

A Imunidade Formal em relação ao Processo após a Emenda Constitucional 35/2001: Uma breve análise dogmática e jurisprudencial.

Bernardo Gonçalves Fernandes¹

O objetivo desse texto é apresentar de forma dogmática e jurisprudencial o instituto da imunidade formal em relação ao processo, presente em nossa atual Constituição.

Primeiramente, o que podemos entender por imunidade formal em relação ao processo? Esta, hodiernamente, se traduz na mera possibilidade de sustação de ação penal contra Deputado ou Senador por crimes praticados pelos mesmos após a diplomação.

Aqui, é interessante trazermos à baila, as modificações advindas da Emenda nº 35/01 em relação ao texto original da Constituição de 1988, sobre o tema imunidade formal em relação ao processo. Conforme podemos observar, essa imunidade, foi extremamente modificada pelo constituinte reformador em dezembro de 2001. Portanto, antes da Emenda Constitucional nº 35/2001, para processar penalmente um Deputado ou Senador, o STF tinha que pedir autorização da respectiva Casa. Agora não há mais a necessidade de tal autorização. Assim sendo, o procedimento passou a ser o seguinte:

Em regra, finalizada a fase de persecução penal (pré-processual) contra um Deputado ou Senador, o relator abrirá vista no caso de uma ação penal pública ao Procurador-Geral da República, que terá 05 (cinco) dias, estando o Deputado ou Senador preso, ou 15 (quinze) dias, estando o Deputado ou Senador solto, para oferecer a denúncia. Já no caso de ação penal privada será aguardado pelo relator que o ofendido ou quem de direito pelo mesmo ofereça a queixa-crime. O STF poderá receber a denúncia ou a queixa-crime sem a necessidade de autorização da respectiva Casa. Assim sendo, recebida a denúncia ou a queixa-crime, o STF (apenas) comunicará à Casa respectiva que está iniciando a ação penal.

¹ Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela UFMG. Professor Adjunto de Teoria da Constituição e Direito Constitucional da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor Adjunto de Direito Penal, Teoria da Constituição e Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MINAS).

Assim sendo, um partido político da respectiva Casa, por vontade própria deverá provocar a Mesa da Casa² para que haja uma apreciação sobre a sustação da ação penal que está tramitando no STF. A Mesa da Casa terá 45 (quarenta e cinco) dias, improrrogáveis, para colocar o pedido de sustação em votação, que será aberta, ostensiva e nominal. O quórum necessário para a sustação da ação será o de maioria absoluta e uma vez alcançado e suspendida a ação penal, será também suspensa a prescrição.

Sem dúvida, devido à importância do tema, algumas observações merecem nossa atenção. Sendo elas:

A) O STF, em 2007, anulou o indiciamento realizado pela Polícia Federal contra o Senador Aloísio Mercadante, alegando que a PF não pode indiciar ofício deputados e senadores, pois os mesmos têm foro por prerrogativa de função no STF. Nesse sentido, entende o STF que qualquer indiciamento de deputados e senadores deve ter autorização do STF.³

² Certo é que a Mesa **não** pode **agir de ofício** devendo aguardar a provocação de partido político com representação na Casa.

³ Conforme a **Pet nº 3.825 QO/MT** julgada em **10.10.2007**: “[...] O voto do Ministro Gilmar Mendes, por sua vez, abriu divergência do Relator para apreciar se caberia, ou não, à autoridade policial investigar e indiciar autoridade dotada de predicamento de foro perante o STF. Considerações doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema da instauração de inquéritos em geral e dos inquéritos originários de competência do STF: i) a jurisprudência do STF é pacífica no sentido de que, nos inquéritos policiais em geral, não cabe a juiz ou a Tribunal investigar, de ofício, o titular de prerrogativa de foro; ii) qualquer pessoa que, na condição exclusiva de cidadão, apresente “notitia criminis”, diretamente a este Tribunal é parte manifestamente ilegítima para a formulação de pedido de recebimento de denúncia para a apuração de crimes de ação penal pública incondicionada. Precedentes: INQ nº 149/DF, Rel. Min. Rafael Mayer, Pleno, DJ 27.10.1983; INQ (AgR) nº 1.793/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, Pleno, maioria, DJ 14.6.2002; PET - AgR - ED nº 1.104/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, Pleno, DJ 23.5.2003; PET nº 1.954/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, Pleno, maioria, DJ 1º.8.2003; PET (AgR) nº 2.805/DF, Rel. Min. Nelson Jobim, Pleno, maioria, DJ 27.2.2004; PET nº 3.248/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, decisão monocrática, DJ 23.11.2004; INQ nº 2.285/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, DJ 13.3.2006 e PET (AgR) nº 2.998/MG, 2ª Turma, unânime, DJ 6.11.2006; iii) diferenças entre a regra geral, o inquérito policial disciplinado no Código de Processo Penal e o inquérito originário de competência do STF regido pelo art. 102, I, b, da CR e pelo RI/STF. A prerrogativa de foro é uma garantia voltada não exatamente para os interesses dos titulares de cargos relevantes, mas, sobretudo, para a própria regularidade das instituições em razão das atividades funcionais por eles desempenhadas. Se a Constituição estabelece que os agentes políticos respondem, por crime comum, perante o STF (CR, art. 102, I, b), não há razão constitucional plausível para que as atividades diretamente relacionadas à supervisão judicial (abertura de procedimento investigatório) sejam retiradas do controle judicial do STF. A iniciativa do procedimento investigatório deve ser confiada ao MPF contando com a supervisão do Ministro-Relator do STF. 10. A Polícia Federal não está autorizada a abrir de ofício inquérito policial para apurar a conduta de parlamentares federais ou do próprio Presidente da República (no caso do STF). No exercício de competência penal originária do STF (CR, art. 102, I, “b” c/c Lei nº 8.038/1990, art. 2º e RI/STF, arts. 230 a 234), a atividade de supervisão judicial deve ser constitucionalmente desempenhada durante toda a tramitação das investigações desde a abertura dos procedimentos investigatórios até o eventual oferecimento, ou não, de denúncia pelo *dominus litis*. 11. Segunda Questão de Ordem resolvida no sentido de anular o ato formal de indiciamento promovido pela autoridade policial em face do parlamentar investigado. 12. Remessa ao Juízo da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Mato Grosso para a regular tramitação do feito. Rel. Para Acórdão: Min. Gilmar Mendes. *DJ*: 04.04.2008.

B) Só ocorrerá a imunidade formal em relação processo para crimes praticados após a diplomação (é na diplomação que se forma o vínculo jurídico entre representantes e representados; eleitores e eleitos. Essa indica formalmente que houve uma eleição válida e que aquele indivíduo alcançou votos suficientes para ter direito ao mandato).

Porém, se o Deputado ou Senador praticou crime antes da diplomação o mesmo não terá imunidade formal em relação ao processo. Nesses termos, apenas ocorrerá o deslocamento da competência para o STF. É mister salientar, que o STF aproveita os atos processuais já praticados. Aqui, é interessante notar que com a prática do crime antes da diplomação o parlamentar não terá imunidade formal em relação ao processo, porém terá imunidade formal em relação à prisão (essa independe do momento da prática do crime, visto que com a diplomação o parlamentar já não poderá, em **regra**, ser preso).

C) Hipótese de concurso de pessoas. Ou seja, se deputado ou senador pratica crime, após a diplomação em concurso com outras pessoas (com outros corréus não parlamentares). Temos aí algumas situações:

1) Se ocorre a sustação da ação penal contra o parlamentar, ocorrerá também a suspensão da ação penal para os corréus? Não, porque eles não têm imunidade que é inerente ao mandato parlamentar. Nesse sentido, os corréus serão processados na instância originária da prática do delito (*deslocamento de competência*). Ou seja, estaremos diante da figura do desmembramento processual.

2) Não ocorre a sustação da ação penal para o parlamentar. Nesse caso, o foro por prerrogativa de função do Deputado ou Senador será o STF (arts. 53, § 1º e 102, I, “b”). É os corréus serão processados e julgados no STF ou na instância originária (competente originariamente)? Pergunta-se: haverá desmembramento processual? Aqui **depende do caso concreto e de seu contexto** para que seja exarado o posicionamento do STF.

Nesse sentido, o STF vem decidindo com base no fundamento da conveniência da instrução processual. Assim para que não hajam dúvidas, visto que a doutrina vem recorrentemente se equivocando com o posicionamento do STF, temos que: 1º) No caso do mensalão, o STF definiu que os 40 indiciados pela prática de uma série de crimes

seriam todos processados pelo STF.⁴ Nesses termos, o STF já decidiu pelo não desmembramento. Além da conveniência da instrução processual, bem como do contexto no qual um determinado caso está inserido, um fundamento para tal postura, pode ser manejado com base na **Súmula nº 704 do STF** que preleciona que: “*não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do corréu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados*”. B) Porém, em março⁵, agosto⁶ e outubro de 2008⁷, o STF adotou

⁴ No julgamento do Inquérito do mensalão nº 2.245, em 06.12.2006, os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiram manter na Corte as investigações contra os 40 denunciados no processo. A decisão, por maioria dos votos, foi tomada na apreciação de questão de ordem pelo Plenário. No dia 9 de novembro de 2007, o Plenário havia decidido desmembrar o inquérito entre os denunciados que possuíam foro privilegiado e seus co-autores, e outros, que não possuem tal prerrogativa e que não cometeram crimes em co-autoria com quem tem privilégio, nos termos de uma proposta apresentada pelo ministro Sepúlveda Pertence. A sessão plenária foi suspensa, na ocasião, para que o ministro Joaquim Barbosa, relator do inquérito, trouxesse posteriormente uma listagem enumerando em quais casos o inquérito seria desmembrado. No dia 06.12 o Ministro Joaquim Barbosa chegou a apresentar sua proposta, mas alertou para o fato de que o voto condutor de Sepúlveda Pertence iria manter praticamente todos os denunciados sob investigação no STF. No *iter* da sessão o ministro Cezar Peluso propôs, então, que fosse reconsiderada a decisão anterior do desmembramento, votando pela manutenção de todo o inquérito no Supremo, na linha da proposta inicial do Procurador-Geral da República (PGR). A maioria adotou a solução proposta pelo ministro Cezar Peluso para, revisando deliberação anterior do Plenário, manter íntegro o inquérito no STF. Ficaram vencidos na votação os ministros Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio. No mesmo sentido foi a decisão de **28.07.2007**: [...] EMENTA: PRIMEIRA PRELIMINAR. INCOMPETÊNCIA. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. DESMEMBRAMENTO INDEFERIDO PELO PLENO. PRECLUSÃO. Rejeitada a preliminar de incompetência do STF para julgar a acusação formulada contra os 34 (trinta e quatro) acusados que não gozam de prerrogativa de foro. Matéria preclusa, tendo em vista que na sessão plenária realizada no dia 06/12/06 decidiu-se, por votação majoritária, pela necessidade de manter-se um processo único, a tramitar perante o Supremo Tribunal Federal. [...] Rel. Min. Joaquim Barbosa.

⁵ Conforme o **Inq. nº 2.597 ED Agr** julgado em **13.03.2008**: “[...] Pertinente o desmembramento do processo quando conveniente à instrução penal, na forma de inúmeros precedentes da Suprema Corte. 4. Agravo regimental desprovido.” Rel. Min. Menezes Direito. DJ 25.04.2008.

⁶ Nos termos do HC nº 89.056 decidido pela 1ª Turma em 12.08.2008. No caso: por unanimidade, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) concedeu a ordem a fim de desmembrar inquérito em trâmite no Superior Tribunal de Justiça (STJ). O habeas corpus para determinar o desmembramento do inquérito em curso no STJ, permanecendo naquele tribunal apenas os autos relativos ao conselheiro do Tribunal de Contas do estado do Mato Grosso, que detém a prerrogativa de foro e sendo encaminhado a 1ª instância os autos relativos a co-réu que não detinha prerrogativa de foro. Conforme a Ementa: **COMPETÊNCIA - PRERROGATIVA DE FORO - NATUREZA DA DISCIPLINA**. A competência por prerrogativa de foro é de Direito estrito, não se podendo, considerada conexão ou continência, estendê-la a ponto de alcançar inquérito ou ação penal relativos a cidadão comum.

a tese do desmembramento processual com base na conveniência da instrução processual. Em agosto de 2009, o STF também decidiu nesse sentido, nos termos do **Informativo nº 556** do STF.⁸

Aqui, temos 2 (duas) posições: alguns defenderão que deveria haver o processamento sempre no STF (corréus com parlamentar com foro por prerrogativa de função) para evitar decisões conflitantes e contraditórias. Por outro lado, há a tese defendida pelo Min. Marco Aurélio ao fundamento de que contra conflitos e contradições há a figura do recurso. Pois, não podemos permitir que, via de regra, indivíduos que não tenham foro por prerrogativa sejam julgados no mesmo Tribunal daqueles que o detém. Aqui, não há tese vencedora. STF vem adotando as 2 teses, mediante análise da conveniência da instrução processual.

⁷ Em decisão de **02.10.2008**, o STF decidiu em favor de desmembramento de Ação penal no qual está como co-réu um Senador e outros que não detêm a prerrogativa de foro. Nesses termos, a decisão da **AP (Agr) nº 493: DIREITO PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO DE DESMEMBRAMENTO DO PROCESSO. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. ART. 80, CPP. IMPROVIMENTO. 1.** Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão monocrática que determinou a separação do processo relativamente aos demais acusados, mantendo apenas em relação ao parlamentar que tem prerrogativa de foro. 2. O art. 129, I, da Constituição da República, atribui ao Ministério Público, com exclusividade, a função de promover a ação penal pública (incondicionada ou condicionada à representação ou requisição) e, para tanto, é necessária a formação da *opinio delicti*. Como já pontuou o Min. Celso de Mello, “a formação da ‘*opinio delicti*’ compete, exclusivamente, ao Ministério Público, em cujas funções institucionais se insere, por consciente opção do legislador constituinte, o próprio monopólio da ação penal pública (CR, art. 129, I). Dessa posição de autonomia jurídica do Ministério Público, resulta a possibilidade, plena, de, até mesmo, não oferecer a própria denúncia” (HC nº 68.242/DF, 1ª Turma, DJ 15.03.1991). Apenas o órgão de atuação do Ministério Público detém a *opinio delicti* a partir da qual é possível, ou não, instrumentalizar a persecução criminal (Inq-QO 2.341/MT, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, DJ 17.08.2007). 3. Esta Corte vem se orientando no sentido de admitir a separação do processo com base na conveniência da instrução e na racionalização dos trabalhos (AP-AgR 336, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 10.12.2004; AP 351, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 17.09.2004). 4. No caso em questão, a razoável duração do processo (CR, art. 5º, LXXVIII) não vinha sendo atendida, sendo que as condutas dos 8 (oito) acusados foram especificadas na narração contida na denúncia. 5. Relativamente à imputação sobre possível crime de quadrilha, esta Corte já decidiu que há “a possibilidade de separação dos processos quando conveniente à instrução penal, [...] também em relação aos crimes de quadrilha ou bando (art. 288, do Código Penal)” (AP-AgR nº 336/TO, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 10.12.2004). 6. Agravo regimental improvido. Rel. Min. Ellen Gracie. *DJ*: 07.11.2008.

⁸ Nesses termos, temos o **Inq nº 2.718** julgado em **20.08.2009**: O Tribunal decidiu, por maioria, pelo desmembramento de inquérito, e determinou fosse comunicada à Presidência a necessidade de que, em todos os processos sigilosos, sejam extraídas cópias para os Ministros para efeito de julgamento. Na espécie, trata-se de inquérito, que tramita sob o regime de sigilo, instaurado com a finalidade de apurar os crimes previstos no art. 299 do Código Eleitoral, no art. 1º da Lei 9.613/98 (lavagem de dinheiro), e no art. 288 do Código Penal (quadrilha ou bando), diante de indícios que apontam para a compra de apoio eleitoral. No curso das investigações, mediante interceptações telefônicas, foram incluídos Governador e Senador da República, motivo que ensejara a tramitação do feito perante o Supremo. Em questão de ordem, o Governador investigado aventava a necessidade de se ter prévia autorização da Assembléia Legislativa estadual para que pudesse ser processado judicialmente. Decidiu-se pelo desdobração do processo, determinando-se remessa de cópia ao Superior Tribunal de Justiça para conhecimento da denúncia contra o Governador de Estado, considerando-se, em consequência, prejudicada a questão de ordem suscitada. Rel. Min. Ricardo Lewandowsky, **Informativo nº 556 do STF**.

D) Se um Deputado ou Senador pratica crime no exercício da função, no *iter* do mandato. Pergunta-se: após o fim do mandato, continuará o mesmo sendo processado e julgado no STF? Sem dúvida, findo o mandato haverá o deslocamento para a instância originária da prática do delito com o aproveitamento dos atos até então realizados. Isso porque a Súmula nº 394 do STF foi cancelada em 1999. Mas, aqui, ainda uma *Digressão*: em 2002, e diga-se, de passagem em 24.12.2002, foi promulgada e publicada a Lei Ordinária nº 10.628/02, modificando o art. 84 CPP (Código de Processo Penal) instituindo o foro por prerrogativa mesmo após o fim do mandato, como que uma espécie de retorno do verbete da *Súmula* nº 394. Essa lei foi atacada pela ADI nº 2.797 (entre outras). Em 2005, o STF por 7x3 declarou a inconstitucionalidade da Lei nº 10.628/02. Portanto, após o fim do mandato, a ação é deslocada para a instância competente para o julgamento, aproveitando-se os atos processuais.

E) Mas, aqui, devemos analisar o seguinte caso, enfrentado pelo STF: “Caso Cunha Lima”. O então Deputado Federal Cunha Lima foi acusado de mandar matar o governador do Estado da Paraíba. Ocorre que 5 dias antes do julgamento (do crime de tentativa de homicídio) em dezembro de 2007 o parlamentar renunciou ao cargo de Deputado e os advogados requereram deslocamento do processo para a instância originária (no caso o Tribunal do Júri) ao argumento de que seria povo do Paraíba que deveria julgá-lo (o mesmo povo que o elegera). O Ministro Joaquim Barbosa ficou nitidamente indignado e levantou a tese do “**abuso de direito**” advogando que não deveria haver o deslocamento processual para o Estado da Paraíba. O Ministro questionou do seguinte modo a situação: o parlamentar ficou praticamente 4 anos sendo processado no STF e nada questionou e 5 dias antes do julgamento pede deslocamento? Para o eminente Ministro seria um abuso com vistas a subverter a lógica da CR/88. Alguns ministros do STF adotaram a tese do Ministro Joaquim Barbosa. Porém, quando o julgamento estava 4 a 4 os Ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello e Marco Aurélio consolidaram o entendimento (finalizando 7x4) de que deputado tem direito de renunciar e com isso ele não está mais no cargo e gostando ou não da situação a competência deveria ser deslocada. Assim sendo, é prerrogativa parlamentar renunciar ao cargo e com o **cancelamento** da Súmula nº 394 a competência tem que ser deslocada.

F) Porém, uma outra situação ocorreu final do ano de 2008, e merece toda nossa atenção. A mesma se encontra no **Informativo nº 525 do STF**. O caso é de um Deputado Federal militar da reserva ao qual lhe foi imputado a suposta prática do *crime*

de publicação ou crítica indevida, previsto no art. 166 do CPM (Código Penal Militar). O problema é que o julgamento se iniciou e foi suspenso por motivo de vista de um dos Ministros do STF. Ocorre que no final do ano de 2008, o julgamento foi reiniciado, porém, o parlamentar não foi reeleito no pleito de 2006, e, com isso, surgiu a questão: poderia o STF continuar a processar e julgar o agora ex-parlamentar? Ou teria (com base no cancelamento da Súmula nº 394) que haver o deslocamento para a instância competente para julgá-lo, visto que agora ele não é mais um parlamentar e, portanto, não estaria mais enquadrado nos art. 53 § 1º e art. 102, I, “b” da CR/88? O Pretório Excelso, por votação majoritária, deliberou prosseguir com o julgamento. Entendeu o STF, que a circunstância de, após iniciado o julgamento, ter-se alterado um estado de fato que implicaria a modificação da competência não atingiria o **juízo**, por ser ele ato unitário que se desdobra fisicamente.⁹ Aqui uma advertência, pois a situação descrita na observação **F** é diferente da trabalhada na observação **E**, na medida em que no caso em questão o julgamento já tinha se iniciado (**F**). Já no caso Cunha Lima (**E**), o julgamento não tinha ainda iniciado, e o STF determinou o deslocamento em virtude da renúncia.

A conclusão é que, com o advento da Emenda Constitucional nº 35/01, novos ares formam desenvolvidos e efetivados no instituto da imunidade formal em relação ao processo. Um bom exemplo desse movimento, são as posições assumidas pelo Pretório Excelso sobre o tema, ora trazidas à lume.

Bibliografia

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

⁹ Em consonância com o **Informativo nº 525** do STF temos que: O Tribunal concluiu julgamento de inquérito no qual se imputava a Deputado Federal, militar da reserva remunerada, a suposta prática do crime de publicação ou crítica indevida, previsto no art. 166 do Código Penal Militar - CPM, em razão de ter publicado, em seu jornal, matéria crítica a ato de comandante de batalhão da polícia militar - v. Informativo 425. Preliminarmente, considerando o fato de já terem sido proferidos quatro votos no sentido do arquivamento, o Tribunal, por votação majoritária, deliberou prosseguir com o julgamento, não obstante o indiciado, antes da retomada deste, suspenso com pedido de vista, tivesse cumprido seu mandato, não sendo reeleito. Entendeu-se que a circunstância de, após iniciado o julgamento, ter-se alterado um estado de fato que implicaria a modificação da competência não atingiria o julgamento, por ser ele ato unitário que se desdobra fisicamente. Vencidos, no ponto, os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, que reputavam cessada a competência da Corte, em razão de ter o detentor da prerrogativa de foro deixado o cargo que a motivou, não influenciando o fato de o julgamento já ter iniciado. Precedentes citados: Inq 2277/DF (DJU de 29.9.2006) e AP 333/PB (DJE de 11.4.2008). Inq 2295/MG, rel. orig. Min. Sepúlveda Pertence, rel.p/ o acórdão Min. Menezes Direito, 23.10.2008. (INQ-2295).

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro. 2ª Ed: Lumens Júris, 2010.

MENDES, COELHO, e GONET BRANCO, *Curso de Direito Constitucional*, 3º Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

Informativos do STF e Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.