

DIREITO PÚBLICO ADMINISTRATIVO

ARTIGO

DA CRÍTICA DE HANS Kelsen ÀS IMUNIDADES PARLAMENTARES

FROM THE CRITICISM OF HANS Kelsen TO PARLIAMENTARY IMMUNITY

ENÉIAS XAVIER GOMES

Promotor de Justiça

Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil

eneiasxg@hotmail.com

RESUMO: Este texto, ao analisar a crítica de Kelsen às imunidades parlamentares, tem por escopo demonstrar que o instituto é um resquício das monarquias, não encontrando alicerce no sistema republicano, em que o Poder Legislativo apresenta-se livre de ingerências indevidas.

PALAVRAS-CHAVE: Imunidades parlamentares; crítica; Kelsen.

ABSTRACT: While analysing the criticism of Kelsen to the parliamentary immunities, this text aims at demonstrating that the institute is a trace of the monarchies and does not have any foundation in the republican system, in which the legislative power presents itself free of undue interference.

KEY WORDS: Parliamentary immunity; criticism; Kelsen.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Espécies. 3. Origem e fundamentos. 4. A crítica de Kelsen. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O instituto das imunidades parlamentares é um tema que suscita discussões e reflexões recorrentes, sendo elogiado por grande parte dos doutrinadores.

As imunidades parlamentares podem ser definidas como prerrogativas conferidas aos membros dos órgãos legislativos, tendo como finalidade a proteção do exercício do mandato.

Segundo o *Vocabulário jurídico* de Silva (1990, p. 436):

Imunidade – do latim *immunitas* (isenção, dispensa), entende-se o privilégio outorgado a alguém, para que se livre ou se isente de certas imposições legais, em virtude de que não é obrigado a fazer ou cumprir certo encargo ou certa obrigação, determinada em caráter geral.

Em princípio, é atribuída a certas pessoas, em face de funções públicas exercidas (parlamentares, congressistas, diplomatas). E, por ela, é assegurada às mesmas uma soma de regalias e prerrogativas excepcionais em relação às demais pessoas.

A imunidade coloca às pessoas, a quem se atribuem semelhantes prerrogativas ou regalias, proteção especial.

Percebe-se que sua conceituação concede ao instituto conotação de privilégio, em que pese a sua origem como instrumento de preservação do Poder Legislativo contra as ações repressivas e arbitrárias de que possam ser vítimas seus representantes.

A denominação “imunidades parlamentares” abrange suas duas modalidades: material e formal.

2. Espécies

2.1. Imunidade material

A imunidade material, real, substancial, absoluta, também chamada de indenidade e inviolabilidade, consiste na liberdade de palavras, opiniões e votos – *freedom of speech*.

Atualmente, no nosso ordenamento jurídico, essa imunidade encontra-se consagrada no art. 53 da Constituição Federal, consistente em hipótese de exclusão do crime pelas opiniões, palavras e votos proferidos pelos parlamentares no exercício das funções.

Em monografia sobre o tema, salienta Juliana Campos Horta de Andrade (2000, p. 30):

A inviolabilidade caracteriza-se como uma derrogação de normas penais e cíveis a favor dos parlamentares no exercício de suas funções. Refere-se à prerrogativa concedida aos parlamentares para exercerem suas atividades com a mais ampla liberdade de palavra, discussão, opiniões e votos.

No mesmo sentido, a opinião de Léon Duguit e Joseph Barthélemy, citados por Raul Machado Horta (1995, p. 597):

A inviolabilidade obsta a propositura de ação civil contra o parlamentar, por motivo de opinião ou votos proferidos no exercício de suas funções. Ela protege, igualmente, os relatórios e os trabalhos nas Comissões. É absoluta, permanente, de ordem pública. A inviolabilidade é total. As palavras e opiniões sustentadas no exercício do mandato ficam excluídas de ação repressiva ou condenatória, mesmo depois de extinto o mandato. É a *insindacabilità* das opiniões e dos votos, no exercício do mandato, que imuniza o parlamentar em face de qualquer responsabilidade: penal, civil, administrativa, e que perdura após o término do próprio mandato.

2.2. Imunidade formal

A imunidade formal, processual, relativa, também chamada de propriamente dita, consiste na liberdade contra prisões ou processos contra parlamentares – *freedom from arrest*.

Dessa forma, apresenta dupla composição: projetando-se sobre a prisão ou o processo, conforme elucida José Afonso da Silva (2006, p. 353):

A imunidade (propriamente dita), ao contrário da inviolabilidade, não exclui o crime, antes o pressupõe, mas impede o processo. Trata-se de prerrogativa processual. É esta a verdadeira imunidade, dita formal, para diferenciar da material. Ela envolve a disciplina da prisão e do processo de congressistas.

A redação original da atual Constituição brasileira, em seu art. 53, §1º,¹ abrangia as duas formas. Logo, exigia prévia licença da Casa respectiva para prisões e processo.

Com a promulgação da Emenda Constitucional n. 35, de 20 de dezembro de 2001, alterou-se o art. 53² e conseqüentemente o

¹ Art. 53 [...]

§1º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Casa.

² 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.

conteúdo da imunidade formal em relação ao processo, dispensando no seu § 3º a necessidade de prévia autorização da Casa para a ação penal, facultando apenas a sustação do andamento do processo durante o mandato.

Neste sentido, salienta Kildare Gonçalves Carvalho (2005, p. 628):

É que o princípio da improcessabilidade de que tratava a norma constitucional anterior foi substituído pelo da processabilidade. Os congressistas, portanto, poderão sofrer processo penal independentemente de qualquer deliberação prévia da Casa respectiva. A inovação introduzida pela EC n. 35/2001, nessa matéria, permite que a Casa respectiva, por maioria absoluta, e por iniciativa de partido político suste, a qualquer momento, após o recebimento da denúncia, o processo-crime, até a decisão final.

3. Origem e fundamentos

O instituto surgiu para garantir a independência do Poder Legislativo, possibilitando o desempenho das funções pelo parlamentar sem que esse se submetesse a outros poderes.

Suas raízes se encontram na Roma Antiga – em que os tribunos, magistrados plebeus, ao representarem a plebe no senado romano, não cometiam delitos decorrentes de suas atividades – e também na Grécia Antiga – em que os oradores, ao subirem na tribuna, adquiriam inviolabilidade pelas palavras proferidas.

A prerrogativa, nos atuais contornos, surgiu na Declaração de Direitos da Inglaterra, a *Bill of Rights*, em 1689, manifestada através do *freedom of speech*, com a finalidade de proteger o membro do Parlamento contra as prisões arbitrárias determinadas pelo rei.

Consolidou-se na Revolução Francesa, no final do século XVIII. Atualmente, encontra previsão na maior parte das constituições. No direito brasileiro, encontra-se registrada em todas as Constituições, desde a Imperial de 1824, que, em seu art. 26, já previa as duas formas.

Analisando-se os precedentes históricos, é fácil concluir que as imunidades surgiram como forma de garantia contra as violências do rei e especialmente do poder armado, obstando a ingerência na atividade parlamentar. Objetivava-se garantir o livre exercício das funções parlamentares, evitando-se a manipulação fraudulenta de ações penais e preservando-se a manifestação do pensamento.

Com a formação do Estado Liberal, o instituto ganhou importância, sendo visto pela maioria dos doutrinadores como sustentáculo para a existência do liberalismo e do *laissez faire*. José Alfredo de Oliveira Baracho (1982, p. 40) salienta sua finalidade protetiva:

As imunidades parlamentares são prerrogativas de Direito Público, estabelecidas em benefício da função parlamentar, com o objetivo de garantir a situação individual dos membros do Parlamento.

No mesmo sentido, salienta Alexandre de Moraes (2002, p. 2):

Dentro da independência harmoniosa que rege o princípio da Separação de Poderes, as imunidades parlamentares são institutos de vital importância, visto buscarem, prioritariamente, à proteção dos parlamentares, no exercício de suas nobres funções, contra os abusos e pressões dos demais Poderes; constituindo-se, pois, um direito instrumental de garantia de liberdade de opiniões, palavras e votos dos membros do Poder Legislativo, bem como de sua proteção contra prisões arbitrárias e processos temerários.

Entretanto, esta suposta importância das imunidades, a partir do Estado Liberal, recebeu inúmeras críticas de Hans Kelsen.

4. A crítica de Hans Kelsen

A cultura político-jurídica, no Ocidente, durante o século XX, sofreu enorme influência decorrente dos pensamentos de Hans Kelsen, que, ao desenvolver a “Teoria Pura do Direito”, atingiu o ápice do positivismo jurídico.

Em suas reflexões contidas no artigo “O problema do parlamentarismo”, publicado em 1929, Hans Kelsen demonstrou que a luta no fim do século XVIII e início do XIX contra a autocracia visava estabelecer a instituição parlamentar, concedendo à vontade popular uma importância decisiva na atividade estatal.

No entanto, embora o parlamentarismo como forma de governo tenha possibilitado a emancipação da classe burguesa ante os privilégios da nobreza e posteriormente a equiparação política do proletariado, a nova forma de governo sofria várias críticas. Os partidos de extrema direita e esquerda opunham-se ao princípio parlamentar, invocando a ditadura ou uma organização corporativa. Na essência, as críticas visavam o retorno de uma nova autocracia marcada por uma ditadura de uma classe sobre a outra.

Essa conjuntura motivou Hans Kelsen, que acreditava ser o parlamentarismo a única forma real possível para efetivar-se a idéia de democracia, a rebater as críticas ao parlamentarismo, oriundas principalmente de Carl Schmitt.

Para Kelsen, o princípio da liberdade, dominante no parlamentarismo, apresentava-se numa dupla combinação: princípio da maioria, caracterizado pela renúncia à exigência da unanimidade dos votos na criação da vontade coletiva, e vontade indireta, segundo a qual a vontade estatal não é emanção direta do povo, mas de um parlamento.

A fim de superar este dilema da incapacidade do povo efetuar diretamente a ação criadora da formação da vontade estatal, os parlamentaristas da época, já na formulação da assembléia nacional francesa de 1789, utilizavam-se da ficção da “representação”, compreendendo o parlamento como representante do povo, legitimando-o do ponto de vista da soberania popular.

Imediatamente após a consagração desse modo de criação da organização social, os críticos salientavam que a vontade estatal criada pelo parlamento não exprimia a do povo, que se manifestava apenas no ato das eleições dos parlamentares.

Porém, Kelsen, ao rebater as críticas, admitia que a vontade estatal não era a do povo, todavia não legitimava o parlamentarismo através do princípio da soberania popular, justificando seu valor como meio técnico e social para a criação da organização estatal.

Em sua obra “Teoria geral do direito e do Estado”, publicada em 1945, o autor enfatizava:

Não pode haver qualquer dúvida de que, julgadas por este teste, nenhuma das democracias existentes ditas ‘representativas’ são de fato representativas. Na maioria delas, os órgãos administrativos e judiciário são selecionados por outros métodos que não a eleição popular e, em quase todas as democracias ditas ‘representativas’, os membros eleitos do parlamento e outros funcionários popularmente eleitos, em especial o chefe de Estado, não são responsáveis juridicamente perante o eleitorado. (KELSEN, 2005, p. 414)

Dessa forma, concebia o parlamentarismo como um compromisso entre a liberdade política e o princípio da divisão diferencial do trabalho. Enfatizava que apesar de não ser possível fazer o povo criar diretamente a organização do Estado em todos os seus níveis, era viável torná-lo partícipe do Poder Legislativo, citando como exemplos o *referendo* e a *iniciativa popular*.

Neste diapasão, Kelsen defendia a criação de uma organização partidária mais rígida, admitindo a ideia de “[...] um controle permanente dos deputados por um grupo de eleitores organizados em partido político”. Acreditava que a irresponsabilidade dos parlamentares perante seus eleitores era uma das principais causas da aversão à instituição parlamentar.

Salientava o autor:

A irresponsabilidade do deputado diante de seus eleitores, que é indubitavelmente uma das causas principais da aversão hoje dominante contra a instituição parlamentar, não é de modo algum, como mostrou acreditar a doutrina do direito público do século XIX, um elemento essencial e inseparável do sistema parlamen-

tar, e já em algumas instituições vigentes há, a esse respeito, tentativas dignas de consideração e capazes de um desenvolvimento posterior. (KELSEN, 2000, p. 118).

Como premissa para a responsabilização dos parlamentares, entendia que era necessário abolir, ou, pelo menos, limitar, as já conhecidas “imunidades”, concebidas como requisito essencial do sistema parlamentar, que se afirmava diante das autoridades do Estado e não perante os eleitores. Segundo o professor da Universidade de Viena, o privilégio anacrônico das imunidades era umas das principais causas da antipatia do povo ao parlamentarismo.

Asseverava o autor positivista:

Se o parlamentarismo, durante a sua longa existência, não soube conquistar a simpatia das massas e, menos ainda, a das classes cultas, uma das causas disso deve ser buscada nos abusos a que leva o privilégio absolutamente anacrônico da imunidade. (KELSEN, 2000, p. 119).

Segundo Kelsen, as “imunidades” eram privilégios que remontavam ao tempo da monarquia feudal, em que o parlamento e o governo do rei permaneciam em constante antagonismo. Durante a monarquia feudal e até o início da constitucional, o privilégio encontrava justificativa, pois visava garantir a independência do parlamento diante de eventuais abusos de poder do governo. Porém, não encontrava alicerce na república parlamentar, já que o governo era formado de uma junta do parlamento, sendo submetido ao controle da oposição e da opinião pública, além de existir uma magistratura independente.

Neste sentido, citamos trecho do artigo “O problema do parlamentarismo”, de Kelsen (2000, p. 118-119):

O fato de um deputado não poder ser processado em juízo por um delito comum, e sobretudo detido, sem a permissão do parlamento é um privilégio que remonta ao tempo da monarquia dos ‘estados’, quando era violento o antagonismo entre parlamento e governo do rei. Tal privilégio ainda podia ser justificável

na monarquia constitucional, em que esse antagonismo, mesmo que de forma diferente, ainda subsistia, não estando, porém, totalmente excluído o perigo de os deputados serem subtraídos ao exercício da sua função parlamentar por um abuso de poder do governo – conquanto esse perigo estivesse essencialmente reduzido, graças à independência da magistratura. Mas, numa república parlamentar, em que o governo nada mais é que uma junta do parlamento e é submetido ao mais rigoroso controle da oposição, ou melhor, de toda a opinião pública, e em que a independência da magistratura não é menos garantida do que num regime de monarquia constitucional, é absurdo querer defender o parlamento do governo, que é uma sua emanção.

O autor também rebatia a legitimidade do instituto como meio de proteção da minoria contra o arbítrio da maioria, já que estas poderiam simplesmente conceder a licença para a punição do parlamentar.

No artigo “Essência e valor da democracia”, enfatizava o autor oriundo de Praga:

Tal privilégio tampouco pode ser seriamente considerado como meio de proteção da minoria contra o arbítrio da maioria, transformação de significado apresentada por algumas instituições da república democrática, herdadas da monarquia constitucional. Se não por outro motivo, porque essa proteção da minoria é impossível, já que a maioria poderia decidir entregar o deputado incriminado à autoridade que o solicitasse. (KELSEN, 2000, p. 55)

No tocante às imunidades formais, Kelsen também tecia severas críticas, definindo-as como “[...] uma mutilação totalmente injustificada da tutela jurídica da honra”. Salientava que os meios disciplinares *interna corporis* eram insuficientes para reprimir os excessos nas atividades parlamentares. Asseverava Kelsen (2000, p. 119):

Enfim, é de todo inadmissível em nossos dias o costume de reprimir apenas com os meios disciplinares destinados à manutenção da ordem interna da Câmara, como a chamada ‘à ordem’ ou ‘ao fato’, verdadeiros delitos de que os deputados se tornam culpados durante um discurso parlamentar, sob pretexto de que foram cometidos no exercício das suas funções.

O autor, radicalmente contrário às imunidades no Estado moderno, demonstrava a impossibilidade de o próprio parlamento julgar seus membros, defendendo o julgamento por um tribunal independente ou até mesmo pelo próprio partido.

Na primeira vez em que sua doutrina apareceu de forma acabada e sistemática, já enfatizava o autor:

Oferece graves dificuldades conceder ao mesmo corpo representativo a decisão sobre a perda do mandato ou acerca de estarem ou não verificados os pressupostos legais sob os quais essa perda deve efetuar-se. É preferível recorrer a um tribunal independente, inclusive para a mera proposição, apesar de que essa última poderia corresponder também aos partidos organizados. (KELSEN, 1979, p. 449, tradução nossa).³

Percebe-se que, em que pese às inúmeras divergências entre o Kelsen e Carl Schmitt, ferrenho opositor ao parlamentarismo democrático, ambos apresentam pensamentos convergentes no tocante às imunidades. Carl Schmitt, em sua obra “Teoría de la Constitución”, ao criticar o caráter representativo do parlamento, classifica o instituto como um “assombroso privilégio”:

A proteção dos deputados frente a procedimentos penais e limitações da liberdade pessoal é um direito do Parlamento como um todo, não do deputado individualmente. Também esse privilégio é apenas uma de tantas consequências do caráter representativo do parlamento. As ocasiões históricas que resultaram nessa posição privilegiada (prisões arbitrárias de deputados pelos Monarcas) não são, por si só, explicação suficiente para tão assombroso privilégio. (SCHMITT, 1927, p. 366, tradução nossa).⁴

³ Ofrece graves dificultades conceder al mismo cuerpo representativo la decisión sobre la pérdida del mandato, o acerca de si están dados o no los supuestos legales bajo los que esa pérdida debe efectuarse. Es preferible acudir a un tribunal independiente, incluso para la mera proposición, si bien esta última podría corresponder también a los partidos organizados.

⁴ La protección de los diputados frente a procedimientos penales y limitaciones de la libertad personal es un derecho del Parlamento como totalidad, no del diputado

Dessa forma, constata-se, segundo Kelsen, que as imunidades eram as garantias aos parlamentares de que não seriam subtraídos de suas funções por abusos emanados de adversários políticos ou do governo. Esse temor era evidente durante o período da Revolução Francesa, tendo em vista a instabilidade, decorrente dos constantes abusos do monarca.

Nessa perspectiva, Kelsen concluiu que, nos países democraticamente estáveis, essa garantia se tornava um privilégio parlamentar, acobertando violações aos bens tutelados pelo Estado.

5. Considerações finais

O nascimento do Estado de Direito foi pautado pela substituição do príncipe pelo cidadão, adotando-se uma concepção liberal individualista e garantindo-se os direitos individuais. Houve evidente substituição do Estado despótico, em que os indivíduos tinham apenas deveres, pelo Estado liberal, em que os cidadãos eram dotados de direitos públicos.

Não obstante os tremendos avanços, a revolução social, consequência da Primeira Guerra Mundial, trouxe inúmeras contestações à democracia, decorrentes principalmente das ditaduras partidárias de esquerda e de direita.

Assim, Kelsen, em nome da democracia e da liberdade política, defendia arduamente o novo Estado, sem esconder as fraquezas do sistema. Sob esse prisma, um dos temas tratados por Kelsen foi a crítica às imunidades.

individual. También este privilegio es solo una de tantas consecuencias del carácter representativo del parlamento. Las ocasiones históricas que dieron lugar a esa posición privilegiada (prisiones arbitrarias de diputados por los Monarcas) no son, por sí solas, explicación bastante para tan asombroso privilegio.

As imunidades parlamentares tiveram um papel decisivo nos regimes monárquicos. Entretanto, não encontravam fundamento a partir da passagem do Estado Absolutista para o Estado Liberal de Direito, conforme já salientava Kelsen, entendendo-o como mecanismo de impunidade. O autor austríaco, há cerca de noventa anos, já apontava a desnecessidade do instituto, tendo em vista a autonomia do Legislativo perante os demais poderes, a independência da magistratura e da imprensa.

Se naquela época as imunidades já não tinham fundamento, o que dirá nos dias atuais. Atualmente, o sistema constitucional concede aos parlamentares meios de defesa mais efetivos que o próprio regime das imunidades, através do Poder Judiciário, dotado de garantias que lhe proporcionam independência nas decisões. Citem-se como exemplos o mandado de segurança, o *habeas corpus*, o *habeas data* e o direito de petição, entre outros.

Acrescente-se que, no caso do nosso ordenamento jurídico, há ainda um Ministério Público, sobretudo após a sua independência assegurada pela Constituição Federal de 1988, livre de ingerências políticas espúrias e legítimo defensor da sociedade.

Inclusive, no caso do Brasil, há uma distribuição de atribuições entre os agentes do sistema processual penal, polícia, Ministério Público e Poder Judiciário, que impede os abusos.

Portanto, conforme já apregoado por Hans Kelsen, desde o início do século XX, faz-se necessário o fim ou pelo menos a restrição das imunidades parlamentares que, no sistema republicano, não se aproximam da impunidade apenas no vocabulário.

6. Referências bibliográficas

ANDRADE, Juliana Campos Horta de. *Imunidades parlamentares*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2000.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Imunidades parlamentares. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 277, 1982.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional Positivo*. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____. *Direito Constitucional*. 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

KELSEN, Hans. *A Democracia*. Trad. Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla, Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Teoría general del Estado*. Trad. Luis Legaz Lacambra. México: Editora Nacional, 1979.

_____. *Teoria geral do direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MORAES, Alexandre de. Imunidade parlamentar. *Revista Prática Jurídica*, Brasília, DF, ano 1, n. 4, p. 24-25, jul. 2002.

SCHMITT, Carl. *Teoría de La Constitución*. Trad. Francisco Ayala. Madrid: Editora Revista de Derecho Privado, 1927.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26. ed. São Paulo: Mandamentos, 2006.

Artigo recebido em: 28/09/2009

Artigo aprovado em: 23/02/2012

DOI: 10.5935/1809-8487.20120041