

## **A Mutação Constitucional da Inafiançabilidade**

**Claudio Watrin de Araújo**

### **1. A DIGNIDADE CONSTITUCIONAL DA INAFIANÇABILIDADE**

A inafiançabilidade tem sido indubitavelmente um dos institutos mais ignorados do direito brasileiro. Os doutrinadores do direito processual penal já há muito tempo a tratam com certo desdém, e os constitucionalistas tampouco a veem com grande estima, sendo que nem mesmo os manuais mais completos lhe dispensam maior atenção.

Tamanho descaso para com um instituto incluído no rol de direitos fundamentais da Constituição da República é irredimível, mormente se levada em consideração a grande discrepância jurisprudencial gerada pelo tema. É imperativo recordar que o Poder Constituinte Originário relacionou como inafiançáveis nada menos do que seis diferentes categorias de delitos – racismo, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes, crimes hediondos, terrorismo e ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático – o que já bastaria para justificar um estudo mais focado sobre o tema.

Outrossim, trata-se de um instituto assaz relevante dentro do sistema constitucional de imunidades parlamentares, na medida em que o art. 53, § 2º da Lei Maior somente autoriza a prisão de Deputados e Senadores na existência de situação de flagrância de crimes para os quais a fiança seja inacessível.

Convém registrar igualmente que as variadas interpretações que os tribunais têm conferido à matéria afetam sobejamente direitos e garantias fundamentais tais como a liberdade dos cidadãos, a reserva de jurisdição para as prisões cautelares e a obrigação de motivação das decisões judiciais, especialmente se considerado o fato de que muitos réus permanecem detidos por período prolongado unicamente porque consta do auto de prisão em flagrante lavrado pela autoridade policial menção a delito inafiançável, o que leva a alguns juízes a manterem a prisão de forma automática.

Finalmente, vê-se que a própria observância do devido processo legal pode exhibir íntima relação com a interdição da caução, tendo em vista que o Código de Processo Penal distingue o rito procedimental para delitos afiançáveis praticados por servidor público, fazendo com que imputações de delitos inafiançáveis a servidores trilhem caminho processual diverso.

O tema demonstra ao mesmo tempo grande atualidade, diante do novo fôlego dado à fiança criminal com a recente sanção da Lei nº 12.403 de 2011, evento que demanda novas reflexões sobre esta medida cautelar e sobre as situações de sua inacessibilidade. Para melhor compreender a inserção da questão dentro do todo maior que é o processo penal constitucional, faz-se necessária uma reconstrução temporal da inafiançabilidade, expondo-a inicialmente nos moldes em que ela foi construída pelo legislador de 1941, como consequência de um modelo processual que albergava a malquistada prisão preventiva obrigatória.

Em seguida, é forçoso acompanhar a contradição inserida na sistemática codificada com a supervalorização da liberdade provisória sem fiança, que relegou a inafiançabilidade ao ostracismo. Feito isso, será necessária a análise da divisão conceitual que surgiu após a promulgação da Constituição de 1988, quando a inafiançabilidade decorrente da Lei Maior separou-se daquela instituída pela legislação ordinária. Será necessário mostrar nesse passo a discrepância instalada na mais alta Corte brasileira, demonstrando a imensa dificuldade em compatibilizar a inafiançabilidade com as garantias de um processo penal moderno e tributário dos direitos e garantias indeclináveis do réu.

Ao final, chega-se ao momento presente, no qual se vislumbra um processo de mutação constitucional do instituto aqui estudado, que enfim se desvencilha dos significados anteriores que antes lhe eram conferidos para revestir-se de um novo perfil, mais adequado a um processo penal equilibrado e que preserve os valores constitucionais em sua inteireza.

## 2. A INAFIANÇABILIDADE NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE 1941

O CPP vigente no Brasil desde 1941 nasceu comprometido com as ideologias totalitárias que grassavam pelos Estados na primeira metade do Século XX. Para realizar essa constatação, é suficiente notar que ele foi editado sob a égide da ditadura varguista, tendo como principal referencial teórico a legislação processual penal da Itália fascista. Suas bases são decididamente autoritárias, nutridas por um espírito inquisitivo, atributos facilmente perceptíveis na disciplina original do subsistema das medidas cautelares, que se reportavam à liberdade como provisória quando, em um Estado Democrático de Direito, na realidade provisória deveria ser a prisão.

É inegável que o Código, quando de sua promulgação, comungava com uma certa presunção de culpa do acusado. A simples assunção do *status* de réu bastava para que seu encarceramento fosse reputado necessário, pois desta condição se inferia uma nocividade ao convívio social que deveria ser neutralizada pela ação do Estado. Prova maior disso era a redação inicial do art. 312 do Código, que dispunha sobre a decretação obrigatória de prisão preventiva para todos aqueles que respondessem por crimes sancionados com tempo de reclusão igual ou superior a dez anos. Foi um dispositivo que inspirou críticas mesmo à época de sua confecção (BARROS, 1957, p. 125), por subtrair do juiz a capacidade de avaliar em cada caso se o inculpatado de fato oferecia ou não risco à sociedade.

O mesmo contexto que consagrou a prisão preventiva obrigatória fez brotar a questão da inafiançabilidade. É de se lembrar que, a princípio, entendia-se que a liberdade provisória, com ou sem fiança, era apenas sucedânea da prisão em flagrante, ou seja, era medida cautelar (ou contracautela, a depender da doutrina consultada) admitida somente quando o suspeito era surpreendido durante ou logo após o ato delinquente<sup>1</sup>. E a caução, nestes tempos, figurava no cerne da estrutura da liberdade provisória, o que implicava dizer que os tipos morfológicos de liberdade provisória eram formatados de acordo com a exigência, dispensa ou negação da fiança.

Destarte, a liberdade provisória assumia diversas feições, estabelecidas gradativamente conforme a magnitude do delito. Em um primeiro degrau, na base da escala, o réu podia livrar-se solto, "independentemente de fiança", nos dizeres

da antiga redação do art. 321 do CPP 2, caso respondesse por prática de delitos não punidos com privação da liberdade, ou com penas máximas não superiores a três meses. Não havia maior preocupação das autoridades em tomar do acusado o compromisso de comparecimento nos subsequentes atos do inquérito policial e da instrução criminal, pois a ação delituosa era de uma lesividade tão baixa que o Estado não manifestava maior interesse na atividade repressiva (OLIVEIRA, 2000, p. 160).

Já em um degrau seguinte, a liberdade provisória era concedida nos termos do art. 310 do Código, mediante termo de comparecimento aos atos do processo. Essa forma de obter a liberdade *excepcionalmente* prescindia de fiança (ARRUDA JR., 1982, p. 123), e se justificava pela aparente presença de uma causa excludente de antijuridicidade. A conduta portanto não encerrava em si qualquer danosidade social, o que tornava descabida a reclamação de quaisquer compromissos mais gravosos ao réu (BATISTA, 1985, p. 43).

Em seguida, achavam-se os delitos afiançáveis, nos quais a liberdade provisória só se franqueava mediante a prestação de garantia real, tendo esta o duplo propósito de assegurar o pagamento das eventuais custas do processo e de substituir a prisão, vinculando o acusado à *persecutio criminis*. E por fim, já no último estágio da linha graduada, estavam os delitos inafiançáveis, apenados com reclusão, para os quais não poderia se dar ao réu nenhum tipo de liberdade provisória (GARCIA, 1945, p. 214), o que se traduzia na manutenção da prisão em flagrante até o final do processo.

Vê-se assim que, muito embora a fiança estivesse na essência do sistema de liberdade provisória, não eram muitas as infrações efetivamente afiançáveis, uma vez que para todas aquelas punidas com maior contundência a restituição da liberdade se fazia impossível. A inafiançabilidade era uma forma de manter no cárcere todos os suspeitos de cometer crimes graves, com lastro na suposição de que sua liberdade afetaria negativamente a ordem social.

Semelhante lógica encontrava-se presente ainda em outras hipóteses de proibição da fiança, pautadas do mesmo modo na ideia de que certas categorias de pessoas eram inerentemente ameaçadoras à harmonia social. Era o caso de vadios e mendigos, que, no entender do legislador de 1941, violavam um dever social de trabalhar, entregando-se à ociosidade de maneira tal que não poderia haver a certeza de que eles não fugiriam (GARCIA, 1945, p. 165) – um verdadeiro "resquício autoritário das Ordenações Filipinas que mandavam prender aquele que não vivia com o senhor ou com amo" (MACHADO, 2005, p. 131). O juízo de periculosidade quanto aos ociosos era tão presente que, ainda que a vadiagem estivesse formalmente caracterizada como contravenção, podia-se dispensar sentença condenatória para comprová-la, podendo ela ser evidenciada nos autos de outras maneiras. Da mesma sorte, rejeitava-se liberdade provisória aos que já tivessem contra si condenação penal, sendo que a legislação sequer aludia à reincidência, bastando que houvesse um pronunciamento judicial desfavorável anterior (COSTA, 1997, p. 50).

### 3. NATUREZA ORIGINAL DA INAFIANÇABILIDADE:

#### PRESUNÇÃO DE PERICULOSIDADE CONTRA O RÉU

A necessidade de se conservar na cadeia quem ainda não fora declarado culpado pelas autoridades competentes tem seus alicerces fincados na prisão preventiva para salvaguarda da ordem pública. A inafiançabilidade, entendida como óbice à restituição da liberdade a indivíduos supostamente prejudiciais ao convívio harmônico da sociedade, era nada mais do que uma forma mascarada de prisão preventiva para garantia da ordem pública, porém com um aspecto que a diferenciava da prisão preventiva obrigatória *stricto sensu*. É que ela não se limitava às infrações punidas de modo particularmente rigoroso, como exigia a redação original do art. 312 do Código, o que a fazia alcançar um conjunto muito maior de delitos, operando sempre que se verificasse o estado de flagrância.

Como é de conhecimento geral, uma prisão provisória, por não ter conteúdo de declaração de culpabilidade e não decorrer de cognição sumária, precisa demonstrar os requisitos de qualquer restrição cautelar da liberdade no processo penal, quais sejam, o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*. Portanto, somente pode ser decretada na presença de indícios veementes de que o sujeito efetivamente praticou o delito, e de que sua liberdade mostra-se perniciosa para o bom andamento do processo ou para a segurança da coletividade.

A inafiançabilidade, como modalidade análoga à prisão cautelar para garantia da ordem pública, também apresentava, à sua maneira, estes requisitos. O *fumus comissi delicti* se constatava pelo fato da fiança ser primariamente substitutiva da prisão em flagrante, que oferece a certeza visual da prática delitativa. Logo, a própria situação de flagrância já oferecia os indícios de autoria necessários à determinação da prisão cautelar. Já o *periculum libertatis* advinha da própria manifestação do legislador, que entendia que certas transgressões violavam de forma tão intensa o bem jurídico tutelado pela norma penal que seus eventuais perpetradores não poderiam permanecer livres durante o transcorrer do processo.

Essa presunção de periculosidade, é preciso que se diga, não foi criação do legislador brasileiro, já que prisões obrigatórias são comuns em países de vários continentes e culturas díspares (LIMA, 2009, p. 268). Mesmo nos Estados Unidos já se admitiu a prisão automática de certos acusados, não obstante o fato da Constituição daquele país coibir a estipulação de fianças muito altas, para inibir o subterfúgio utilizado por alguns juízes de fixar valores exorbitantes no intuito de impossibilitar o retorno do réu ao meio social. A Suprema Corte daquele país julgou admissível a inafiançabilidade como forma de prisão *a priori* necessária no caso *United States vs. Salerno 3*, no qual argumentou-se que o Estado tem uma legítima pretensão de regulação da vida em sociedade, podendo tomar as providências para que suspeitos de cometer crimes graves não readquirissem sua liberdade. Foi um juízo inteiramente calcado na teoria econômica da regulação, que impele o governo a agir sempre que se perceba a existência de um risco de grande vulto à sociedade – de modo que crimes entendidos como especialmente sórdidos costumemente levam os governos a reagirem com a prisão cautelar dos suspeitos, como bem apontou artigo publicado na *Harvard Law Review* (2002, p. 1229). Deste modo, evitando-se qualquer possibilidade de se alegar afronta à presunção de inocência, sempre se recorre ao argumento de prevenção de riscos sérios à sociedade para justificar a segregação, às custas, claro, dos direitos do incriminado.

No tocante ao direito brasileiro, é oportuno assinalar que, não obstante os esforços teóricos promovidos pela doutrina para atestar a ampla dimensão do estado de não culpabilidade, presunções que funcionam contra o réu não são tão incomuns

quanto se poderia imaginar. Basta lembrar que o Código Penal agasalhou disposições sobre periculosidade inerente a certas pessoas consideradas de "desajustamento social de suma gravidade" (BRUNO, 1967, p. 181) até a reforma da Parte Geral de 1984, e que a Lei de Contravenções Penais ostenta até hoje disposições parecidas em seu art. 14. Outrossim, a teoria da *actio libera in causa* não deixa de ser uma maneira de presumir dolo ou culpa (NUCCI, 2010, p. 250) 4, e o flagrante presumido do art. 302, IV, do CPP carrega já em seu nome o espírito de um raciocínio que opera contra o suposto delinquente 5. O próprio STF referendou a noção da inafiançabilidade como um juízo de periculosidade feito de antemão pelo legislador, como se lê a seguir:

"O título prisional em que o flagrante consiste opera por si mesmo; isto é, independentemente da presença dos requisitos do art. 312 do CPP. Há uma presunção constitucional de periculosidade da conduta protagonizada pelo agente que é flagrado praticando crime hediondo ou equiparado. A Constituição parte de um juízo apriorístico (objetivo) de periculosidade de todo aquele que é surpreendido na prática de delito hediondo, o que já não comporta nenhuma discussão" (STF, HC 103.399-SP, Rel. Min. Ayres Britto, j. 22.06.2010).

Por conseguinte, uma crítica da inafiançabilidade como necessidade prevista por lei de encarceramento não pode se limitar à retórica de que em matéria de direito processual penal, nenhuma presunção pode sobrepor-se à de inocência. Como visto, a argumentação de ofensa a este princípio sempre foi superada pelos diferentes Estados com a tese de que a preservação da segurança pública requer a supressão dos direitos processuais de certos indivíduos, entendimento imanente no CPP de 1941.

#### 4. A LEI FLEURY E A PUTREFAÇÃO DA FIANÇA

A Lei nº 6.416 de 1977, apelidada Lei Fleury, paradoxalmente se propôs a regulamentar a fiança, ao mesmo tempo em que aniquilou seu uso prático. Ela alterou os critérios para definição de um crime inafiançável e ainda proibiu o acesso à fiança para delitos que provocassem alarme social, mas ao mesmo tempo criou uma nova e abrangente possibilidade de concessão de liberdade provisória sem fiança: sempre que não estivessem presentes os requisitos da prisão preventiva.

Com isso, a liberdade provisória sem fiança, dantes de âmbito limitado, passou a estender-se para uma ampla gama de delitos, sendo concessível sempre que o juiz não vislumbrasse os requisitos do art. 312 do CPP (então já refratário à decretação obrigatória de prisão preventiva). No louvável propósito de se diminuir o número de prisões cautelares, criou-se uma situação de desigualdade, pois, para crimes mais sérios, conceder-se-ia liberdade provisória sem fiança, mediante simples comprometimento em fazer-se presente durante os atos do processo. Já para crimes punidos de forma mais branda, continuou-se exigindo, além deste mesmo compromisso, a garantia real. Proibir a fiança passou a equivaler a dispensá-la, uma vez que o acusado de cometer um crime inafiançável poderia fazer jus à liberdade provisória com menor grau de vinculação. Dois degraus da escala da liberdade provisória, inicialmente distantes um do outro – a inafiançabilidade e a dispensa de fiança – tornaram-se aparentemente idênticos.

Estando a liberdade provisória sem maiores ônus por demais acessível, a fiança perdeu importância no subsistema de medidas cautelares, e, com ela, como era de se supor, também a inafiançabilidade ficou destituída de qualquer eficácia social. Essa situação perdurou até 1988, quando houve a promulgação de um novo texto constitucional que, a despeito de jogar novas luzes, decerto benéficas, sobre o processo penal, viria agravar ainda mais a incerteza quanto ao tema aqui estudado.

## 5. A INAFIANÇABILIDADE NÃO É IGUAL A ELA MESMA:

### DIVISÃO DE UMA PROIBIÇÃO CONFORME A FONTE

Mesmo carecendo de maior utilidade, a fiança seguiu firme no coração teórico da liberdade provisória. Basta notar que sempre que o legislador pretendia demonstrar severidade para com uma infração penal, recorria ao expediente da vedação da fiança, pensando-a ainda como uma intensa restrição processual. Assim, pulularam normas que tornavam inafiançáveis práticas tão díspares como os crimes contra o sistema financeiro 6 e as apostas em corridas de cavalo feitas fora do hipódromo 7.

Com a promulgação da atual CR/88, reforçou-se a dualidade do modelo nacional de liberdade provisória, construída a partir da exigência ou não de fiança, como se lê em seu art. 5º, LXVI. A desnecessidade de caução, mesmo tendo nascido como privilégio de crimes de baixíssima lesividade ou de autores que tivessem agido sob o manto das causas de justificação, foi elevada à consagração expressa pela Lei Maior, perdendo a sua aura de exclusividade e ampliando seu alcance.

No entanto, no mesmo art. 5º da CF foram criadas novas situações de inafiançabilidade, que foram entendidas, principalmente no STF, como formas repristinadas de prisão preventiva obrigatória para garantia da ordem pública. A mesma CF/88 que tão claramente prestigiava a presunção de inocência previa também uma certa culpabilidade adiantada para os acusados de alguns delitos catalogados como inafiançáveis (SILVA, J.A., 2005, p. 141), retomando o sentido original do instituto – que incrivelmente passou a conviver ao lado da vacuidade criada pela Lei Fleury.

Passaram a existir então duas distintas classes de crimes inafiançáveis. Na primeira delas, os crimes inafiançáveis por disposição do CPP, não se obstava a concessão de liberdade provisória sem fiança, em conformidade com as alterações introduzidas em 1977. Já na segunda categoria, os crimes inafiançáveis previstos na CR, resgatava-se o significado primitivo de prisão inarredável. Criou-se no Brasil a situação estapafúrdia na qual um instituto não era igual a ele mesmo, exigindo que se buscassem distintas fundamentações para o que era em essência a mesma coisa, ou seja, a inacessibilidade da fiança, a depender da fonte da proibição.

Os crimes constitucionalmente inafiançáveis, estando ainda embebidos na noção de uma periculosidade ínsita a certas condutas, sequer deixaram margem para discussões sobre um possível temperamento do comando, dado os repetidos pronunciamentos do STF no sentido de que para estes casos era inviável a obtenção de liberdade sem fiança, como se lê em voto do Ministro Sepúlveda Pertence frequentemente citado naquela Corte:

"A proibição legal de concessão da liberdade provisória seria inócua, se a afastasse o juízo da não ocorrência, no caso concreto, dos motivos autorizadores da prisão preventiva (...) De outro lado, a proibição da liberdade provisória, nessa hipótese,

deriva logicamente do preceito constitucional que impõe a inafiançabilidade nas referidas infrações penais (...) seria ilógico que, vedada pelo art. 5º, LXII, da CF, a liberdade provisória mediante fiança nos crimes hediondos, fosse ela admissível nos casos legais de liberdade provisória sem fiança" (STF, HC 83.468-0-ES, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 11.11.2003).

O maior rigor para com os crimes constitucionalmente inafiançáveis poderia justificar-se talvez como um efeito de sua categorização como direitos fundamentais coletivos, que devem inspirar o intérprete à maximização de sua efetividade. Não deve causar espanto a colocação de comandos de severidade penal como direitos fundamentais, visto que, com a superação do paradigma do Estado liberal, este deixou de ser visto como um mero ceifador de liberdades para começar a assumir compromissos para com os seus cidadãos, exigíveis na forma de atitudes positivas. A razão de fundo destes direitos fundamentais penalizadores aparece explicada em seguida, tomando como exemplo a inafiançabilidade do racismo:

"E por que não há qualquer paradoxo na localização topológica desta disposição constitucional? Justamente porque o Direito Penal não mais pode ser visto sob uma obsoleta compreensão que nele identifica um braço armado do Estado cujo único efeito consiste na redução do espaço de liberdade individual dos cidadãos. Há muito agrega-se-lhe outra função (...) A proteção normativa ao bem jurídico visa ao pleno desfrute – ou a um maior ou mais intenso desfrute – do direito fundamental ameaçado pela ação que se lhe faça lesiva. Significa dizer: quando o desfrute do direito fundamental – no caso, o de não ser discriminado por razão de raça – encontra-se sensivelmente ameaçado por uma ação que se lhe faça contrária, a redução do espaço de liberdade individual (do agressor) é ponderada (compensada) pelo alargamento do espaço de liberdade individual do titular do direito fundamental potencialmente atingido (o agredido)" (FELDENS, 2005, p. 81).

A questão era que ao admitir-se liberdade provisória sem fiança para acusados de crimes gravíssimos, estar-se-ia esvaziando o instituto constitucional da inafiançabilidade, conforme célebre lição de Scarance Fernandes (1991, p. 37). Seria a transmutação de um direito fundamental coletivo em um direito fundamental individual do inculpatado: em vez de um comando de severidade, um benefício processual penal, eis que um acusado de um crime de maior potencial ofensivo não apenas poderia obter liberdade provisória, como poderia fazê-lo submetendo-se a menores obrigações. Já dos acusados de outras infrações poder-se-ia reclamar caução, trasladando o desequilíbrio processual dos crimes inafiançáveis por disposição do Código àqueles instituídos por cláusula pétrea do texto constitucional.

## 6. A BALBÚRDIA LEGAL E JURISPRUDENCIAL

É claro que o prospecto de admitir no sistema uma prisão *ex lege* jamais foi consenso, porquanto os temas que restringem a liberdade dos indivíduos comumente não o são. A insurreição doutrinária e jurisprudencial contra a inafiançabilidade como obstáculo à obtenção de liberdade provisória em qualquer de suas modalidades foi proposta em variados termos, dentre os quais se destacam os seguintes:

1. Fiança e liberdade provisória não se confundem, sendo que apenas a primeira estaria proibida pela Constituição para alguns crimes (PEREIRA, 1991, *passim*).
2. Quisesse o Poder Constituinte Originário proibir a concessão de liberdade provisória, tê-lo-ia feito nesses termos, pois não precisava mencionar somente a impossibilidade de prestar fiança (MOSSIN, 2001, p. 496).
3. A proibição total de liberdade provisória não isenta o juiz de demonstrar o *periculum libertatis* no caso concreto, uma vez que é relativa a presunção de periculosidade contida na inafiançabilidade (MACHADO, 2005, p. 182).
4. A impossibilidade *a priori* de se conceder liberdade provisória a certos réus é inconstitucional, eis que subtrai do juiz a capacidade de aferir a necessidade da prisão em cada caso, ferindo de morte a presunção de inocência. A prisão *ex lege* faria assim do auto de prisão em flagrante uma certidão de culpa antecipada, advindo de uma capitulação legal precária uma custódia que amiúde se delonga por muitos meses (SANGUINÉ, 1991, 253 e ss.).
5. A inafiançabilidade avigora indevidamente a prisão em flagrante, quando esta, por ser medida pendente de homologação judicial, mostra-se inapta a deter alguém por mais tempo que o necessário para a jurisdicionalização da prisão (LOPES JR., 2010, p. 94).
6. Normas como a Lei da Tortura e a Lei nº 11.464 de 2007, que alterou a Lei dos Crimes Hediondos, proibiram expressamente apenas a liberdade provisória com fiança, olvidando-se de fazer o mesmo com a liberdade provisória sem fiança. Assim, esta ainda seria permitida, diante de inexistente interdição legal (SILVA, A., 2008, 280).

Todavia, o STF reafirmou por diversas vezes a inafiançabilidade como forma de prisão obrigatória, desconsiderando muitas das argumentações expostas acima e ratificando a fiança como ponto principal da liberdade provisória, como se vê na seguinte decisão:

"Se o crime é inafiançável e preso o acusado em flagrante, o instituto da liberdade provisória não tem como operar. O inciso II do art. 2º da Lei nº 8.072/90, quando impedia a 'fiança e a liberdade provisória', de certa forma incidia em redundância vernacular, dado que, sob o prisma constitucional (inciso XLIII do art. 5º da CF/88), tal ressalva era desnecessária. Redundância que foi reparada pelo art. 1º da Lei nº 11.464/07, ao retirar o excesso verbal e manter, tão somente, a vedação do instituto da fiança" (STF, HC 97.820-7-MG, Rel. Min. Ayres Britto, j. 02.06.2009).

A posição daquela Corte não significou, contudo, a admissão sem maiores indagações pelos tribunais brasileiros da prisão automática. Ao lado de decisões como a acima transcrita, surgiram tantas outras que concediam liberdade provisória sem fiança para crimes constitucionalmente inafiançáveis, reforçando a contradição da Lei Fleury, mas ao mesmo tempo procurando reconhecer a extensão dos princípios da presunção de inocência e da excepcionalidade das prisões cautelares. O próprio STF passou a esporadicamente conceder liberdade provisória para crimes hediondos e afins, como se lê adiante:

"A atual jurisprudência desta Corte admite a concessão de liberdade provisória em crimes hediondos ou equiparados, em hipóteses nas quais estejam ausentes os



fundamentos previstos no art. 312 do CPP. Precedentes desta Corte. Em razão da supressão, pela Lei nº 11.464/07, da vedação à concessão de liberdade provisória nas hipóteses de crimes hediondos, é legítima a concessão de liberdade provisória ao paciente, em face da ausência de fundamentação idônea para a sua prisão" (STF, HC 92.824-SC, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 18.12.2007).

Evidentemente, essa dicotomia gerou insegurança jurídica e deixou em zona de incerteza um instituto de caráter constitucional. O STF deu um grande passo para por termo na controvérsia quando declarou inconstitucionais disposições do Estatuto do Desarmamento que vedavam totalmente a liberdade provisória para alguns dos crimes ali previstos:

"Insusceptibilidade de liberdade provisória quanto aos delitos elencados nos arts. 16, 17 e 18. Inconstitucionalidade reconhecida, visto que o texto magno não autoriza a prisão *ex lege*, em face dos princípios da presunção de inocência e da obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisão pela autoridade judiciária competente" (STF, ADIN 3.112-1-DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 02.05.2007).

Por se tratar de ação de controle de constitucionalidade concentrado, julgada pelo Plenário da Corte, era de se esperar que sua *ratio decidendi* irradiar-se-ia pelos demais pronunciamentos do Guardião da Constituição, mas não foi o que ocorreu. O STF continuou a admitir tranquilamente a validade da prisão obrigatória como corolário da inafiançabilidade, como se vê na seguinte decisão abaixo transcrita:

"I – A vedação à liberdade provisória para crimes hediondos e assemelhados que provém da própria Constituição, a qual prevê a sua inafiançabilidade (art. 5º, XLIII e XLIV). II – Inconstitucional seria a legislação ordinária que viesse a conceder liberdade provisória a delitos com relação aos quais a Carta Magna veda a concessão de fiança" (STF, HC 93.940-6-SE, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 06.05.2008).

Em vista disso, a celeuma continuou, e o legislador pouco colaborou para resolvê-la. Isso porque a matéria foi tratada com relativa atecnia em vários diplomas legais editados, que ora obstam a liberdade provisória com ou sem fiança (como o art. 7º da Lei do Crime Organizado), ora vedando fiança e liberdade provisória como se não fossem institutos correlacionados (como o art. 44 da Lei de Drogas), ora mencionando apenas a fiança (art. 1º, § 6º, da Lei da Tortura), e ora nada proibindo quando poderiam fazê-lo (a exemplo da Lei do Racismo, que silencia sobre o tema, mas cujos crimes são constitucionalmente inafiançáveis).

Some-se a essa situação de desordem uma particular precariedade penal para com determinadas hipóteses de inafiançabilidade constitucional, dadas as dúvidas que persistem quanto à tipicidade do crime de terrorismo. É um outro pecado legislativo, agora por omissão, que pouco contribui para aclarar a *vexata quaestio* da proibição de fiança.

## 7. MAIS PROBLEMAS JURISPRUDENCIAIS:

### A PRISÃO OBRIGATÓRIA E A MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Muitas das argumentações elencadas anteriormente, que resistem à inafiançabilidade como forma de prisão automática, partem da possível

incompatibilidade destas custódias legalmente exigidas com a presunção de inocência. Contudo, a despeito da inegável relevância deste princípio para o processo penal, já se demonstrou que as críticas que o contrapõem à segregação obrigatória sempre foram contra-argumentadas no sentido de que não se está pretendendo antecipar a culpa de ninguém, já que a medida tem um escopo de proteção da sociedade de pessoas perigosas, tal como ponderou a Suprema Corte dos Estados Unidos em *United States vs. Salerno*. E, se é bem verdade que a Lei Maior consagrou a não culpabilidade dos acusados, ela também conferiu dignidade constitucional às prisões cautelares (MACHADO, 2005, p. 239), sendo que a Súmula nº 9 do STJ já havia deixado bem claro que é possível a coexistência de ambos institutos constitucionais 8.

Um problema de mais difícil resolução pode ser a convivência da inafiançabilidade como forma velada de prisão *ex lege* com a garantia das motivações das decisões judiciais, previstas no próprio art. 5º, LXI da CR, bem como no seu art. 93, IX. Afinal, se a razão para manter-se alguém preso cautelarmente já está embutida na própria obstrução legal à fiança, que fundamentação deveria se exigir do magistrado? E, caso entenda o juiz não ser o caso de manter a prisão do réu, deve decidir *contra legem*? A questão é tortuosa, pois parece implicar que uma norma constitucional (a inafiançabilidade de certos delitos) acaba por excluir a incidência de outras (arts. 5º, LXI, e 93, IX), mostrando-se desafiadora ao princípio da unidade da Constituição.

Recorrendo novamente à jurisprudência do STF, tampouco é possível chegar a uma solução para o problema. A Corte já decidiu, sem maiores pudores, que a prisão para crimes inafiançáveis por disposição constitucional prescinde de motivação judicial:

"Esta Corte tem adotado orientação segundo a qual há proibição legal para a concessão da liberdade provisória em favor dos sujeitos ativos do crime de tráfico ilícito de drogas (art. 44, da Lei nº 11.343/06), o que, por si só, é fundamento para o indeferimento do requerimento de liberdade provisória. Cuida-se de norma especial em relação àquela contida no art. 310, parágrafo único, do CPP, em consonância com o disposto no art. 5º, XLIII, da CR." (STF, HC 95.671-RS, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 03.03.2009).

Por outro lado, a Corte também já externou entendimento frontalmente contrário, findando por demandar do juiz a confirmação e sua decisão da existência de uma periculosidade que, em teoria, já está prevista no ordenamento jurídico positivado:

"Liberdade provisória indeferida com fundamento na vedação contida no art. 44 da Lei nº 11.343/06, sem indicação de situação fática vinculada a qualquer das hipóteses do art. 312 do CPP. Entendimento respaldado na inafiançabilidade do crime de tráfico de entorpecentes, estabelecida no art. 5º, XLIII da CB. Afronta escancarada aos princípios da presunção de inocência, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana. (...) A regra consagrada no ordenamento jurídico brasileiro é a liberdade; a prisão, a exceção. A regra cede a ela em situações marcadas pela demonstração cabal da necessidade da segregação *ante tempus*. Impõe-se porém ao Juiz o dever de explicitar as razões pelas quais alguém deva ser preso ou mantido preso cautelarmente." (STF, HC 97.346-SP, Rel. Min. Eros Grau, j. 25.05.2010).

Obviamente, a complicada harmonização da garantia da motivação das decisões com a prisão instituída pela inafiançabilidade agravou ainda mais a insegurança jurídica que já reinava nos tribunais. Era imperativa uma reinterpretação da proibição de fiança que pudesse enfim pacificar a questão e conciliar os divergentes interesses impressos no texto constitucional.

## **8. RESSURREIÇÃO DA FIANÇA E MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DA INAFIANÇABILIDADE**

Como visto, o problema da inafiançabilidade na ordem constitucional vigente não se cinge a reducionismos de ambos lados, pois fundamentos respeitosos foram delineados por doutrina e jurisprudência para defender tanto a existência de uma periculosidade presumida, já exaustivamente explicada, como para taxar como arbitrária e inoportuna o regresso à prisão automática, a exceção da exceção, já que as prisões cautelares não podem constituir regra geral em um processo penal de um Estado Democrático de Direito.

Muitos dos problemas de hermenêutica causados pela inafiançabilidade existiram, em realidade, pela dualidade simplista das medidas cautelares do processo penal brasileiro, consistentes na alternância entre os pólos da decretação da prisão e da concessão de liberdade mediante simples termo de comparecimento, dada a baixa eficácia do instituto da fiança após a entrada em vigor da Lei Fleury. Entretanto, as leis não apresentam existência descolada das necessidades e valores da sociedade. A deficiente sistematização das medidas cautelares tinha sua ruína anunciada em face da necessidade de constante aperfeiçoamento do processo penal, na sua perene procura pela conservação da eficiência na repressão à criminalidade com o respeito aos direitos fundamentais dos réus.

Foi esse o pano de fundo da transformação da liberdade provisória, com e sem fiança, e, por consequência, da inafiançabilidade, levada a cabo com a edição da Lei nº 12.403 de 2011. Existem boas razões para sustentar que este texto normativo traz consigo uma nítida mutação constitucional, o conhecido fenômeno pelo qual uma disposição constitucional passa a exibir um novo sentido, mesmo sem ter sofrido qualquer alteração textual por meio dos procedimentos formais de emendas ou de revisão.

A mutação constitucional decorre da própria dinamicidade da ordem jurídica, das mudanças de valores que brotam do meio social e das exigências temporais impostas ao Direito. Ela reconhece que o texto constitucional não pode ser estático nem ignorar a realidade, nem tampouco as inovações que nela se apresentem, reconferindo legitimidade à própria ordem jurídica por meio de novas interpretações. É um processo que pode se verificar até mesmo via inovação legislativa, sempre que a um instituto constitucional se confirmam múltiplas interpretações, realizando o legislador uma escolha política por uma delas, desde que permaneça dentro dos valores albergados pela própria sistemática constitucional (BARROSO, 2009, p. 132).

Tem-se que a Lei nº 12.403 deu nova vida à fiança, transformando-a numa importante medida cautelar a ser imposta aos acusados, podendo inclusive ser prestada em qualquer momento (conforme o novo art. 334 do CPP), o que não mais a confina a mera sucedânea da prisão em flagrante. O mais importante, porém, é

que a fiança deixou de ser o centro gravitacional, por assim dizer, da liberdade provisória, sendo apenas uma dentre várias outras medidas cautelares que podem ser impostas ao réu no curso do processo. Foram reavaliadas as necessidades do processo penal, com a criação destas novas medidas que tendem a evitar o uso desmedido do encarceramento provisório, facultando-se inclusive a possibilidade do uso de novas tecnologias, como no caso da monitoração eletrônica.

E, com a volta da fiança, aparece a inafiançabilidade a cobrar novo significado. Tendo a garantia real abandonado o núcleo da estrutura da liberdade provisória, não há mais possibilidade de se argumentar que a simples inafiançabilidade transubstancia proibição total de obtenção de liberdade provisória. Aqui reside a mutação constitucional pela qual passou o instituto, visto que agora ele já não abarca mais a polêmica presunção de nocividade social, restringindo-se apenas à impossibilidade de acesso a uma medida cautelar em particular, sem que se recuse a imposição das demais. O texto constitucional quanto à negação de fiança permaneceu idêntico, mas toda a carga de significado conferida a ela pela ordem infraconstitucional foi modificada, outorgando-lhe novas funções dentro do sistema processual penal.

Reforçando a tese de que a inafiançabilidade não implica mais em suposições abstratas de periculosidade, a nova legislação optou por extirpar do texto codificado certas hipóteses que se mostravam por demais esdrúxulas aos valores processuais contemporâneos. É o caso da revogação da proibição de fiança a vadios e mendigos e a crimes que provoquem comoção pública. Como se sabe, esta última hipótese já vinha sendo rotineiramente repudiada pelos tribunais superiores como fundamento idôneo para as prisões cautelares, de modo que não mais se crê que o alarde provocado por uma infração seja por si só bastante para se negar liberdade provisória ao sujeito incriminado.

Conciliando os direitos dos acusados com as necessidades de assegurar o bom fluir do processo, tampouco há de subsistir o temor de que um suspeito de cometer crimes de elevada lesividade possa conseguir liberdade provisória com baixo grau de vinculação, bastando que o juiz lhe imponha ônus significativos, teoria já aventada na doutrina há muito tempo por Scarance Fernandes (1991, p. 37), mas que era de todo impossível ante a inexistência de previsão legal de outras medidas cautelares.

Vem a ser esta a renovada importância da inafiançabilidade, na medida em que é possível agora suprimir a desigualdade reinante no processo penal brasileiro desde a feitura da Lei Fleury – até porque o art. 282, II, do Código, em sua nova redação, requer a paridade entre as medidas cautelares impostas e a gravidade da atividade delincente. Preserva-se assim o *status* da inafiançabilidade como instituto componente do rol de direitos fundamentais da República, atribuindo-lhe importante função de balizamento para a concessão de medidas cautelares no processo penal. Por serem agora inafiançáveis somente os crimes mencionados na Constituição e outros de similar gravidade previstos em legislação extravagante (com exceção de casos patológicos como a já citada aposta em corrida de cavalos não feita em hipódromos), o instituto opera com rigor, exigindo do juiz a imposição de medidas cautelares que efetivamente vinculem o réu ao processo, quando não seja o caso de decretação da prisão.

Vale assinalar ainda que a Lei nº 12.403 também se propôs a terminar com a prática costumeira no Poder Judiciário de homologação de prisões em flagrantes sempre que estas estivessem formalmente perfeitas. Agora o suspeito ou obterá a liberdade provisória, ou seguirá encarcerado mas agora a novo título, o de prisão preventiva, que, como tal, deverá ser fundamentada. Esta é mais uma faceta da mutação constitucional sofrida pela inafiançabilidade, pois não mais implica em escusa de motivação para a prisão provisória. Sendo assim, a prisão em flagrante já não permite que se mantenha preso alguém por mais tempo do que o necessário para a apreciação judicial da custódia. Torna-se efetivamente prisão de temporalidade minúscula, suficiente apenas para que o magistrado demonstre expressamente as razões para a prisão preventiva ou para que se devolva a liberdade para o réu, tendo sua extensão sido diminuída de modo que nela já não pode caber qualquer juízo de *periculum libertatis*.

Deste modo, apesar da inafiançabilidade seguir inalterada em termos literais no corpo do texto constitucional, ela agora se afasta definitivamente do teor ideológico repressivo que inspirou o texto original do Código de 1941, ao mesmo tempo em que segue não facultando a obtenção de liberdade provisória sem gravames aos acusados. Com o processo de mutação constitucional, permite-se ao instituto buscar uma melhor convivência com a presunção de inocência e com a garantia da motivação das decisões judiciais, ao mesmo tempo em que se pode resolver a desigualdade de tratamento dispensado aos suspeitos de crimes de maior potencial ofensivo e aos suspeitos de cometer outras infrações.

## 9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Viu-se que durante muito tempo a fiança repousou no núcleo da liberdade provisória, e que a existência de uma grande gama de crimes inafiançáveis era proveniente da concepção de que o acusado surpreendido em estado de flagrância deveria permanecer preso durante todo o decorrer do processo. A vedação à fiança assimilava-se a uma periculosidade ínsita seja a certos delitos, apenados com maior rigidez, seja a certas pessoas, a exemplo daqueles sem ocupação fixa ou que já tivessem sido condenados em momento anterior.

Com a edição de sucessivos enxertos na legislação processual penal codificada, principalmente a cognominada Lei Fleury, a fiança perdeu muito de sua importância, e conjuntamente com ela, a inafiançabilidade. Criou-se a ridícula situação na qual a afiançabilidade era mais gravosa aos acusados do que a inafiançabilidade, uma vez que se possibilitava aos suspeitos de cometerem crimes mais graves a obtenção de liberdade provisória mediante termo de compromisso aos ulteriores atos do processo, enquanto que aos demais só se permitia a liberdade quando prestada a garantia real.

A promulgação da CF/88 não resolveu o problema do ponto de vista prático, embora tenha feito expressa menção à liberdade provisória em suas duas facetas, com e sem fiança. Reativou-se a inafiançabilidade como impossibilidade de obtenção de qualquer tipo de liberdade provisória para os crimes expressamente mencionados na Lei Maior, mas manteve-se a concessão de liberdade provisória sem fiança para os delitos nos quais esta fosse proibida pela legislação infraconstitucional. Geraram-se assim dois distintos níveis de inafiançabilidade, um por demais rigoroso e outro ainda fruto da insistentemente comentada incongruência da Lei Fleury.

Contudo, com a Lei nº 12.403 de 2011, deu-se o fenômeno da mutação constitucional, no qual o texto constitucional ganha novos significados ainda que tenha permanecido gramaticalmente isento de mudanças. A liberdade provisória deixou de ser pensada a partir da possibilidade de conceder, negar ou dispensar fiança, e passou a relacionar-se com todo um novo grupo de medidas cautelares.

Assim, a inafiançabilidade deixa de ser uma situação de periculosidade própria a certos agentes ou a certas infrações, para constituir tão somente o não cabimento de uma particular medida cautelar para certos delitos. Seu único reflexo mais ríspido segue sendo a impossibilidade de se conceder liberdade provisória a acusados de crimes inafiançáveis mediante simples termo de comparecimento, devendo o magistrado impor uma ou mais medidas suficientemente robustas que efetivamente garantam a vinculação do sujeito ao processo, o que de nenhuma forma se iguala à draconiana imposição de prisão obrigatória.