal Federal poder processar e julgar parlamentares continuasse servindo como instrumento de proteção de alguns parlamentares contra as devidas e necessárias investigações de crimes comuns por eles praticados.

Por isso, inverteu-se a regra. Se, na redação original da Constituição, o Parlamento detinha a palavra primeira e última sobre o destino do parlamentar denunciado criminalmente no STF, e o processo somente poderia prosseguir em caso de licença prévia, agora, com a emenda constitucional nº 35, o Parlamento somente possui a palavra final quando ao assunto, eis que não mais se exige a prévia licença para instauração e prosseguimento do processo.

Ou seja, em caso de denúncia de parlamentar, por crime comum, no Supremo Tribunal Federal, este não mais precisará solicitar da respectiva Casa Legislativa autorização para o prosseguimento do feito. O STF dará seguimento normal ao processo criminal, apenas comunicando à Casa Legislativa que, por iniciativa de partido político nela representado, e pelo voto da maioria absoluta, poderá sustar o andamento da ação.

Nesse sentido, cabe dizer que a possibilidade de sustação, pelo Parlamento, do andamento do processo criminal contra parlamentar no STF, somente se aplica, segundo a nova redação constitucional, aos crimes praticados após a diplomação.

Assim, o pouco que resta da imunidade formal parlamentar somente se refere aos crimes comuns supostamente praticados pelos parlamentares após o momento da diplomação pela Justiça Eleitoral, ficando o mesmo completamente à mercê do Poder Judiciário em caso de acusação por crime comum cometido antes da diplomação.

Apesar de aprovada com consenso raro na história nacional, e com o respaldo aparente da sociedade, a limitação da imunidade parlamentar produzida pela emenda constitucional nº 35/2001 fere princípios fundamentais da Constituição, tais como o do Estado Democrático de Direito, da soberania popular e da separação

de poderes, merecendo a devida reprimenda através dos mecanismos do controle de constitucionalidade.

A imunidade parlamentar, mesmo formal, representa garantia inafastável do exercício independente da função parlamentar e, conseqüentemente, da soberania popular. Restringi-la significa tornar vulnerável o exercício da função parlamentar, e, portanto, vulnerabilizar a própria soberania popular.

É de se espantar que os setores políticos minoritários, geralmente os mais afetados pelos abusos de poder, não tenham esboçado reação contra tamanha ofensa ao regime democrático e, pior, tenham aderido acriticamente ao discurso oficial. Poderão ser os primeiros a sentir na pele os efeitos de seus equívocos de avaliação.

É o momento de reconhecer a inovação da linha de pensamento aqui adotada. Mas a idéia é exatamente provocar o debate, tendo como norte a preocupação com aquilo que deve ser considerado como um direito fundamental de quarta geração: a democracia.

REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil**: Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com alterações adotadas pelas emendas constitucionais 1/92 a 53/2006 e pelas emendas constitucionais de revisão 1 a 6/94. Brasília: Senado Federal, subsecretaria de edições técnicas, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Ciência política**. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente e COSTA JR, Paulo José da. **Direito Penal na Constituição**. 3. ed. São Paulo: RT, 1995.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. **As imunidades parlamentares**. ago. 2002. Disponível em: <http://www.damasio.com.br/novo/html/artigos/art_123.htm>. Acesso em 10 abril. 2009.

FALCÃO, Alcindo Pinto. **Comentários à Constituição**. v.2. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1989.v.7

GOMES, Luiz Flávio. **Juizados criminais federais, seus reflexos nos juizados estaduais e outros estudos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

HORTA, Raul Machado. **Estudos de direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

_____. **Direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual.. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**: Parte geral. rev. e atual.. São Paulo: Saraiva, 2009. v.1.

_____. **Sustação de processo criminal contra parlamentar**. Emenda Constitucional nº 35. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2816>. Acesso em: 17 mai. 2009.

MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à Constituição Brasileira de 1946**. vol. 2. São Paulo: Atlas, 2000.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

MONTEIRO, Mauricio Gentil. **A limitação da imunidade parlamentar**:

Apontamentos sobre a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 35/2001, Aracaju, [2002?]. Disponível em: <<http://intermega.globo.com/bjuris/imunidade>

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 16. ed.. São Paulo: Atlas, 2004.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Revista Jurídica Consulex. Imunidades Parlamentares. Brasília**: Ano XI, n. 246, abr. 2007

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional** 19 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.