

ALCANCE DA IMUNIDADE PARLAMENTAR PROCESSUAL E MATERIAL AO CORRÊU: ANÁLISE DAS PRERROGATIVAS A LUZ DA PARTICIPAÇÃO EM CRIMES ABRANGIDOS PELA FREEDOM OF SPEECH

REACH OF PARLIAMENTARY PROCEDURAL AND MATERIAL IMMUNITY TO THE CO-DEFENDANT: ANALYSIS OF PREROGATIVES IN LIGHT OF PARTICIPATION IN CRIMES COVERED BY FREEDOM OF SPEECH

*Laís Leite Moura**

Resumo: O presente artigo realiza uma análise da redação da Súmula Vinculante número 245, aprovada em 1963 e ainda hoje válida, que não comunica aos corrêus não parlamentares as prerrogativas constitucionais inerentes a estes cargos. Questiona-se os limites de aplicação processuais e/ ou materiais da Súmula, considerando que a imunidade parlamentar possui as duas acepções. Em busca de aproximação desta problemática, ventila-se as hipóteses de aplicação integral ou parcial do enunciado, baseando-se na necessidade de diferenciação, à luz da dogmática penal, das diferentes formas de participação no cometimento de crimes. Para tal, valeu-se do método dedutivo com análise bibliográfica e jurisprudencial, partindo da redação da Súmula, até os ensinamentos doutrinários penalistas e constitucionalistas. Esse artigo aborda a análise das imunidades parlamentares, suas circunstâncias e razão de existir, estuda a participação em crimes abrangidos pela prerrogativa material e delimita qual a adequada aplicação do enunciado jurisprudencial. O trabalho justifica-se na necessidade de ampliar o exercício interpretativo aplicado à Súmula, ante a sua lacuna redacional, concluindo, a partir das regras de participação, pela existência da possibilidade de restrição da sua aplicação às imunidades processuais e da hipótese em que tal restrição não se opera.

Palavras-chave: Súmula Vinculante nº 245. Imunidades Parlamentares. Corrêus. *Freedom of speech*.

*Estudante do 7º período do curso de Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB)
Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/3807581536577960>
Endereço eletrônico: laislm1406@gmail.com



Abstract: This article analyzes the wording of Binding Precedent n.245, approved in 1963 and still in effect nowadays, which does not communicate to non-parliamentary co-defendants the constitutional prerogatives inherent to these positions. The limits of procedural and/or material application of the Precedent are questioned, considering that parliamentary immunity has both meanings. In search of an approximation to this problem, hypotheses of full or partial application of the statement are discussed, based on the need for differentiation, in the light of criminal dogmatics, of the different forms of participation in the commission of crimes. For this, it is used the deductive method with bibliographical and jurisprudential analysis, starting from the writing of the Precedent, until the penalistic and constitutionalist doctrinal teachings. This article deals with the analysis of parliamentary immunities, their circumstances and reason for existing, it also studies the participation in crimes covered by the material prerogative and delimits the proper application of the jurisprudential statement. This study is justified by the need to expand the interpretative exercise applied to the Precedent, given its wording gap, as a result, from the rules of participation, the existence of the possibility of restricting its application to procedural immunities and the hypothesis in which such restriction does not operate.

Keywords: Binding Precedent n.245. Parliamentary Immunities. Co-defendants. Freedom of speech.

1. INTRODUÇÃO

O tema das imunidades parlamentares perfaz um caminho teórico que alcança as disciplinas de direito penal e direito constitucional, conjugando as regras relativas à aplicação da lei penal para as pessoas com as especificações constitucionais a respeito das prerrogativas de determinados cargos eletivos. A partir da redação do artigo 53 da Constituição Federal, é possível inferir que as referidas prerrogativas alcançam o âmbito processual e material, consubstanciado na imunidade dos parlamentares em relação a prisão e o conhecido “foro privilegiado” e na atipicidade penal de determinadas condutas.

A razão de ser da determinação constitucional que atribui aos parlamentares essas imunidades é o corolário da garantia do exercício de um dos direitos fundamentais previstos no ordenamento jurídico vigente, que é a liberdade de expressão e a liberdade do próprio exercício do mandato, configurando um importante instrumento participativo e consolidador dos preceitos básicos democráticos. Sabe-se que, no exercício do mandato eletivo, a comunicação direta entre membros do Congresso, bem como destes para com a sociedade é algo desejável e necessário, portanto, é preciso que haja determinada facilitação quanto ao uso da expressão de forma plena, porém não irrestrita. Ora, para que incida no caso



v.7, n.2



concreto, é necessário que o fato tenha relação direta com o exercício do cargo, ou seja, a prova do nexos de causalidade não é prescindível para que se aduza a aplicação das referidas imunidades.

A discussão inicia-se de forma mais extensa, ao avaliar a hipótese de participação no cometimento de crimes de que trata o artigo 53 da Constituição Federal. Visando regulamentar a matéria, o Supremo Tribunal Federal aprovou, em Sessão Plenária de 13 de dezembro de 1963, a Súmula Vinculante número 245, com a seguinte redação: “A imunidade parlamentar não se estende ao co-réu sem essa prerrogativa.” (BRASIL, 1964).

Como visto, a imunidade parlamentar abrange o âmbito material e processual, restando ao aplicador do direito moldar o enunciado ao caso concreto, restringindo ou ampliando a incidência das ditas prerrogativas. Em termos gerais, a não comunicabilidade das imunidades sustenta-se no fato de que prerrogativa não é privilégio, sendo necessária análise estrita do cargo do agente para encontrar subsunção ao texto constitucional, não sendo diferente para o participante de eventual crime.

Apesar de ser óbvia, do ponto de vista da dogmática penal, a incomunicabilidade da imunidade processual parlamentar ao corréu, faz-se necessário explicitar as regras constantes do artigo 80 do Código de Processo Penal, que disciplina o desmembramento processual para o julgamento do partícipe não parlamentar em juízo comum, sem foro especial. De igual modo, não se concebe na realidade a imunidade à prisão do cidadão comum que comete crime cuja penalidade abrange a restrição da liberdade, bem como não há a hipótese de uma Casa Legislativa sustar a ação penal contra um cidadão comum, tão somente pelo fato deste ser corréu de algum parlamentar. A título de exemplo, decorre da interpretação lógica que, o partícipe que não possui prerrogativa, não poderia, por exemplo, ser submetido à apreciação de uma Casa Legislativa à despeito de uma eventual prisão em flagrante.

No entanto, quanto à imunidade material, a discussão se amplia, pois torna-se necessário analisar o caso à luz dos princípios penais básicos que regem a participação em crimes. É certo que a conduta acessória tem a sua punibilidade condicionada ao caráter ilícito e típico da conduta principal, não sendo concebível a punição do partícipe e a não punição do autor. Assim, a conclusão imediata da não comunicabilidade das imunidades, referidas na Súmula em estudo, implicaria na situação em que pune-se conduta acessória, sem que seja possível punir a conduta principal, já que o partícipe não estaria acobertado pela imunidade material.

Com isso, a incomunicabilidade da imunidade material parlamentar ao corréu carece de conclusão definitiva, *a priori*, já que depende da circunstância da participação no crime. Vislumbra-se a hipótese da coautoria em que opera-se, perfeitamente, o enunciado da Súmula 245, já que a imunidade material não será estendida ao corréu com autonomia delitiva.

2. IMUNIDADES PARLAMENTARES À LUZ DA CONSTITUIÇÃO: ANÁLISE DO ARTIGO 53 DA CARTA MAGNA

Para a análise da redação e aplicação da Súmula objeto deste estudo, é preciso delimitar e especificar a abrangência das imunidades parlamentares, sob a égide da Constituição da República de 1988, diploma legal responsável por disciplinar a matéria, e seus desdobramentos políticos e sociais. Sabe-se que os membros das casas legislativas desempenham nobre papel no funcionamento do Estado de Direito em que estamos inseridos, entre eles, o da representatividade popular, corolário da democracia. Para tal, é preciso que se assegure, em tese, a proteção dos representantes do Poder Legislativo contra eventuais abusos ou interferências demasiadas dos demais poderes que compõem o Estado.

Nesse sentido é que as imunidades parlamentares, tradicionalmente previstas nas constituições brasileiras, configuram verdadeiros mecanismos de garantia da liberdade daqueles que ostentam os cargos detalhados na Lei Maior, permitindo o pleno exercício do mandato e resguardando a independência do Poder a eles atribuídos democraticamente. Nesse sentido, não são concebidas as ideias de desrespeito ao princípio constitucional da igualdade, já que a finalidade das imunidades é a subsistência da democracia e do Estado de Direito, não havendo discriminação abusiva em favor dos parlamentares, sobretudo pelo fato de que tratam-se de prerrogativas pautadas na segurança do exercício do mandato, delimitando-se conceitualmente o instituto e afastando a ideia do privilégio (MORAES, 2003, p. 312).

Tal constatação importa, inclusive, no estudo da incidência destas prerrogativas, pois limitadas àqueles que subsomem-se perfeitamente às condições pré-estabelecidas pelo Constituinte Originário.

Com isso, observa-se que não estamos diante de privilégios, tampouco de violação ao princípio constitucional fundamental à igualdade, mas a um resguardo democrático e eminentemente participativo, necessário às funções desempenhadas pelo Poder Legislativo.



v.7, n.2



Diante disso, surge a necessidade de análise do texto legal, que demonstra a opção do legislador originário pela constitucionalização destas ditas imunidades. O artigo 53¹ da Constituição Federal (BRASIL, 1988) cuida da matéria de forma satisfativa ao incluir todas as regras de abrangência e aplicação da inviolabilidade material e processual.

Vê-se, a partir do texto legal, que a inviolabilidade parlamentar abrange as suas opiniões, palavras e votos, ficando garantido a eles o foro por prerrogativa de função no Supremo Tribunal Federal, a imunidade em relação à prisão e a possibilidade dos membros da sua respectiva Casa Legislativa sustar o andamento de ações penais referentes à crimes cometidos após a diplomação, além de outras determinações e especificações de aplicação do texto legal.

Para aprofundar a análise das prerrogativas e enquadrá-las no estudo da Súmula 245 do Supremo Tribunal Federal, é preciso que haja a exata diferenciação entre as acepções destas imunidades, sendo possível observar a existência daquelas referentes ao processo e as que atingem a materialidade de determinadas condutas.

1 Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.

§ 1º Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.

§ 2º 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.

§ 3º Recebida a denúncia contra o 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.

§ 6º Os Deputados e Senadores não serão obrigados a testemunhar sobre informações recebidas ou prestadas em razão do exercício do mandato, nem sobre as pessoas que lhes confiaram ou deles receberam informações

§ 7º A incorporação às Forças Armadas de Deputados e Senadores, embora militares e ainda que em tempo de guerra, dependerá de prévia licença da Casa respectiva.

§ 8º As imunidades de Deputados ou Senadores subsistirão durante o estado de sítio, só podendo ser suspensas mediante o voto de dois terços dos membros da Casa respectiva, nos casos de atos praticados fora do recinto do Congresso Nacional, que sejam incompatíveis com a execução da medida. (BRASIL, 1988)



v.7, n.2



2.1. A DIFERENCIAÇÃO DA IMUNIDADE PROCESSUAL E MATERIAL

A definição da natureza jurídica e dos contornos das imunidades é de extrema relevância para a compreensão da sua aplicação. Historicamente, é possível constatar a origem destas prerrogativas no sistema constitucional inglês, que foram preservadas e reproduzidas com as devidas adaptações temporais e espaciais ao direito brasileiro, mas que já estabeleciam, no *Bill of Rights* de 1688, o duplo princípio da *freedom of speech* (liberdade de expressão) e da *freedom from arrest* (imunidade à prisão arbitrária), atraindo a ideia de proteção aos debates do Parlamento e impondo obstáculos à sua análise em cortes fora do âmbito do próprio Poder Legislativo (MORAES, 2003, p. 312 - 313).

Assim, iniciemos a análise pela imunidade processual parlamentar, também definida como imunidade formal e que abrange o foro por prerrogativa de função, as questões relativas à prisão (mencionada "*freedom from arrest*"), bem como a possibilidade de sustação de ação penal. Da leitura do já mencionado artigo 53 da Constituição da República, vê-se que o marco temporal para incidência das prerrogativas é a diplomação do parlamentar, que opera-se no momento em que atesta-se a regularidade da eleição daquele candidato, permitindo o reconhecimento da legalidade do processo de obtenção do cargo eletivo.

Após esse momento, é assegurado ao parlamentar o foro por prerrogativa de função perante o Supremo Tribunal Federal pela prática de crimes cometidos após a dita diplomação e com ligação com o exercício do mandato, sendo esta importante mudança jurisprudencial realizada pela Suprema Corte na análise de questão de ordem na Ação Penal (AP) 937, proposta pelo ministro Luís Roberto Barroso, que restringiu o foro por entender que este não deve servir à impunidade, atribuindo inclusive, a ideia de disfuncionalidade ao sistema quando aplicado de forma irrestrita à crimes sem conexão com o exercício do mandato eletivo (STF, 2018).

Para o recebimento da denúncia por eventual prática de crime no STF, não é preciso que a Casa Legislativa o autorize, entretanto, conforme consta do §3º do artigo 53 da Constituição, é possível que haja sustação da ação, atendidas as regras procedimentais aludidas no texto constitucional.

No mais, há ainda a *freedom from arrest*, cuja função precípua relaciona-se diretamente com a razão de existir das demais imunidades, qual seja, a proteção do mandato, mas especificamente no sentido de proteger os parlamentares da privação da liberdade pautada em caráter arbitrário e injusto já que é possível e, na verdade, de fácil configuração, a perseguição por razões ideológicas e/ ou político



v.7, n.2



partidárias (MALAN, 2016).

Aqui, vale a recordação da fala do Ministro Celso de Mello, proferida nos autos do Inquérito nº 510-0/143 que sintetiza pontualmente a questão:

[...] estado de relativa incoercibilidade pessoal dos congressistas (*freedom from arrest*), que só poderão sofrer prisão provisória ou cautelar numa única e singular hipótese: situação de flagrância em crime inafiançável (STF, 1991).

A prisão aqui referida inclui tanto àquela de natureza penal, como a de natureza civil, sendo esta permitida, como dito pelo Ministro, tão somente nos casos em que o parlamentar encontra-se em situação de flagrante delito de crime inafiançável, que ainda assim, deverá ter seus autos remetidos à Casa Legislativa que irá deliberar sobre o ato. Importa mencionar também a possibilidade da prisão do parlamentar em razão de sentença judicial transitada em julgado.

Superada a imunidade processual parlamentar, é possível verificar, da leitura do *caput* do artigo 53 da Constituição, a chamada inviolabilidade material parlamentar. Neste ponto é preciso direcionar a análise ao direito penal, para a caracterização da natureza jurídica do referido instituto constitucional. Isso porque, como visto, a imunidade material alcança a exclusão da responsabilidade civil, penal e política quanto a opiniões, palavras e votos proferidos durante o exercício do mandato e em razão deste, gerando a impossibilidade de enquadramento da conduta nos chamados “crimes de opinião”. Para Guilherme Nucci, a determinação do artigo 53 tem o condão de excluir a tipicidade do crime:

Posicionamo-nos pela causa excludente do crime, por exclusão da tipicidade. [...] Como bem explica Luiz Vicente Cernicchiaro, nem mesmo se pode considerar um fato típico o que o congressista fala, já que a lei ordinária não pode considerar um modelo legal de conduta proibida o que a própria Constituição Federal diz ser inviolável, vale dizer, acima da ação da Justiça (NUCCI, 2014, p. 117).

Sem prejuízo da posição acima adotada, outros doutrinadores entendem de formas diversas, mas o fato concluso e incontestável é que a conduta do parlamentar, quando das circunstâncias do artigo 53 da CF, não é fato gerador de punibilidade penal, administrativa, civil ou política. Sintetizando a questão, temos uma interessante coletânea de doutrinas constitucionalistas e penalistas, feita por Alexandre de Moraes, sendo de grande relevância para este estudo a sua transcrição *in verbis*:



v.7, n.2

[...] Pontes de Miranda (Comentários à Constituição de 1967), Nélson Hungria (Comentários ao Código Penal), e José Afonso da Silva (Curso de Direito Constitucional Positivo) entendem-na como uma causa excludente de crime, Basileu Garcia (Instituições de Direito Penal), como causa que se opõe à formação do crime; Damásio de Jesus (Questões Criminais), causa funcional de exclusão ou isenção de pena; Aníbal Bruno (Direito Penal), causa pessoal e funcional de isenção de pena; Heleno Cláudio Fragoso (Lições de Direito Penal) considera-a causa pessoal de exclusão de pena; Magalhães Noronha (Direito Penal) causa de irresponsabilidade; José Frederico Marques (Tratado de Direito Penal), causa de incapacidade penal por razões políticas. [...] Independentemente da posição adotada, em relação à natureza jurídica da imunidade, importa ressaltar que da conduta do parlamentar (opiniões, palavras e votos) não resultará responsabilidade criminal, qualquer responsabilização por perdas e danos, nenhuma sanção disciplinar, ficando a atividade do congressista, inclusive, resguardada da responsabilidade política, pois trata-se de cláusula de irresponsabilidade geral de Direito Constitucional material (MORAES, 2003, p. 317).

Assim, é forçoso concluir pela irresponsabilidade generalizada que impede, de forma absoluta, a caracterização de um tipo penal. Por óbvio, é preciso ressaltar que tal imunidade não é irrestrita, portanto, é necessário prova do nexo de causalidade entre as palavras, opiniões e votos proferidos, com o exercício do cargo. Em tese, entende-se que dentro das dependências do Congresso Nacional tal nexo é presumido, porém, no caso do cometimento das condutas em área externa, deve ele ser provado. Em suma, referido nexo, conforme Ricardo Arteché Hamilton, é um delimitador da existência de condições de procedibilidade ou de punibilidade, a depender da sua existência no caso concreto ou não, no mais, a imprescindibilidade da sua prova sustenta-se na prevenção de desvio da finalidade do instituto que enfraqueceria a legitimidade do parlamento e tornaria o exercício do mandato legislativo danoso à própria sociedade (HAMILTON, 2016).

Feitas essas elucidações, esgota-se a análise do artigo 53 da Constituição para a finalidade que aqui deseja-se obter, passando ao estudo específico da Súmula número 245 do Supremo Tribunal Federal e as suas repercussões quanto à participação de terceiros não parlamentares na prática de determinadas condutas.

3. A REDAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE 245 E A PARTICIPAÇÃO EM CRIMES ABRANGIDOS PELA *FREEDOM OF SPEECH*

No momento, é oportuno lembrar a análise literal do texto da Súmula Vinculante em questão, aprovada pela Suprema Corte brasileira na Sessão Plenária de 13 de dezembro de 1963: “A imunidade parlamentar não se estende ao co-réu sem essa prerrogativa.” (BRASIL, 1964). A conclusão imediata que se pode inferir,



v.7, n.2



a partir da fixação desta tese é de que as imunidades (materiais ou processuais) são incomunicáveis aos corréus não parlamentares que eventualmente atuem em concurso com parlamentares nas condutas descritas pelo artigo 53 da Constituição.

Tal incomunicabilidade sustenta-se na natureza jurídica do instituto que, como visto, perfaz o caminho da prerrogativa e não do privilégio. Em outros termos, em sendo prerrogativa, só é aplicável àqueles que, de fato, gozam da subsunção perfeita ao texto legal sendo, portanto, os detentores dos cargos eletivos descritos no texto da Constituição. Dada essa introdução, fica de fácil constatação que a exclusão das imunidades para aqueles que não possuem os cargos geradores da prerrogativa é medida necessária e que representa a justa e correta aplicação do direito aos casos concretos.

Entretanto, tal conclusão é precipitada quando a análise supera a fronteira das imunidades como algo geral e sem distinção. Explico: As imunidades, do ponto de vista material, geram consequências penais relevantes quanto à punição dos agentes participantes da prática da conduta e, como sabe-se, a exclusão da punibilidade do crime tem o condão de afastar a responsabilização penal daqueles que dele meramente participam.

Pautado nessa importante distinção é que surge a importância de estudar a aplicação da Súmula Vinculante nº 245 com a diferenciação sobre qual imunidade a mesma faz referência.

3.1 A IMUNIDADE PROCESSUAL RELATIVA NÃO APLICADA AO CORRÉU NÃO PARLAMENTAR E O DESMEMBRAMENTO PROCESSUAL

A priori, observando o caso sob o limitador da imunidade parlamentar processual, não há ressalvas a serem feitas na redação da dita Súmula. Isso porque é evidente a incomunicabilidade do foro por prerrogativa de função, da imunidade em relação à prisão e até da possibilidade de uma Casa Legislativa sustar ação penal para um cidadão comum que não goza de qualquer *status* parlamentar.

Como visto, dada a própria natureza jurídica deste instituto, ele perde sua razão de ser se não houver o efetivo exercício do cargo eletivo que delimita, temporalmente, a incidência das prerrogativas, seja para estabelecer o nexos com o cometimento de algum crime, seja para atribuir à Casa Legislativa do parlamentar o poder de deliberar sobre prisão e sobre o andamento de eventual ação penal.



v.7, n.2



Porém, faz-se algumas observações a respeito do tema, já que a incommunicabilidade da imunidade processual possui exceções, autorizadas pela própria jurisprudência do Supremo.

Do ponto de vista do processo penal e da perspectiva do foro por prerrogativa, a regra do desmembramento processual, disciplinada pelo artigo 80 do Código de Processo Penal brasileiro, extingue qualquer controvérsia quanto à existência da possibilidade de separar o processo quando há agentes com prerrogativas distintas:

Art. 80. Será facultativa a separação dos processos quando as infrações tiverem sido praticadas em circunstâncias de tempo ou de lugar diferentes, ou, quando pelo excessivo número de acusados e para não lhes prolongar a prisão provisória, ou por outro motivo relevante, o juiz reputar conveniente a separação (BRASIL, 1941).

Observa-se que não há uma obrigatoriedade de desmembramento, mas uma faculdade que será avaliada baseada na conveniência do caso e no convencimento do juiz. Tanto é verdade que, posteriormente, o STF editou a Súmula Vinculante nº 704 que determina a não violação das 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 (BRASIL, 2003).

Em suma, o simples fato de ser corréu com parlamentar em ação penal não gera a conexão do processo para atrair a competência do STF para ambos os réus, porém referida conexão é possível. Para exemplificar a questão, no julgamento do “mensalão” (Inq. 2.245; AP 470), o STF negou o desmembramento processual e manteve a competência do Supremo para julgamento de todos os réus, incluídos os não parlamentares, contrariando o entendimento da Súmula 245, mas adotando a possibilidade conferida pelo Código de Processo Penal.

Todavia, há também amplo acervo jurisprudencial em que o Supremo adota o desmembramento do processo, concluindo pela não comunicabilidade da imunidade processual do foro por prerrogativa ao corréu e, conseqüentemente, aplicando o disposto na Súmula 245. Nos autos do Inq. 946/RJ, o Ministro Relator Celso de Mello, decidiu pelo desmembramento, sendo relevante analisar um trecho do voto:

[...] com fundamento no art. 80 do Código de Processo Penal, a separação da *persecutio criminis*, a fim de que a ação penal venha a prosseguir, perante órgão judiciário competente de primeira instância, contra aqueles que não dispõem do benefício da imunidade parlamentar e nem gozam da prerrogativa de foro perante qualquer Tribunal [...] autorizada pela jurisprudên-



v.7, n.2



cia desta Suprema Corte (RTJ 135/872, Rel. Min. SYDNEY SANCHES -RTJ 144/129, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI - Inq. 242-DF (Questão de Ordem), Rel. Min. CELSO DE MELLO - Inq. 1.107-MA (Questão de Ordem), Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI) (STF, 1997).

Vê-se que a justificativa da decisão de desmembramento é pautada nos precedentes autorizadores da Suprema Corte, corroborando a aplicação do enunciado 245 referente à imunidade processual do parlamentar.

Nota-se que, em relação às imunidades processuais relativas à prisão e a possibilidade de suspensão de ação penal pelas Casas Legislativas, aplica-se o enunciado da Súmula Vinculante 245 de forma holística, não sendo possível comunicá-las à cidadãos comuns que eventualmente venham a praticar delitos em concurso com parlamentares.

Assim, em matéria processual, a incomunicabilidade das imunidades não aparenta ter sérias repercussões, dada a ampla jurisprudência da Suprema Corte sobre o tema do foro por prerrogativa, da regra do desmembramento processual e da própria lógica do instituto em relação às demais imunidades.

3.2. A IMUNIDADE MATERIAL DO PARTICIPE SEM PRERROGATIVA FUNCIONAL E A (IM)POSSIBILIDADE DE PERSECUÇÃO PENAL DE CORRÉU DE CRIME NÃO PUNÍVEL

No que se refere à comunicabilidade da imunidade material parlamentar ao corrêu que não possui esta prerrogativa, a análise torna-se significativamente mais complexa. Analisando as regras penais da participação no cometimento de crimes, é possível que se conclua pela restrição do enunciado às ditas imunidades processuais.

A participação no cometimento de alguma conduta delitiva firma-se na ação de quem, de qualquer modo, concorre para o crime, incidindo sobre ela as penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade (BRASIL, 1940). Essa é a redação dada pelo legislador ao artigo 29 do Código Penal brasileiro, que consagra a teoria doutrinária monista para reger as regras de participação no cenário jurídico penal do país. Sobre a matéria, observa-se que a teoria unitária adotada, estabelece que o crime praticado por distintas pessoas em conjunto não deixa de ser uno, independente das formas de participação dos agentes. Portanto, tanto autores quanto partícipes respondem pelo mesmo crime (BUSATO e CAVAGNARI, 2017, p. 179).

Assim, com a aplicação do mais simples exercício hermenêutico à lição doutrinária da teoria adotada no Código brasileiro, bem como à leitura estrita da legislação, não há outra conclusão possível, senão aquela que compreende a unidade de crime, ainda que o mesmo tenha sido praticado por mais de uma pessoa.

A participação na prática do crime pressupõe que haja uma conduta principal, a ser assessorada, que subsome a algum dos tipos penais previstos, taxativamente, na legislação (observância à adequação típica das condutas). A punição da conduta acessória é possível por intermédio da norma penal integrativa constante do artigo 29 do Código Penal, que amplia a tipicidade - previamente existente - da conduta, para aquele que, de alguma forma, contribui para sua prática, considerando o crime como unidade. A punibilidade, portanto, não pode ser vista de modo autônomo para o partícipe, ante a atipicidade da conduta principal a qual encontra-se ligada, assim conclui-se que:

[...] a punibilidade do partícipe depende necessariamente de que o Autor tenha iniciado a execução do crime. Enquanto a tipicidade objetiva do Autor é composta da ação, resultado, nexos causal e imputação objetiva, a tipicidade objetiva do Partícipe é constituída de suas ações acessórias e na existência de uma conduta típica (portanto, consumada ou tentada) e antijurídica do Autor (ARANHA, 2022).

Remetendo a análise para o caso dos parlamentares que possuem prerrogativas materiais, não é possível visualizar a tipicidade prévia da conduta principal já que, como visto, há a exclusão da tipicidade e conseqüente exclusão de toda e qualquer responsabilidade quando um parlamentar profere opiniões, votos ou palavras durante o exercício do seu cargo e em razão deste, excetuando-se os casos de abusos. Com isso, não há como tipificar uma conduta acessória por força da norma penal integrativa do artigo 29 se não há crime prévio para sustentar a participação, considerando que a exclusão da tipicidade gera a própria exclusão do crime.

Nas já mencionadas teses doutrinárias que descaracterizam o ilícito penal nos casos acobertados pela imunidade parlamentar material, observa-se que elas circulam em torno da consideração desta imunidade como causa excludente de crime, excludente de pena ou de responsabilidade. Dito isto, analisando a teoria da acessoriedade da conduta penal, podemos chegar a algumas conclusões teóricas relevantes para o estudo. Esta dita teoria subdivide-se em acessoriedade mínima, limitada, máxima e hiperacessoriedade, sintetizando os seus conceitos, tem-se:

De acordo com a acessoriedade mínima, para que haja punição do partícipe, basta que o fato praticado pelo autor seja típico. Segundo a acessoriedade limitada, a punição do partícipe está condicionada à necessidade de o autor praticar um fato típico e ilícito, não se exigindo seja ele culpável. A acessoriedade máxima exige, por sua vez, que o fato praticado pelo autor seja típico, ilícito e culpável, para que se possa falar em punição do partícipe. Por fim, a hiperacessoriedade exige, para que haja punição do partícipe, que o fato praticado pelo autor seja típico ilícito, culpável e punível (MACHADO, 2013).



Em outros termos, as teorias buscam delimitar as características da conduta principal que irão condicionar a punibilidade da conduta acessória. Observa-se que, desde a teoria da acessoriedade mínima, o fato precisa ser ao menos típico até a hiperacessoriedade em que o fato precisa ser típico, ilícito, culpável e punível. Do entendimento doutrinário a respeito da natureza jurídica da imunidade parlamentar material, já é possível findar o entendimento no sentido de que não é possível a aplicação de nenhuma das teorias da acessoriedade ao caso do partícipe de crime cometido por parlamentar imune materialmente. Ora, se a imunidade tem o condão de afastar a tipicidade e, minimamente, afastar a sua punibilidade, não há o que se falar em punibilidade acessória.

Utilizando a teoria da acessoriedade limitada, considerada moderada dentre àquelas teorias explicadas pela doutrina, afasta-se também a punibilidade do partícipe em casos tais:

[...] se o fato atribuído àquele que executa o verbo nuclear contido no tipo penal não foi considerado penalmente antinormativo e antijurídico, a participação não poderá ensejar qualquer repercussão na situação fático-processual. [...] Assim, a teoria da acessoriedade limitada impõe que a reprovação penal, da conduta acessória, necessita da tipicidade e ilicitude do ato primário imputado ao autor principal daquele contexto hipoteticamente criminoso, de tal sorte que, se acaso sombreado por eventual causa de atipicidade ou excludente de ilicitude, por conseguinte, a ação adjacente não poderá ensejar quaisquer reverberações criminais (MOSNA, 2022).

Sintetiza-se, com isso, que a imunidade material (instituto que gera a atipicidade da conduta) deve ser estendida ao partícipe que assessora a conduta principal de um parlamentar, abrangida pela *freedom of speech*. Se assim não o fosse, haveria um caso à margem da lei penal em que puniria-se a conduta acessória sem que houvesse tipicidade da conduta principal, operando-se um caso impossível em que resta completamente desconfigurada a aplicação da norma integrativa do artigo 29 da lei penal que, para incidir, exige “concorrência para o crime”.

A Súmula Vinculante 245, portanto, é restrita à imunidade processual, pois não vislumbra-se a hipótese de não comunicar a imunidade material ao partícipe não parlamentar, já que a punibilidade da sua conduta, eminentemente acessória, é condicionada à tipicidade, nesse caso inexistente, da ação do parlamentar que encontra-se protegido pela imunidade nas circunstâncias estabelecidas no texto da Constituição.

A discussão ainda amplia-se para a hipótese em que a Súmula poderá ser aplicada integralmente, quando descaracterizada a mera participação.



v.7, n.2



4. AUTONOMIA DA PRÁTICA DELITIVA E APLICAÇÃO INTEGRAL DA SÚMULA 245

Em última análise a ser feita no estudo, mas sem esgotar todas as discussões pertinentes ao tema, importa fazer uma relevante observação quanto à possibilidade de aplicação integral da Súmula 245 do STF, ou seja, hipótese em que a imunidade material parlamentar, de fato, também não será comunicada ao corrêu sem essa prerrogativa.

Observamos que quando opera-se a participação na prática delitiva, a sua punibilidade é condicionada à tipicidade da conduta do autor do crime, não havendo como vislumbrar a não comunicabilidade da imunidade material parlamentar ao partícipe de crime abrangido pela *freedom of speech*. Entretanto, é preciso delimitar conceitos penais importantes com o fim de analisar a autonomia da prática delitiva e o momento em que o corrêu não parlamentar poderá responder, de forma autônoma, pelo seu delito, ainda que atuando em concurso com a pessoa que possui a dita prerrogativa constitucional.

Utilizando-se da conhecida teoria do domínio do fato, que distingue o partícipe do autor baseando-se na existência do controle finalístico da prática delituosa, e mencionando Hans Welzel, Greco explica:

[...] a **coautoria é autoria**; sua particularidade consiste em que o **domínio do fato unitário é comum a várias pessoas**. Coautor é quem possuindo as qualidades pessoais de autor é portador da decisão comum a respeito do fato e em virtude disso toma parte na execução do delito " [...] podemos falar em coautoria quando houver a reunião de vários autores, cada qual com o domínio das funções que lhe foram atribuídas para a consecução final do fato, de acordo com o critério de divisão de tarefas (WELZEL *apud*. GRECO, 2015, p. 488). – Grifado agora.

Fundamentando-se na mencionada lição doutrinária, é possível concluir que o coautor é detentor de autonomia e controle sobre o fato, seja ele parcial (a partir de divisão de tarefas) ou não. Não se fala, portanto, em conduta meramente acessória detentora de punibilidade condicionada à tipicidade da conduta do autor.

Essas razões sustentam a necessidade de analisar, de forma separada, a adequação típica da conduta do coautor e do partícipe. Foi visto que a punibilidade do partícipe depende da norma penal integrativa do artigo 29 do Código Penal que aumenta os limites da tipicidade da conduta principal para aquele que com ela contribui. Tal entendimento não se aplica ao coautor.



v.7, n.2



Na coautoria executora do tipo penal, a punibilidade e a tipicidade independem de norma penal integrativa, já que se configura hipótese na qual mais de uma pessoa pratica o verbo núcleo do tipo penal incriminador, possuindo punibilidade autônoma e não dependente entre si. Assim, se a conduta do agente subsume-se diretamente à norma penal incriminadora, nenhuma razão sustentaria a sua não punibilidade em virtude da atipicidade da conduta de outro agente, ainda que ambos atuem em concurso.

Na análise da imunidade material parlamentar, chega-se à conclusão de que a autonomia da prática delitiva ou o controle do fato criminoso pelo agente, descaracteriza a sua mera participação e alcança o conceito de coautoria, tornando-se incomunicável a prerrogativa material parlamentar ao corréu não parlamentar.

Exemplificando a questão, imagine-se a hipótese em que um Deputado Federal e seu assessor (não parlamentar, portanto), planejam uma empreitada criminosa, objetivando desqualificar, com injúrias e calúnias, um colega parlamentar que irá proferir importante voto decisivo no plenário. Nota-se a existência da conexão subjetiva entre os sujeitos e a coautoria intelectual e executora do crime, configurando-se uma hipótese de concurso em que haverá punição de somente um dos autores.

A punição do parlamentar estará desconfigurada em virtude da sua inviolabilidade constitucional, entretanto, referida prerrogativa não será comunicada ao seu assessor, que responderá de forma autônoma pelo delito, pois sua conduta superou as fronteiras da mera participação, tornando-se incomunicável a imunidade material do parlamentar.

Portanto, a aplicação da Súmula Vinculante 245 pressupõe a análise pormenorizada da conduta do agente que atua em conjunto com o parlamentar. Duas são as conclusões possíveis: a) havendo mera participação, o enunciado restringe-se à incomunicabilidade imunidade processual ao partícipe; b) havendo coautoria, com domínio do fato, o enunciado aplica-se integralmente, sendo incomunicável ao corréu a imunidade processual e material.

Em termos simples, o coautor possui punibilidade autônoma e independente, logo, a imunidade do parlamentar e sua conseqüente atipicidade de conduta não atinge àquele que atua em concurso com domínio da prática delituosa.



v.7, n.2



5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inegável a importância do instituto das imunidades parlamentares para o desempenho das atividades relacionadas aos cargos eletivos do Poder Legislativo, funcionando como verdadeiro instrumento de segurança e proteção parlamentar, as mesmas são capazes de assegurar o livre exercício da expressão política e de evitar interferências não desejadas dos demais poderes. Entretanto, não são irrestritas ou possuem aplicação imoderada, sendo sempre imprescindível a análise das circunstâncias e tempo de prática das condutas para condicionar a correta e justa incidência das prerrogativas.

As ditas prerrogativas podem ser consideradas em duas acepções: a) processual, em que se incluem o foro por prerrogativa de função, a imunidade em relação à prisão (*freedom from arrest*) e a possibilidade de sustação de ação penal por deliberação da Casa Legislativa do parlamentar e b) material, que abrange a inviolabilidade do parlamentar em relação aos seus votos, opiniões e palavras proferidos durante o exercício do cargo e em razão deste.

A Suprema Corte do país, visando regular a punibilidade daqueles que participam das práticas delituosas abrangidas pela imunidade material, editou a Súmula Vinculante 245 que estabelece a incomunicabilidade das prerrogativas para corréus não parlamentares.

Tendo em vista todo o exposto neste estudo e após realizar a análise das prerrogativas, conclui-se que o referido enunciado limita-se à imunidade processual, que de fato não é comunicável ao corréu em razão da sua natureza jurídica de prerrogativa. Entretanto, no tocante à imunidade material, observou-se que a participação na prática de crime tem sua punibilidade condicionada à tipicidade da conduta principal, impedindo a aplicação da Súmula 245 do STF quando o assunto é a imunidade material, que deve ser estendida ao partícipe. Por fim, também é possível concluir pela aplicação integral da dita Súmula Vinculante quando opera-se à coautoria, que possui punibilidade autônoma. Nesse caso, são incomunicáveis aos corréus as imunidades processuais e materiais.



v.7, n.2

REFERÊNCIAS

ARANHA, Paulo José. *Os Impactos da Acessoriedade da Participação nas Exigências da Exposição do Fato Criminoso pela Denúncia*. Orientador: Prof. Dra. Raquel Lima Scalcon. 2022. Dissertação de Mestrado em Direito, Fundação Getúlio Vargas, Escola de Direito de São Paulo. São Paulo, 2022. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/33100>. Acesso em: 14/07/2023.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Brasília, 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 12/07/2023.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 11/07/2023.

BRASIL. *Código Penal*. Brasília, 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 12/07/2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. *Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal - Anexo ao Regimento Interno*. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 116. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula245/false>. Acesso em: 11/07/2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. *Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal*. DJ de 09/10/2003, p. 6; DJ de 10/10/2003, p. 6; DJ de 13/10/2003, p. 6. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula704/false>. Acesso em: 11/07/2023.

BUSATO, Paulo C.; CAVAGNARI, Rodrigo. *A Teoria do Domínio do Fato e o Código Penal brasileiro*. Revista Justiça e Sistema Criminal, vol. 9, n. 17, p. 175-208. Jul./dez, 2017. Disponível em: <https://revistajusticaesistemacriminal.fae.edu/direito/article/view/116/102>. Acesso em: 14/07/2023.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. - 17. ed. Rio de Janeiro : Impetus, 2015.

HAMILTON, Ricardo Arteche. *Imunidades Parlamentares: Essência Justificadora*. Orientador: Prof. Doutora Maria Fernanda Palma. 2016. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa, 2016. Disponível em: https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/37114/1/ulfd135608_tese.pdf. Acesso em: 14/07/2023.



MACHADO, Renato Martins. *Do Concurso de Pessoas: Delimitação entre Coautoria e Participação a partir da Teoria do Domínio do Fato*. Orientador: Prof. Dr. Luís Augusto Sanzo Brodt. 2013. Dissertação de Mestrado em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2013. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUBD-9ZSQC3/1/disserta__o_renato_martins_machado.pdf. Acesso em: 14/07/2023.

MALAN, Diogo. *Imunidades Parlamentares: Aspectos Processuais Penais*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 122/2016, p. 63 - 91. Set - Out, 2016. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Diogo-Malan/publication/341000663_Imunidades_parlamentares_Aspectos_processuais_penais/links/5ea94b3745851592d6a866d7/Imunidades-parlamentares-Aspectos-processuais-penais.pdf. Acesso em: 14/07/2023.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2003. Disponível em: https://jornalistaslivres.org/wp-content/uploads/2017/02/DIREITO_CONSTITUCIONAL-1.pdf. Acesso em: 14/07/2023.

MOSNA, Kelvin Mario. *Concurso de pessoas e a teoria da acessoriedade limitada: postura dogmática e efeitos práticos*. Jus.com.br, 2022. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/96575/concurso-de-pessoas-e-a-teoria-da-acessoriedade-limitada-postura-dogmatica-e-efeitos-praticos>. Acesso em: 12/07/2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. – 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Disponível em: <https://direitouniversitarioblog.files.wordpress.com/2017/02/manual-do-direito-penal-guilherme-nucci.pdf>. Acesso em: 12/07/2023.

Supremo Tribunal Federal - STF. *AP: 937 RJ - RIO DE JANEIRO 0002673-52.2015.1.00.0000, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 03/05/2018, Tribunal Pleno*. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/768157047>. Acesso em 12/07/2023.

Supremo Tribunal Federal - STF. *Inq 510/DF - Distrito Federal, Relator. Min. Celso de Mello, Data de Julgamento: 01/02/1991, Plenário*. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=80580>. Acesso em: 14/07/2023.

Supremo Tribunal Federal - STF. *Inq: 964/RJ - Rio de Janeiro, Relator: Min. Celso de Mello, Data de Julgamento: 17/02/1997*. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/14758520>. Acesso em: 14/07/2023.

