

## Prisão do Senador e Neoconstitucionalismo

**Prof.Me. JOÃO BATISTA CALDEIRA DE OLIVEIRA JÚNIOR (\*)**

No contexto político e social brasileiro tivemos recentemente mais um fato que por certo marcará o panorama jurídico-constitucional por algum tempo. Em 25/11/15, pela primeira vez, desde o processo de redemocratização (1985), um Senador da República tem sua liberdade restringida pelo Poder Judiciário. Foi preso!

**Fatos:** A prisão resulta da denominada "operação lava jato" e foi autorizada pelo Supremo Tribunal Federal. O motivo alegado que deflagrou todo o procedimento até o efetivo encarceramento do Senador Delcídio Amaral (PT-MS) consistiu no fato concreto de que o congressista estaria "atrapalhando" as investigações relativas à referida operação. A prisão é preventiva. As provas principais foram extraídas de uma gravação. Vários trechos da gravação foram amplamente divulgados pela mídia escrita e falada.

O Relator da Lava Jato, Ministro Teori Zavascki, havia já determinado a prisão temporária de André Esteves, sócio do banco BTG.

**Fatos:** Neste contexto também foi preso o banqueiro André Esteves do banco BTG Pactual, com suspeita de participação em esquemas de corrupção.

**Fatos:** o Senador estaria averiguando a possibilidade de fuga de Nestor Cerveró (ex-diretor da Petrobras) preso anteriormente. Este teria, por outro lado, mencionado que o Senador teria participado em outros esquemas de corrupção como é o caso do conhecido caso da compra da refinaria de petróleo de Pasadena, EUA.

**Fatos:** a decisão foi concretizada a pedido do Procurador Geral da República, Rodrigo Janot.

Juridicamente, o artigo 53 da Carta Magna resguarda a inviolabilidade civil e penal de Deputados e Senadores relativamente às suas opiniões, palavras e votos. O § 2º determina, a respeito da possibilidade de prisão, que:

§ 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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001)

Portanto, pelo texto constitucional apenas e tão somente poderá um Senador da República ser preso se houver hipótese de flagrância e, mais, de **crime inafiançável**.

**Juridicamente:** o fato narrado, ocorrido, encontra arrimo e adequação típica direta no artigo 2º, § 1º da Lei 12.850 de 2013 (que define a **organização criminosa** e dispõe também a respeito da investigação criminal, meios de obtenção de prova, e procedimento). Lembrando aqui que a Lei 9.034/95 que dispunha sobre as organizações criminosas.

O § 1º define emblematicamente o que é considerado juridicamente organização criminosa trazendo precisa definição:

§ 1º **Considera-se organização criminosa** 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. (grifo nosso)

O Artigo 2º descreve condutas e prevê exatamente a contextualização em que se viu envolvido o Senador Delcídio.

*Verbis:*

Art. 2º Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.

*§ 1º Nas mesmas penas incorre quem impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa.*

Bem, em síntese, o que efetivamente ocorreu neste caso concreto infelizmente para o espanto de toda a nação, leigos e operadores do Direito, jovens e adultos.

**Provas:** nosso Código de Processo Penal vem sofrendo uma série de alterações com o objetivo essencial de trazer à processualística a realidade fática, o que antes, podemos afirmar com convicção, não era efetivamente consubstanciado. Com o advento, por outro lado, de "normas paralelas" à norma adjetiva obteve-se uma maior e melhor resposta penal às inúmeras infrações penais que outrora passavam incólumes ou, ainda, inatingíveis em certas situações gerando, com isso, a impunidade como natural consequência.

Desta forma podemos indicar particularmente a própria lei definidora das chamadas "organizações criminosas" (Lei 12.850/2013). Em termos processuais seu Capítulo II inova trazendo novos meios investigatórios e de obtenção da prova em qualquer fase da "persecutio criminis".

## **CAPÍTULO II**

### **DA INVESTIGAÇÃO E DOS MEIOS DE OBTENÇÃO DA PROVA**

*Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:*

*I - colaboração premiada;*

*II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos;*

*III - ação controlada;*

*IV - acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais;*

**V - interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica;**

*VI - afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica;*

*VII - infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11;*

*VIII - cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal. (grifo nosso)*

Destaque para o inciso IV e V que propiciaram a utilização da gravação mencionada, no caso do Senador (gravação ambiental). Veja que estas possibilidades processuais, que dão concretude e efetividade no combate ao crime organizado, repete o "caput" do atual artigo 311 do Código de Processo Penal que também diz que "em qualquer fase da investigação ou do processo penal". Assim em qualquer momento da "persecutio" poder-se-á deflagrar a aplicação das medidas mencionadas nas normas do CPP e das leis extravagantes, como é o caso da lei 12.850/13.

O tipo penal, com previsão no artigo 2º da referida Lei, consiste em "promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa". O preceito secundário da norma penal incriminadora determina a pena de reclusão de três a oito anos, além da multa.

Desta forma, as condutas de ou promover, constituir, financiar, integrar a organização criminosa demanda coexistência da ação de 4 ou mais pessoas, obtenção de vantagem, estrutura organizada, com estabilidade e divisão de tarefas perfazem e concretizam a previsão normativa penal. E o § 1º enfatiza que: *Nas mesmas penas incorre quem impede ou, de qualquer forma, **embaraça a investigação** de infração penal que envolva organização criminosa.*

**Qual o fundamento da situação de flagrância no caso da prisão do Senador?** O fato do delito ser permanente, já que os efeitos de sua prática se protraem ao longo do tempo, tornou possível a voz de prisão "incontinenti" do referido investigado viabilizando a determinação da prisão.

No início foi questionada a **natureza jurídica** dessa prisão. Seria efetivamente uma prisão em flagrante ou preventiva, cautelar? Houve manifestações doutrinárias nos dois sentidos. Para Rogério Sanches, v.g., foi preventiva<sup>1</sup>. O argumento básico utilizado por esse jurista é no sentido de que se fosse hipótese de flagrância não teria sido objeto de pedido expresso por parte do Ministério Público Federal. De fato, o Min. Relator menciona "prisão preventiva" em sua fundamentação.

Desta espécie de prisão o Presidente do Senado também teceu comentário se referindo à admissibilidade da "prisão preventiva".

O texto constitucional, no entanto, é claro ao referir-se que para o caso de crimes inafiançáveis praticados por Deputados Federais ou Senadores da República, estes, só poderiam ser presos em situações de flagrância. Seria, então, o caso de relaxamento da prisão?

Neste contexto também pergunta Luiz Flávio Gomes: "mas se trata de crime inafiançável?" e continua aduzindo que o Senador, com a prática de suas condutas devidamente tipificadas pela norma penal, viabilizou a situação de "inafiançabilidade". (CPP, artigo 324, IV)<sup>2</sup>.

A segunda Turma do STF, neste caso concreto, firmou o entendimento que efetivamente houve delito permanente com a prática da conduta.

### **Neoconstitucionalismo (século XVIII rumo ao futuro)**

O Neoconstitucionalismo pode ser compreendido como o constitucionalismo vivenciado nos dias de hoje. Ele é marcado por características fundamentais e que nos levam a rememorarmos alguns dos impactos de recentes reformas ocorrida no meio social seja nos limites do nosso território seja em nível de globalização. Refiro-me principalmente à formação de uma nova sociedade, conhecidas como sociedade da

---

<sup>1</sup> Fonte: <https://www.cers.com.br/noticias-e-blogs/noticia/a-prisao-do-senador-delcidio-foi-flagrante-ou-preventiva>. Acesso em 23/12/15.

<sup>2</sup> Fonte: <http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/260712345/delcidio-foi-presos-em-flagrante-por-crime-inafiancavel>. Acesso em 23/12/15.

informação consequência quase que lógica da revolução digital que se espraia cada vez mais em diversas esferas e níveis sejam políticos, filosóficos, governamentais, processuais, criminais, etc.

Nas palavras de Daniel Sarmento "O Direito brasileiro vem sofrendo mudanças profundas nos últimos tempos, relacionadas à emergência de um novo paradigma tanto na teoria jurídica quanto na prática dos tribunais, que tem sido designado como "Neoconstitucionalismo"<sup>3</sup>.

Uadi L. Bulos observa que o **Neoconstitucionalismo** é o mesmo que o **constitucionalismo contemporâneo** (século XVIII até os dias atuais). Essa fase, diz, "é marcada pela existência de documentos constitucionais amplos, analíticos, extensos, a exemplo da Constituição brasileira de 1988"<sup>4</sup>.

Pedro Lenza<sup>5</sup>, ao discorrer sobre o **neoconstitucionalismo** menciona outros termos que acabam retratar a mesma realidade jurídica. Vejamos, fala-se em **pós-positivismo** ou **constitucionalismo pós-moderno** como verdadeiro sinônimos da fase neoconstitucionalista. Inclusive esta idéia encontra também arrimo na obra de Kildare<sup>6</sup>. Cita aquele autor alguns pontos marcantes do neoconstitucionalismo que, dentre outros, podem ser lembrados como **a Constituição sendo:**

1. **Elemento central** de todo o ordenamento jurídico;

---

<sup>3</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. <http://www.danielsarmento.com.br/wpcontent/uploads/2012/09/O-Neoconstitucionalismo-no-Brasil.pdf>. acesso em 13/5/13.

<sup>4</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. Direito constitucional ao alcance de todos / Uadi Lammêgo Bulos. 4º ed. rev. atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 68, de 21-12-2011. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 100.

<sup>5</sup> LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 17ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 55

<sup>6</sup> CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional – Teoria do Estado e da Constituição-Direito Constitucional Positivo. 17ª ed., ver. Atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 222.

2. Ela como **norma fundamental** dotada de superioridade absoluta;
3. Trazendo uma **carga axiológica** como vetor paradigmático retratando a atual condição da sociedade como um todo, com destaque para a **dignidade da pessoa humana**;
4. A pretensão de **concretizar os valores** previstos no texto constitucional
5. A **garantia de um mínimo existencial**<sup>7</sup> a propiciar uma efetivação das reais condições da pessoa humana tenha dignidade e isso é concretizado a partir da observância dos chamados direitos fundamentais;

#### **O que se entende por constitucionalismo do futuro?**

Consiste numa acepção apresentada por Uadi Lammêgo Bulos , citando José Roberto Dromi, resulta num "aperfeiçoamento de um conjunto de idéias" que passaram por uma valorização no âmbito do processo evolutivo.

É a esperança por um futuro mais promissor. **Cita o autor que o alívio imediato para os males em geral da humanidade é seguir o Evangelho de Jesus.** Trata-se de buscar nas bases cristãs (independentemente da religião) ideais de **ética, moral, solidariedade, universalidade**, entre outros. Nesse sentido também, entre outros doutrinadores, Pedro Lenza faz também menção ao Dromi.

Em conclusão, levando-se em considerações os aspectos jurídicos, éticos, axiológicos e sociais supramencionados podemos afirmar que o Brasil entra numa **nova era de direitos** e, aqui, não teremos a pretensão de categorizar de qual geração dos Direitos Fundamentais estaremos a vislumbrar, mas, com certeza, uma mudança de **paradigmas** das decisões judiciais por completo em que é levada em consideração a efetividade da aplicabilidade normativo-constitucional a "qualquer pessoa" garantindo-se a preservação das instituições democráticas do Estado de Direito.

---

<sup>7</sup> Marcelo Novelino doutrina no sentido de que o mínimo existencial seria o conjunto de bens e utilidades indispensáveis para uma vida humana digna.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 1994.

BARROSO, Luiz Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4ª ed. e São Paulo: Saraiva, 2013.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 1994. \_\_\_\_\_ . Hermenêutica e Interpretação Constitucional. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos, 2010. BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 28ª ed., São Paulo:Malheiros,2012. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo de Extradicação. n. 633, Rel. Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 28 de agosto de 1996. Disponível em: [http:// www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br) (titularidade de direitos fundamentais por parte dos estrangeiros).

BRITTO, Carlos Ayres. Teoria da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BULOS, Uadi Lammêgo. Direito constitucional ao alcance de todos / Uadi Lammego Bulos. 4º ed. rev. atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 68, de 21-12-2011. - São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional - Teoria do Estado e da Constituição-Direito Constitucional Positivo. 17ª ed., ver. Atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F; SARLET, Ingo W; STRECK, Lenio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo:Saraiva/Almedina, 2013. 2380 p. \_\_\_\_\_ , Direito Constitucional. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CENEVIVA, Walter. Direito constitucional brasileiro. 3ª ed. atual. - São Paulo: Saraiva, 2003.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 8ª ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2014. CUNHA, Sérgio Sérvulo da Cunha;

GRAU, Eros Roberto (Org.). Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos da teoria geral do Estado. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.



DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. 5ª ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006 FIGUEIREDO, Lúcia Vale de. Curso de direito administrativo. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995. FILHO,

Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. 38 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FILHO, Marçal Justen. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 8ª ed. São Paulo: Dialética, 2000.

GASPARINI, Diógenes. 1934- Direito Administrativo- 9. Ed. Ver. E atual.-São Paulo: Saraiva, 2004

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel - SANTOS FILHO, Ronaldo Fenelon (coordenadores.). Ação popular - Aspectos relevantes e controvertidos. 1ª ed. São Paulo: RCS Editora, 2006.

JÚNIOR, José Cretella. Curso de direito administrativo. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 14ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. Direito Constitucional Esquematizado. 17ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

LLOYD, Dennis, A idéia de lei. Tradução Álvaro Cabral, 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes. 1998.

MARQUES, Benedito Ferreira. Direito agrário brasileiro. 7ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2007.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito da seguridade social. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. MEDUAR. Odete (org.). Licitações e contratos administrativos. São Paulo: NDJ, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de direito administrativo. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de direito administrativo. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional/ Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. - 8ª ed. rev. e atual.- São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. Homenagem à doutrina de Peter Häberle e sua influência no Brasil.

Fonte:[http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda\\_pt\\_br/an](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda_pt_br/an)

exo/Homenagem\_a\_Peter\_Haberle\_\_Pronunciamento\_\_3\_1.pdf.  
Acesso em: 24/07/2014.

MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990. MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. O espírito das leis : as formas de governo, a federação, a divisão de poderes, presidencialismo versus parlamentarismo / Montesquieu; introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. - 3 ed. aum. - São Paulo: Saraiva, 1994

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006. MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional Administrativo. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Atlas, 2002.

MUKAI, Toshio. Direito administrativo sistematizado. Saraiva: 1999 NOVELINO, Marcelo. Direito constitucional para concursos. 1ª ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Forensis, 2007. SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. <http://www.danielsarmento.com.br/wpcontent/uploads/2012/09/ONeoconstitucionalismo-no-Brasil.pdf>. acesso em 13/5/2013.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. STRECK, Luiz Lenio. A interpretação do direito e o dilema acerca de como evitar juristocracias: a importância de peter häberle para a superação dos atributos (eigenschaften) solipsistas do direito. Fonte: <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/561/373>. Acesso em 25/07/2014.

TAVARES, Marcelo Leonardo. Direito previdenciário: regime geral de previdência social e regras constitucionais dos regimes próprios de previdência social. 12ª ed. rev. e ampl. e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2010. SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional. São Paulo, Malheiros, 1999.

TSUTSIYA, Augusto Massayuki. Curso de direito da seguridade social. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

**Sobre o autor:**

**João Batista Caldeira de Oliveira Júnior**

É Professor Universitário - Mestre pela UNESP (Universidade Estadual Paulista) – Franca – advogado- atualmente lotado no cargo de Analista da Justiça Federal – TRF3º Região

E-MAIL: [jbcojr@gmail.com](mailto:jbcojr@gmail.com)

Site Oficial: [WWW.ABCDIREITOCONSTITUCIONAL.COM.BR](http://WWW.ABCDIREITOCONSTITUCIONAL.COM.BR)

