

EXCELENTÍSSIMO MINISTRO MARCO AURÉLIO, D.D. RELATOR DA AÇÃO CAUTELAR Nº 4.327.

AÉCIO NEVES DA CUNHA, por seus advogados, nos autos em epígrafe, vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, em razão da juntada de documento novo pelo il. PGR – *post do facebook* – como reforço para o pedido de prisão do peticionário, bem como em razão dos argumentos trazidos no julgamento da Questão de Ordem envolvendo ANDREA NEVES na última sessão dessa col. Turma, expor e requerer o que segue.

As questões postas no AgRg do il. PGR podem ser divididas em dois aspectos:

- i. Pressupostos fáticos indicativos da necessidade da prisão preventiva e
- ii. Aspectos normativos da interpretação proposta ao art. 53, §2º da Constituição Federal (imunidade formal).

Eminente Ministro,

A. Fatos e prisão preventiva.

No que que diz com os pressupostos fáticos para a prisão, pesa dizer, mas no julgamento da Questão de Ordem formulada pela irmã do Agravado, ANDREA NEVES, tomaram-se como verdadeiros fatos que ainda devem ser provados!

Esta eg. Corte, por suas duas Turmas, consolidou o entendimento segundo o qual *“ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista a esse respeito decisão judicial condenatória transitada em julgado”* (HC n. 79.812, rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ 16/02/2001) ou de que *“Os elementos próprios à tipologia **bem como** as circunstâncias da prática delituosa **não são suficientes** a respaldar a prisão preventiva, **sob pena** de, em última análise, **antecipar-se** o cumprimento de pena ainda não imposta”* (HC 83.943/MG, rel. Min. MARCO AURÉLIO DJ17/9/2004).

Mesmo que se queira desprezar a jurisprudência firmada, **os fatos** apontados para se impor a preventiva do Agravado **não são idôneos**. Sumariamente:

1. Alegação de suposto recebimento de R\$ 60.000.000,00 em contrapartida *“à liberação de créditos de 12,6 milhões de ICMS da JBS Couros e dos créditos de 11,5 milhões de ICMS da empresa Da Graça, adquirida na compra da SEARA”*.

FATOS:

- Recebimento de R\$ 60.000.000,00 deu-se de forma absolutamente **lícita e transparente**. Tudo está declarado e disponível para consulta no site do TSE: <http://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-anteriores/eleicoes-2014/prestacao-de-contas-eleicoes-2014/coligacao-muda-brasil-aecio>
- O próprio delator RICARDO SAUD, nas declarações que prestou perante o MPF, narrou que o Senador AÉCIO *“nunca fez nada por nós na verdade”* e confessou que as doações se deram por motivos lícitos *“porque doar para o Aécio também né? É porque o seguinte: **nós estamos trabalhando com o***

PT já há muito tempo e estamos vendo cada vez mais para onde estava indo o país, cobrando propina de Deus e o mundo, todo mundo, vendo essa coisa e tal, desastres todos, indústrias que estavam acontecendo aí, empresarial e tudo né? Nós estávamos vendo, não tínhamos dúvida que isso não iria acabar bem. Como não está acabando bem pro país. Pros meus filhos, pros meus netos, pro meu pessoal, nós todos, né. Então nós fizemos uma reunião lá entre nós do conselho político e achamos que nós podíamos ajudar o Aécio (...) o Aécio teve uma conversa com o Joesley e falou: “Joesley, entra nesse projeto comigo, pô, nós precisamos mudar o país”.

- Não há nenhuma prova da suposta contrapartida sustentada pelo MPF (liberação de ICMS no valor total de R\$ 24,1 milhões), pelo contrário, **essa liberação nunca ocorreu.**
 - Além disso, é economicamente sem sentido a transação que os delatores relatam: Pagaram R\$ 60 milhões de propina para obterem um benefício de R\$ 24 milhões. A aventada contrapartida não tem a menor lógica e nem consistência.
2. Alegação do MPF que “em 2016, houve nova solicitação de pagamento por parte do Senador Aécio Neves; entretanto, dessa vez, não houve novos pagamentos por parte da empresa”.

FATOS:

- Mais uma vez não é apresentada **nenhuma prova**. Só as palavras de delatores em busca de um fantástico acordo. Nunca houve esse pedido.
3. Alegação do PGR de que o Senador AÉCIO NEVES teria solicitado a JOESLEY BATISTA, por meio de sua irmã ANDREA NEVES, o pagamento de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais), “a título de propina”, o que estaria comprovado pelas gravações entregues pelo delator.

FATOS:

- Convenientemente, não há gravação da conversa de ANDREA NEVES com o Sr. JOESLEY, apesar de essa ter sido a oportunidade na qual, segundo os “colaboradores”, teria surgido o pedido de vantagem indevida.
- As gravações entregues por JOESLEY comprovam que ANDREA **não pediu** propina ao delator, mas procurou JOESLEY para tentar **vender um imóvel** de altíssimo padrão da família, a fim de obter os recursos necessários para fazer frente aos custos com sua Defesa. Conforme se depreende do trecho final da conversa gravada entre o Senador AÉCIO NEVES e o delator JOESLEY BATISTA, o Senador diz: “o que é o negócio da minha irmã, o negócio é o seguinte: a minha mãe tem um apartamento no Rio de Janeiro, que vale isto (R\$ 40 milhões), que é um puta valor, que é do ex-marido dela....”.
- **Partiu do delator, com o nítido propósito de obter as melhores vantagens de um acordo com o MPF**, oferecer um empréstimo em espécie ao Senador do valor estimado com a Defesa, a fim de conduzir a conversa para produzir as provas (ao menos aparência de provas) aptas a alcançar as inexplicáveis benesses que conseguiu.
- A conversa gravada pelo delator não tem qualquer conotação política, ou vinculação com interesses públicos. Trata-se de uma conversa privada, acerca de um negócio lícito privado, entre pessoas que eram, até então, amigos.

Não há qualquer pedido de propina por parte do Senador AÉCIO NEVES. Relembre-se que o contato travado com o Sr. JOESLEY (o que é reconhecido por ele inclusive) deu-se para tratar da venda de um apartamento.

4. O il. Min. ROBERTO BARROSO, ao analisar questão de ordem envolvendo a prisão da irmã do Senador AÉCIO, asseverou, em mais de uma

oportunidade, que a “*monitoração de escuta telefônica (esses os fundamentos utilizados pelo ministro Luiz Edson Fachin no decreto de prisão preventiva) do senador Aécio Neves e Joesley Batista que confirma o fato de que Andrea Neves pediu dinheiro a Joesley para o irmão*”. Também disse que “*os diálogos transcritos demonstram que Andrea pediu os dois milhões para o irmão e ouviu de Joesley Batista que aquela operação daria errado caso não mascarassem o recebimento do dinheiro como fizeram na campanha de 2014*. Tudo a revelar a **habitualidade** que a ora requerente operava.

- Os argumentos estão, *data venia*, completamente **errados**. Não há ligação de telefone nenhuma entre ANDREA e JOESLEY e entre JOESLEY e o Senador AÉCIO. NENHUMA. O que há são, apenas, os depoimentos dos delatores a asseverar que ANDREA pediu dinheiro a JOESLEY e que haveria necessidade de mascarar. Somente a palavra dos delatores, insista-se.
- Ora, não é preciso muito atilamento intelectual para se dizer que ardilosamente JOESLEY refere um mascaramento do dinheiro de 2014, coisa que, todavia, deve, ainda, ser provada. É que, como demonstrado, o dinheiro dado em 2014 foi devidamente contabilizado e declarado no processo de prestação de contas da campanha. Assim, **não se pode tomar como verdadeiro, certo e acabado, o que carece de comprovação!**

5. Apartamento da mãe de AÉCIO e a indicação de ADEMIR BENDINE para a Vale

- A gravação feita por JOESLEY revela que foi ele (delator) que iniciou uma conversa completamente sem sentido de que os R\$ 40 milhões poderiam ser obtidos por meio da indicação de ADEMIR BENDINE para a presidência da VALE. O Senador AÉCIO NEVES refutou tanto a indicação pretendida, como a contrapartida **sugerida pelo**

delator, explicando que os R\$ 40 milhões se referiam à venda do apartamento da sua mãe — *“O que é o negócio da minha irmã, o negócio é o seguinte. A minha mãe tem um apartamento no Rio de Janeiro, que vale isso, que é um puta valor que é do ex-marido dela. Nós tamos fudido, irmão. E que vale o aluguel de 50 pratas também por mês, na cobertura do prédio, com piscina, o caralho (...)”*.

- Quanto a esse ponto, é completamente **errada**, *data venia*, a afirmação do em. Min. BARROSO ao analisar a Questão de Ordem envolvendo a prisão de Andrea, no sentido de que o Senador AÉCIO teria “oferecido em troca” uma diretoria da VALE a JOESLEY. Basta ouvir o áudio para ver que parte do delator o pedido e que ele é **negado** por AÉCIO.

Suposta lavagem de dinheiro

1. Sustenta o il. PGR que *“evidências demonstram que há fortes indícios de que a empresa ENM AUDITORIA E CONSULTORIA e a empresa TAPERA PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS AGROPECUÁRIOS LTDA. fazem parte do esquema para lavar recursos recebidos ilicitamente pelo Senador AÉCIO NEVES”*.

Para tanto, é listada uma série de operações realizadas pela empresa TAPERA nos anos 2014/6 para dizer que haveria indícios de que se refeririam a lavagem de dinheiro, pois *“no ano de 2014, o Senador AECIO NEVES recebeu muitos recursos da empresa J&F a título de propina”*.

FATOS

- Não há **nenhuma prova** de que as movimentações das empresas TAPERA e ENM teriam alguma ligação com os supostos recursos ilícitos que os delatores afirmam ter pago ao Senador.

- A conclusão ministerial, além de presuntiva, é contraditória em si mesma, pois o PGR sustentou que o aventado pagamento de propina pela JBS em 2014/5 teria se dado por meio “da emissão de notas frias a diversas empresas indicadas por ele [Senador AÉCIO]”. Nenhuma dessas empresas seria a TAPERA ou ENM
- Várias das aventadas operações financeiras apontadas como suspeitas nem chegaram a se realizar, tratando-se de meros provisionamentos.
- Mesmo no que se refere às movimentações de 2017, que, segundo o il. PGR, teriam relação com os R\$ 2.000.000,00 entregues pelos delatores para o Senador, não faz sentido a versão ministerial. É que não tem lógica supostamente lavar dinheiro em espécie, para em seguida sacá-lo novamente em mais em espécie.

Suposta obstrução da justiça e o labéu de organização criminosa

1. Organização criminosa vem definida pela lei n. 12.850 como sendo “a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional”
- Ora, o que a denúncia oferecida revela, embora venha ser discutido mais amplamente na Resposta de que trata o art. 4º da Lei n. 8.038/90, é uma ação absolutamente doméstica, não estruturada, entre familiares para, admitida a acusação por amor a dialeticidade processual, solicitar dinheiro a um particular. Dois irmãos, um primo e uma amigo. É isso que se pode chamar de “*organização criminosa*”?

- Veja-se, a propósito, que a ação do primo de AÉCIO (FREDERICO), tanto quanto o de sua irmã (ANDREA), foi **única**, no episódio retratado na denúncia! Daí a articulação apenas do crime de corrupção.
- 2. atuação do Senador AÉCIO NEVES para implementar “*medidas que poderiam obstar o prosseguimento da "Operação Lava Jato"*, por meio de aprovação de medidas legislativas referentes aos projetos de lei de abuso de autoridade e de “anistia de caixa 2”.

Fatos

- O posicionamento do parlamentar acerca de determinada matéria e seu modo de votar (ainda que não sejam do interesse da Operação Lava Jato), não podem ser interpretados como tentativa de obstar investigações e muito menos servirem como fundamento para decretação de sua prisão preventiva, ou afastamento do cargo. Trata-se da garantia constitucional da **inviolabilidade do parlamentar por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos** (art. 53 da CF).
- O raciocínio do MPF implica na indevida e inconstitucional submissão de cada posição que o parlamentar vier adotar ao crivo e à aprovação do Judiciário. Trata-se de claro desequilíbrio entre os Poderes da República.
- Os projetos de lei a que se refere o il. PGR **não** são de autoria do Senador AÉCIO NEVES.
- No projeto de abuso de autoridade, aprovado por unanimidade pela Comissão de Justiça e por ampla maioria do Senado Federal, o Senador AÉCIO NEVES atuou no sentido de compatibilizar o texto de lei às observações oriundas da própria Procuradoria e do Judiciário, como por exemplo, a subtração, sugerida pelo juiz SERGIO MORO, do artigo que criminalizava o que se denominou “*crime de hermenêutica*”.

- O alegado projeto de “anistia ao caixa 2” representa medida inserida no bojo da famigerada 10 medidas do MPF e tem por objetivo a regulamentação e a criação de tipos penais específicos que criminalizam a conduta. O que disse o Senador AÉCIO NEVES é, na realidade, o óbvio, a aprovação da medida implica na sua aplicação “para o futuro”, não retroativa, como aliás, reza o art. 2º do CP.
3. Supostas críticas ao então Ministro da Justiça e suposta intenção de direcionar inquéritos.

FATOS

- Há descontextualização das conversas referidas pelo PGR que estavam, todas, inseridas num contexto absolutamente informal, num “bate-papo” entre pessoas que tinham relação **pessoal** e **privada** de longa data. Impossível extrair intenção de obstruir o andamento de investigações dessas conversas.
- No que se refere à conversa com JONES BATISTA, discutia-se a atuação da Polícia Federal na Operação CARNE FRACA, objeto de inúmeras críticas, o que obviamente não configura obstrução da justiça.
- Analisando situação **muito parecida** com a presente, o em. Min. TEORI ZAVASCKI, ao **indeferir** a decretação de medida cautelar contra parlamentares em razão do teor de gravações clandestinas de colaboradores que revelavam suposto “risco para a investigação criminal e para a própria ordem pública decorrente também das conversas gravadas pelo referido colaborador que revelaria, segundo a acusação, “tratativas em curso para aprovar pacote de medidas legislativas [...] como a proibição de celebrar acordo de colaboração premiada com preso e a mitigação das exigências para a celebração de acordos de leniência pela Administração Pública” (AC 4173), pontuou:

É fato que as gravações realizadas pelo colaborador revelam diálogos que aparentemente não se mostram à altura de agentes públicos titulares dos mais elevados mandatos de representação popular. **Mas não e pode deixar de relativizar a seriedade de algumas afirmações, captadas sem a ciência do interlocutor, em estrito ambiente privado.**

- A situação tratada no presente feito é rigorosamente a mesma.
- No que se refere aos trechos de conversas telefônicas do Senador AÉCIO NEVES com os também Senadores ROMERO JUCA e JOSÉ SERRA, há simples crítica à atuação de determinadas autoridades, inexistindo qualquer conduta tendente a obstar o bom andamento de investigações. Arrepia imaginar que se está diante de uma nova roupagem do já roto “crime de lesa majestade”, atribuível a todo aquele que ousar discordar da “Lava Jato” e de seus métodos.
- No diálogo mantido com o Senador JOSÉ SERRA, não obstante se critique a atuação do então Ministro da Justiça, OSMAR SERRAGLIO, há expressa referência de que *“o fato é que tem que por alguém com força, não para fazer nada arbitrário”*.
- Inexiste qualquer elemento que autorize a conclusão do PGR de que *“a firmeza que se espera do Ministro da Justiça é no sentido de colocar um freio de arrumação na Polícia Federal”*. Pelo contrário, a firmeza que se espera do Ministro da Justiça é, dentre outras coisas, que os incontáveis e criminosos vazamentos que pautam a Operação Lava Jato (inclusive nesse caso específico que, não custa lembrar, “vazou para a imprensa” um dia antes da deflagração) sejam efetivamente apurados e punidos.
- **Nunca existiu qualquer atuação para direcionar os inquéritos policiais que envolvem o Senador AÉCIO NEVES.**
- É legítimo e natural que alguém investigado pretenda saber quem são as autoridades envolvidas no caso e isso não configura qualquer ilícito. No

mais, como o próprio PGR admite, nunca houve alteração das autoridades policiais encarregadas dos casos envolvendo o Senador.

- Todas as conversas que o Senador AÉCIO NEVES teve com o diretor da Polícia Federal não dizem respeito aos inquéritos em que é investigado, com exceção à ligação em que explica que não comparecerá à oitiva designada por decisão do STF. Nada de ilegal ou suspeito há nas conversas.
4. Suposta atuação do Senador AÉCIO NEVES para interferir em *“acordos de colaboração em negociações que possam ser-lhe prejudiciais”*, em razão do teor de conversa interceptada com “Moreno”. Sustenta o PGR que seria uma conversa *“claramente mascarada”* e que não obstante trate *“passeio de moto”*, se referiria às *“novas colaborações que estariam sendo negociadas com executivos da ANDRADE GUTIERREZ, desta vez relacionadas com ilicitudes praticadas pelo Senador”*.

FATOS

- MORENO é EDUARDO VANDERLEI, amigo do Senador AÉCIO e membro de um grupo de motociclistas do qual o Senador faz parte, conforme fotos apresentadas ao STF. Nada de “mascarado” há na ligação.
- Ainda que se dê ao diálogo a interpretação sugerida pelo PGR, fato é que, conforme o próprio Procurador reconhece, nela *“o Senador busca apoio junto ao seu interlocutor para obter informações sobre o conteúdo dessas colaborações”*. A conclusão de que estaria *“visando, evidentemente, a evitar que os fatos na sua extensão devida sejam trazidos ao conhecimento do Ministério Público Federal”*, é fruto de puro achismo ministerial.

Suposto desrespeito à medida cautelar de afastamento, em razão de post de autoria do Senador AÉCIO NEVES, com foto, retratando que recebeu outros

parlamentares em sua residência, tratando de “votações no Congresso e agenda política”.

FATO

- Tratava-se de reunião com colegas de partido, pessoas com as quais o Senador AÉCIO NEVES não está proibido de manter contato. Não se proibiu ao Agravado conversar sobre política. **Ele não está cassado.** Apenas não pode exercer suas atividades parlamentares, o que é coisa distinta de conversar sobre política
- Apesar de a agenda política ter sido objeto da conversa, não há violação à medida cautelar, já que AÉCIO NEVES não participou de qualquer debate no Plenário do Senado ou em Comissões, que são as atividades legislativas próprias do Senador.
- Conversar sobre assuntos políticos não está entre as proibições que lhe foram impostas.

B. Aspectos normativos da interpretação proposta ao art. 53, §2º da Constituição Federal pelo Agravante

Com uma espécie de “astúcia da razão dogmática”¹ o il. PGR pretende ver imposta a prisão preventiva ao Senador AÉCIO NEVES. S. Exa. reconhece que “o art. 53, §2º, da Constituição Federal proíbe a prisão de congressista, salvo em caso de flagrante de crime inafiançável” (fl. 39 dos autos ou 38 da paginação do MPF). Todavia, pretende que

... o **tom absolutista** do preceito proibitivo de prisão cautelar (...) não se coaduna com o **modo de ser** do próprio sistema

¹ A expressão é de TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR. no seu **O direito entre o passado e o futuro** (São Paulo, ed. Noeses, 2014, p. XIV)

constitucional: se não são absolutos nem sequer os direitos fundamentais, **não é razoável** que seja absoluta a prerrogativa parlamentar da imunidade à prisão cautelar (fl. 40, grifamos).

Daí propor o que arguta e eufemisticamente chama de “*exegese corretiva*” (fl. 40) para dizimar a garantia constitucional da regra segundo a qual:

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

A base do raciocínio do il. PGR parte, *data venia*, de uma premissa errada, ié, a de que há flagrante delito com a *certeza visual* do crime, e, portanto, no caso, havendo essa *certeza visual* do crime, é possível se impor a preventiva tal qual lavra-se a prisão em flagrante. Confunde-se o elemento do *fumus commissi delicti*, exigência da cautelar, com parte do conceito de flagrante. Este, de fato, pressupõe a certeza visual do crime, mas, além disso, exige que o agente seja preso numa das circunstâncias do art. 302 do CPP. Vale dizer, quando: i. estiver “cometendo a infração; ii. “acaba de cometê-la”, iii. “é perseguido, logo após, pela autoridade... em situação que faça presumir ser autor da infração” e iv. “é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração”.

Ora, nenhuma dessas situações é a do Senador AÉCIO! A se entender de modo diferente, sempre que sem perseguição ou sem que o encontro do investigado venha a ocorrer logo depois do crime, se alargaria e desfiguraria o conceito de flagrante desmedidamente, para compreender situações em que filmado o crime, p. ex., num aeroporto, anos depois, pela *certeza visual* que a cena filmada propicia,

se pudesse prender “em flagrante delito” alguém. Flagrante, conforme pacífica orientação doutrinária “*é a situação, prevista na lei, de **imediatidade em relação à prática da infração penal que autoriza a prisão**, independentemente de determinação judicial*”².

Daí a procedência da crítica de ANDRÉ RAMOS TAVARES quando assinala que “o flagrante de que trata a Constituição é o flagrante real, não uma ficção jurídica criada por lei e equiparada a flagrante cometimento de crime. Não há real flagrante, como é intuitivo, se o agente não for efetivamente flagrado na prática de algum ato criminoso no momento exato da prisão ou da voz de prisão”. E, com propriedade, conclui: “Uma lei infraconstitucional jamais poderá ser utilizada para proceder a uma interpretação ‘de baixo para cima’, para agregar a ‘flagrante’ o caso da ficção de flagrante, fraudando a supremacia e a determinação extremamente casuísta e indevidamente mutante da Constituição”³

É exatamente por reconhecer que inexiste flagrante no caso que o d. PGR pede a prisão preventiva, mas, assimilando figuras, com uma cara de proximidade do flagrante que **não há!** Numa palavra: *certeza visual* do crime não é igual a flagrante e só este, quando inafiançável, autoriza a prisão do congressista. Portanto, é **errada**, *data venia*, a afirmação de que “o constituinte não pôs a salvo a prisão dos parlamentares”, jungindo-a “a hipótese de encarceramento aos casos em que haveria a *certeza visual* do crime” (fl. 43).

Não bastasse, embora o MPF reconheça que “não cabe ao Poder Judiciário reescrever a Constituição da República” (fl. 44), a pretexto do que chama de

² GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999. pp. 266-267.

³ **Curso de direito constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.p. 1.003/04.

“*pauta hermenêutica*” propõe que o parlamentar esteja sujeito “à **principiologia** que passou a informar, desde a EC 35/2001, a imunidade dos congressistas ao processo penal, de modo que seja reputada cabível sua prisão cautelar, se decretada pelo Supremo Tribunal Federal a requerimento do Procurador-Geral da República, **mas que, com a decretação, os autos sejam de imediato submetidos à Casa respectiva, que poderá suspender o decreto**” (fl. 44).

Para afastar e invalidar a garantia parlamentar em exame, o il. PGR afirma ainda que a regra do art. 53, §2º, da CF foi editada logo após a ditadura e “o risco do retorno ao regime autoritário era ainda presente” (fl. 44). Ora, esta afirmação é tão incorreta quanto o raciocínio anterior que torna sinônimos prisão em flagrante e a preventiva. Basta dizer, que desde a Carta Outorgada de 1824 — e não apenas após da ditadura de 64 —, ao contrário do que afirmou o MPF, já se consagrara a imunidade prisional aos parlamentares (art. 27), o que, exceto na de 1937, se repetiu em todas as Constituições da República, *v.g.*, art. 20 da Constituição de 1891.

No mais, a regra do art. 53, §2º, da Constituição, não pode sofrer, a pretexto de interpretação, a verdadeira invalidação que pretende o il. PGR por meio de ponderação. **Não há que se falar, aqui, em ponderação de princípios.** É que a norma constitucional que atribui **imunidade prisional ao parlamentar** não é princípio, mas, sim, **regra**. Como se sabe, as *regras* garantem direitos ou impõem deveres, já os *princípios* garantem direitos *prima facie*⁴, estabelecem deveres de otimização aplicáveis em vários graus. Daí que “se um direito é garantido por uma norma que tenha a estrutura de uma regra, esse direito é definitivo e deverá ser realizado totalmente, caso a regra seja aplicável ao caso concreto”⁵.

⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais:** conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p.45.

⁵ Id. *ibid.*

Com razão HUMBERTO ÁVILA ao observar que as regras oferecem uma solução para “determinado conflito de interesses já detectado pelo Poder Legislativo”, daí que “**elas preexcluem a livre ponderação principiológica** e exigem a demonstração de que o ente estatal se manteve, no exercício de sua competência, no seu âmbito material”⁶.

Como adverte a Des. Federal SIMONE SCHREIBER em sua valiosa tese de doutorado que teve como orientador o il. Prof. LUÍS ROBERTO BARROSO, “1. **regras** têm preferência sobre princípios; 2. Normas que realizam diretamente direitos fundamentais dos indivíduos têm preferência sobre normas relacionadas apenas indiretamente com direitos”⁷.

Esse parâmetro, como ensina THIAGO BOTTINO DO AMARAL, “constitui em realidade um óbice à ponderação” que ele denomina de “*reserva de ponderação*”, livrando o cidadão de “ameaças como o pragmatismo, o utilitarismo, a inconstância legislativa, o protagonismo judicial, estabelecendo um limite na utilização da ponderação. Tarefa difícil, porém factível, como assevera RICARDO GUIBOURG:

(...) poner ciertos intereses fuera del mercado axiológico requiere en alguna medida el esfuerzo de endiosarlos, de integrarlos en una ideología para dejarlos a salvo del pragmatismo de cada momento y de cada persona. Y esta ideología debe ser tanto más poderosa cuanto más fuertes sean los fines sobre los cuales tenga que prevalecer⁸.

⁶ ÁVILA, Humberto, *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 102-103.

⁷ **A publicidade opressiva de julgamentos criminais**. Rio de Janeiro, ed. Renovar, 2008, p. 43.

⁸ *Apud: A publicidade opressiva...*, p. 43, nota de rodapé n. 60.

Também ANA PAULA BARCELLOS ensina que “as regras (constitucionais e infraconstitucionais) têm preferência sobre os princípios constitucionais. Isso significa — diz a Autora —, “de forma simples, que diante de um conflito insuperável pelos métodos tradicionais de interpretação aqui já incluída a utilização dos princípios especificamente constitucionais e também da interpretação das regras orientada pelos princípios, dentre outras técnicas da moderna hermenêutica constitucional), **o princípio deve ceder** e não a regra, já que as regras, como padrão geral, não devem ser ponderadas”⁹. Do contrário, explica a consagrada constitucionalista, “o intérprete estará conferindo à sua própria concepção pessoal acerca do melhor desenvolvimento do princípio maior importância do que à concepção majoritária, apurada pelos órgãos legitimados a tanto”¹⁰.

De fato, “*as regras não foram feitas para serem ponderadas*”, pois isso “**fragilizaria a própria estrutura do Estado de Direito**; pouco valeriam as decisões do Poder Legislativo se cada aplicação da norma se transformasse em novo processo legislativo, no qual o aplicador passasse a avaliar, novamente, todas as conveniências e interesses envolvidos na questão para, ao fim, definir o comportamento desejável”¹¹.

Pois é exatamente essa fragilização do Estado de Direito que pretende o il. PGR ao propor sua “pauta hermenêutica” ao col. STF. Sim, S. Exa. pretende que este Excelso Pretório, num agravo regimental, suprima a garantia constitucional da imunidade prisional a partir de uma interpretação que qualifica como republicana. Lembremo-nos que os fundamentos da imunidade parlamentar

⁹ *Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional*, in: **A nova interpretação constitucional**, org. Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro, ed. Renovar, 2008, p. 69.

¹⁰ *Idem*, p. 82.

¹¹ Ana Paula Barcellos, in: *Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional*, cit., p. 80.

estão ancorados na teoria da independência dos poderes e, concomitantemente, na teoria da representação popular. O que importa dizer que “seu mister não poderá ser interrompido por decisão de outro poder, a respeito de circunstâncias que não guardam qualquer relação com o processo pelo qual recebeu o parlamentar a representação do povo”¹².

A invocada razoabilidade, como bem pontuou o ministro EROS GRAU ao julgar o **HC 95.009-4**, funciona como uma “*gazua apta a arrombar toda e qualquer garantia constitucional*”.

O Constituinte, ao estabelecer a regra da imunidade prisional, apenas com a previsão de exceção no caso de flagrante delito por crime inafiançável, já solucionou *a priori*, o possível conflito de interesses que poderia haver entre **liberdade e cautelaridade**, exigindo que esta se submeta àquela. Goste-se, ou não, é o teor da regra constitucional, democraticamente votada e promulgada.

A título de remate, cumpre reproduzir, por sua singular pertinência ao caso, as palavras do em. Min. EROS GRAU no paradigmático julgamento do **HC 95.009** pelo Plenário deste Pretório Excelso:

Tenho criticado aqui --- e o fiz ainda recentemente (ADPF 144) - a ‘banalização dos ‘princípios’ [entre aspas] da *proporcionalidade* e da *razoabilidade*, em especial do primeiro, concebido como um ‘princípio’ superior, aplicável a todo e qualquer caso concreto, o que conferiria ao Poder Judiciário a faculdade de ‘corrigir’ o legislador, invadindo a competência deste. O fato, no entanto, é que *proporcionalidade* e *razoabilidade* nem ao menos são princípios porque não reproduzem as suas características, porém postulados normativos, regras de interpretação/aplicação do direito’.

¹² TAVARES. André Ramos. **Curso de direito constitucional**, ob. cit, p. 1.000.

No caso de que ora cogitamos esse falso princípio estaria sendo vertido na máxima segundo a qual ‘não há direitos absolutos’. E, tal como tem sido em nosso tempo pronunciada, **dessa máxima se faz gazua apta a arrombar toda e qualquer garantia constitucional**. Deveras, a cada direito que se alega o juiz responderá que esse direito existe, sim, mas não é absoluto, porquanto não se aplica ao caso. E assim se dá o **esvaziamento do quanto construimos ao longo dos séculos para fazer, de súditos, cidadãos**. Diante do inquisidor não temos qualquer direito. Ou melhor, temos sim, vários, mas como nenhum deles é absoluto, nenhum é reconhecível na oportunidade em que deveria acudir-nos.

35. Primeiro essa gazua, em seguida despencando sobre todos, a pretexto da ‘necessária atividade persecutória do Estado’, a ‘supremacia do interesse público sobre o individual’. Essa premissa que se pretende prevaleça no Direito Administrativo --- não obstante mesmo lá sujeita a debate, aqui impertinente --- não tem lugar em matéria penal e processual penal. Esta Corte ensina (HC 80.263, relator Ministro ILMAR GALVÃO) que a interpretação sistemática da Constituição ‘leva à conclusão de que **a Lei Maior impõe a prevalência do direito à liberdade em detrimento do direito de acusar**’. Essa é a *proporcionalidade* que se impõe em sede processual penal: **em caso de conflito de preceitos, prevalece o garantidor da liberdade sobre o que fundamenta sua supressão**. A nos afastarmos disso **retornaremos à barbárie**” (STF, HC 95.009, Min. EROS GRAU, Pleno, DJe 19/12/2008, grifamos).

No mais, é de se gizar que o Pleno desta col. Corte assentou que os Parlamentares, por força constitucional, “*só poderão sofrer prisão provisória ou cautelar numa única e singular hipótese: situação de flagrância em crime inafiançável*” (RTJ 135/509-510, rel. Min. CELSO DE MELLO). Nas palavras do Min. ALEXANDRE DE MORAES em sua obra “Direito Constitucional”, “*os órgãos exercentes das funções estatais, para serem independentes, conseguindo frear uns aos outros, com verdadeiros controles recíprocos, necessitavam de certas garantias e prerrogativas constitucionais*. E

Toron, Torihara e Szafir

a d v o g a d o s

*tais garantias são **invioláveis** e **impostergáveis**, sob pena de ocorrer desequilíbrio entre eles e desestabilização do governo”¹³*

Em suma, no sistema constitucional brasileiro não há espaço para o absolutismo de nenhum dos Poderes, inclusive para se interpretar **contra regra clara** que estabelece “condição e garantia de independência do Poder Legislativo, eu real destinatário, em face dos outros Poderes do Estado” (**Inq. 510**, Pleno, rel. Min. CELSO DE MELLO).

Nessa conformidade, invocados os doutos suprimentos de Vossas Excelências, aguarda-se o improvimento do Agravo Regimental do MPF como medida de **JUSTIÇA!**

Brasília, 19 de junho de 2017.

ALBERTO ZACHARIAS TORON
OAB/SP 65.371

JOSÉ EDUARDO ALCKIMIN
OAB/DF 2.977

LUIZA A. VASCONCELOS OLIVER
OAB/SP 235.045

¹³ **Direito Constitucional**, 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 388.