

A PERDA DO SENTIDO VISLUMBRADO PELO CONSTITUINTE ORIGINÁRIO AO PROCLAMAR A EXISTÊNCIA DE CRIMES INAFIANÇÁVEIS DIANTE DA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL

Loss of sense glimpsed by constituent originating to proclaim the existence of unbailable crimes towards the new constitutional order

Walnísia Chaves Sarmiento COSTA¹
Cecilio Argolo JUNIOR²

RESUMO

O tema da liberdade provisória em crimes inafiançáveis, diante da nova ordem constitucional, acabou se tornando um grande ponto de divergência doutrinária e jurisprudencial no cenário jurídico brasileiro; isso porque se instalou uma contradição – para crimes mais leves, cabe a liberdade provisória mediante o pagamento de fiança, enquanto que para crimes mais graves, admite-se a liberdade provisória sem fiança. O objetivo deste artigo foi apresentar e discutir esta celeuma; e, com isso, buscar identificar se houve ou não um esvaziamento do sentido do termo inafiançável pretendido pelo constituinte originário. Realizou-se uma pesquisa bibliográfica, com levantamentos teóricos sobre posições doutrinárias e jurisprudenciais acerca do objeto. O resultado indica que, embora se saiba que hoje a liberdade é a regra em nosso ordenamento, não há como negar que a ideia do constituinte originário, ao categorizar certos crimes como inafiançáveis, foi a de proibição de qualquer forma de restituição da liberdade aos flagrados na prática destes. Há, contudo, quem defenda que não houve esvaziamento, sob o argumento de que a vedação pretendida era somente em relação à fiança e não à liberdade provisória. Observou-se que a contradição permanece. Por fim, mas sem a pretensão de querer exaurir a discussão sobre o tema, chegou-se a uma possível solução – a de que todos os delitos deveriam ser, a princípio, afiançáveis, cabendo ao juiz, diante de cada caso, impor a cautelar adequada.

Palavras-chave: Inafiançabilidade. Liberdade provisória. Fiança. Crime.

ABSTRACT

The theme of provisional release on unbailable crimes towards the new constitutional order, ended up becoming a major doctrinal and jurisprudential divergence point in the Brazilian legal scenario; that is because it settled a contradiction - for lighter crimes, it is up to provisional release through bail bond, whereas for more serious crimes, provisional release without bail is admitted. This article aims to present and discuss this controversy; and, therefore, attempt to identify whether or not an emptying of meaning of the term unbailable intended by the original constituent. A literature review was made with theoretical surveys on doctrinal and jurisprudential positions on the object. The result indicates that, although it is known that nowadays freedom is the norm in our juridical order, there is no denying that the idea of the original constituent, to categorize certain crimes as unbailable, was the prohibition of any form of restitution of freedom to the ones caught in this practice. There are, however, some who defend that there was no emptying of meaning, under cover of the argument that the desired sealing was only in relation to bail and not to provisional release. It was observed that the contradiction remains. Finally, unpretentiously wanting to exhaust the discussion on the topic, a possible solution was reached – that all offenses should be initially bailable, being the judge the one responsible for imposing a proper precautionary measure for each case.

Keywords: Unbailable. Provisional release. Bail. Crime.

¹ Advogada e Jornalista. Especialista em Administração Estratégica e Empreendedorismo. Egressa da Faculdade Maurício de Nassau, unidade Maceió. E-mail: walnisia@botmail.com

² - Bacharel em Psicologia e em Direito. Mestre em Pesquisa Comunitária. Doutorando em Psicologia Clínica. Pesquisador. Professor de cursos de Graduação e Pós-Graduação Lato Sensu. Leciona Pesquisa na Faculdade Maurício de Nassau, unidade Maceió.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo trata da correlação entre inafiançabilidade e liberdade provisória, buscando demonstrar a perda do sentido do termo inafiançável pretendido pelo constituinte originário, diante da nova ordem constitucional.

O tema se mostra de grande relevância jurídico-social, por trazer à baila discussões importantes acerca de princípios e garantias constitucionais basilares, além de (re)avivar algumas divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca da inafiançabilidade versus liberdade provisória na categoria de crimes em análise.

Nesse passo, por meio de uma pesquisa bibliográfica e qualitativa, com o levantamento de referências teóricas, colhendo informações e conhecimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do objeto, buscar-se-á apresentar e discutir a celeuma criada diante da previsão constitucional da inafiançabilidade para certos delitos e as atuais diretrizes, que vedam a proibição da liberdade provisória em abstrato para estes.

Discutir-se-á, em especial, sobre a controvérsia gerada, uma vez que se passou a autorizar a liberdade provisória, sem fiança, justamente para os crimes considerados de maior reprovação social (inafiançáveis); enquanto que, para os demais, a liberdade pode ser obtida mediante a imposição de fiança.

Por fim, apresentar-se-á uma possível solução para o fim da contradição, salientando, porém, que este artigo não tem a intenção de ser exaustivo em relação ao objeto em análise e que outras conclusões e/ou soluções podem surgir, por meio de estudos mais detalhados, e serem mais adequadas ao problema.

2 A FIANÇA E A LIBERDADE PROVISÓRIA NO BRASIL

A fiança criminal deve ser entendida como uma garantia de cumprimento pelo afofado das condições que lhe são impostas sob pena de perda patrimonial. Trata-se de caução real, prevista no art. 330, do Código de Processo Penal. Nesse passo,

[...] a finalidade da fiança é assegurar a liberdade provisória do indiciado ou réu, enquanto decorre o inquérito policial ou o processo criminal, desde que preenchidas determinadas condições. Entregando valores

ao Estado, estaria vinculado ao acompanhamento da instrução e interessado em apresentar-se, em caso de condenação, para obter, de volta, o que pagou¹.

Como se sabe, há crimes em que a fiança é vedada (por força constitucional), admitindo-se, contudo, na maioria deles, atualmente, a liberdade provisória sem fiança. Para Guilherme de Souza Nucci, assim, a fiança perdeu sua importância, visto que aquele que tem direito à liberdade provisória com fiança (crimes, em tese, menos graves) também teria direito à liberdade sem fiança, por ser mais benéfica ao acusado². Acrescenta o autor em epígrafe que

[...] para aperfeiçoar o instituto da fiança no Brasil, todos os delitos deveriam ser afiançáveis. [...] Ela retornaria a ter um papel relevante, abrangendo sempre o réu com melhor poder aquisitivo, vinculando-o ao acompanhamento da instrução, desde que os valores também fossem, convenientemente, atualizados e realmente exigidos pelo magistrado³.

Por sua vez, a liberdade provisória, no Brasil, com a previsão do art. 5º, LXVI, da Constituição da República, passou para o rol dos direitos e garantias individuais; portanto, erigida à categoria de cláusula pétrea. Constitui espécie de medida cautelar prevista, também, no Código de Processo Penal pátrio.

Sendo assim, para combater uma prisão cautelar, dentre as ferramentas disponíveis está a liberdade provisória⁴. Portanto, conforme nos ensina Vicente Greco Filho, os casos de liberdade provisória têm, sempre, como antecedente, uma hipótese de prisão provisória, que é substituída por aquela, porque a lei considera a prisão desnecessária⁵.

Note-se que “[...] se o status de inocência só pode ser ilidido com o advento da sentença condenatória transitada em julgado, a regra é a manutenção da liberdade, e a prisão cautelar só pode existir e se perpetuar enquanto for **necessária.**”⁶ [Sem grifos no original].

1 NUCCI, *Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 616.*

2 NUCCI, *op. cit.*, 2010.

3 *Idem, ibidem*, p. 617.

4 Cf. art. 319, do Código de Processo Penal. (BRASIL. Código de Processo Penal brasileiro. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/civil_03/decreto-lei/De13689.htm>. Acesso em: 10 maio 2015).

5 GRECO FILHO, *Vicente. Manual de Processo Penal. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.*

6 TÁVORA, *Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal. 8. ed. Salvador: Juspodium, 2013, p. 636.*

No dizer de Tourinho Filho, *apud* Edilson Mougenot Bonfim, a liberdade provisória é “[...] medida intermediária entre a prisão provisória e a liberdade completa. É uma situação em que o réu ou indiciado não fica preso nem desfruta de plena liberdade.”⁷

Conforme visto, o fundamento da liberdade provisória é o art. 5º, LXVI, da Constituição da República, segundo o qual “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”. O princípio da presunção de não culpabilidade, por sua vez, disposto no art. 5º, LVII, da Carta Magna, diz que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Desse modo, a liberdade provisória, para Antônio Alberto Machado é

[...] um direito subjetivo constitucional de indiciados e réus, [...] verdadeira liberdade provisória compulsória. [...] Logo, ao juiz não resta nenhuma margem de discricionariedade para decidir sobre a conveniência ou não desse benefício se estiverem ausentes as hipóteses da prisão preventiva⁸.

Nessa toada, a liberdade provisória é, portanto, a medida que se sobrepõe à prisão provisória, compatível com a prisão em flagrante legal. Não se aplica à prisão preventiva, nem à temporária (uma vez que, ausente um de seus requisitos, devem ser revogadas), bem como à prisão em flagrante legal (que deve ser relaxada)⁹.

No que tange à vedação da fiança, o art. 323, do Código de Processo Penal, com a nova redação dada pela Lei 12.403/2011, dispõe (o que já estava previsto na Constituição da República, bem como na legislação extravagante, frise-se) que não será concedida fiança:

a) nos crimes de racismo;

Segundo o art. 5º, XLII, da Constituição, é delito inafiançável, embora comporte liberdade provisória sem fiança cumulada ou não com outra(s) medida(s) cautelar(es) previstas no art. 319, do Código de Processo Penal.

b) nos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como crimes hediondos;

7 BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 531/532.

8 MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de processo penal*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 639.

9 BONFIM, *op. cit.*, p. 532.

São inafiançáveis, conforme o art. 5º, XLIII, da Constituição, contudo, com a alteração do art. 2º, II, da Lei de Crimes Hediondos, feita pela Lei nº 11.464/2007, passaram a admitir liberdade provisória sem fiança.

Impende salientar, contudo, que o constituinte originário, ao criar esta categoria de crimes, pretendia proibir qualquer tipo de restituição de liberdade aos flagrados na prática desses delitos. Sobre o tema, Charles Emil Machado Martins explica que este era o entendimento da Corte Suprema, com base nas seguintes assertivas:

Na hipótese de crimes hediondos e equiparados, a proibição da liberdade provisória deriva logicamente do preceito constitucional do art. 5º, XLIII, da CF, que impõe a inafiançabilidade das referidas infrações penais, pois **seria ilógico que, vedada a liberdade provisória mediante fiança, fosse ela admissível sem fiança, [...]**. Inconstitucional seria a legislação ordinária que dispusesse diversamente, tendo como passíveis de liberdade provisória delitos que a CF determina sejam inafiançáveis¹⁰. [Sem grifos no original].

No entanto, os tribunais passaram a admitir a liberdade provisória sem fiança para o crime de tráfico ilícito de entorpecentes, por exemplo, vedando a contramedida atrelada à fiança, visto ser este inafiançável por força constitucional.

c) nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem econômica e o Estado Democrático.

Também são inafiançáveis, por força do art. 5º, XLIV, da Constituição da República. Entendem Távora e Alencar ser possível, nesses crimes, “[...] conforme critério de necessidade e adequação (art. 282, I e II, CPP)¹¹, o deferimento de liberdade provisória sem fiança, com eventual cumulação com as demais medidas cautelares do art. 319, CPP.” Nesse contexto, para Edilson Mougenot Bonfim, a controvérsia existente se manteve:

[...] para os crimes mais graves – e que, em virtude disso, o constituinte erigiu à categoria de inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia

10 MARTINS, Charles Emil Machado. *Crimes inafiançáveis: uma interpretação da lei n. 12.403/11 à luz da jurisprudência do STF*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19476/crimes-inafiancaveis-uma-interpretacao-da-lei-no-12-403-11-a-luz-da-jurisprudencia-stf>>. Acesso em: 1 maio 2015.

11 TÁVORA; ALENCAR, *op. cit.*, p. 657.

– passou-se a admitir a liberdade provisória sem fiança e, para os que não se incluíam no rol do art. 5º, XLIII, da CF (e, portanto, menos graves), impõe-se uma restrição maior consistente na concessão da liberdade provisória desde que paga regularmente a fiança¹².

Além das vedações à fiança previstas na Constituição, na legislação especial e no art. 323, do Código de Processo Penal, o art. 324, do mesmo diploma, apresenta outras restrições infraconstitucionais à admissibilidade do instituto, por incompatibilidade lógica entre este e a situação apresentada, sobre os quais não convém, neste momento, tratar.

3 A INAFIANÇABILIDADE ENTENDIDA COMO VEDAÇÃO À LIBERDADE PROVISÓRIA: ENTENDIMENTO ANTERIOR

Ao analisar o art. 5, inc. LXVI, ao que parece, o texto constitucional admite a coexistência dos dois regimes de liberdade provisória vigentes na legislação processual penal: a liberdade com e sem fiança. No entanto, o problema é que, naquela época, apenas um dos regimes era efetivamente utilizado. Segundo Eugênio Pacelli de Oliveira,

[...] a fiança, [...] era, ao tempo do Código de Processo Penal e até 1977 (Lei nº 6.416), a única modalidade de liberdade provisória então existente, [...] daí o resultado a seguinte consequência: se afiançável o crime, fosse esta prestada, o réu era posto em regime de liberdade provisória, devendo cumprir algumas exigências; **se inafiançável o crime, o réu permanecia preso até o julgamento final, como regra**¹³. [Sem grifos no original].

Nesse passo, segundo mencionam Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar¹⁴, a tendência do Supremo Tribunal Federal era de reputar vedada a liberdade provisória toda vez que a lei expressamente afirmasse ser um crime inafiançável. A vedação da liberdade provisória decorria justamente da inafiançabilidade do delito. No mesmo sentido, assevera Charles Emil Machado Martins:

¹² BONFIM, *op. cit.*, p. 536.

¹³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 553.

¹⁴ TÁVORA; ALENCAR, *op. cit.*

Reconhecendo essa vontade do constituinte e fiel ao seu papel principal - que não é o de legislador negativo, mas de garante da supremacia da Constituição Federal (CF) -, a excelsa Corte pátria sempre considerou constitucional a vedação de liberdade provisória feita pela legislação infraconstitucional, obviamente sempre que esta guardou obediência aos postulados constitucionais. Tanto assim que, em 2003, o STF editou a Súmula 697, reconhecendo, *contrario sensu*, a constitucionalidade da vedação à liberdade provisória aos flagrados na prática de crimes hediondos¹⁵.

É cediço que o entendimento anterior era o de presunção de culpabilidade, decorrente do flagrante e também da presunção de fuga. É que, “[...] desde antes da legislação imperial, [...] o nosso ordenamento processual ocupou-se da privação da liberdade antes do trânsito em julgado, justificada a partir do risco de não apresentação do acusado para julgamento.”¹⁶

Note-se que a regra era a prisão, sendo a liberdade provisória uma exceção a ela e não um direito do preso, mas sim uma faculdade do Poder Público. Contudo, mais tarde, com o advento da Lei nº 6.416/1977 e a inclusão do parágrafo único ao art. 310, a regra passou a ser a liberdade provisória. Assim, sustenta Eugênio Pacelli de Oliveira, **“[...] porque a liberdade provisória do art. 310, parágrafo único, era cabível para qualquer tipo de crime, independentemente de sua gravidade, ao contrário da fiança, cabível apenas para crimes mais leves, ser ou não afiançável a infração deixou de ter qualquer relevância”**¹⁷. [Grifo nosso]. Ainda, como bem ressalta o mesmo autor, percebe-se que

[...] a Constituição de 1988 chegou, então, absolutamente desatualizada em tema de liberdade provisória, trazendo uma enorme perplexidade ao renovar ou ressuscitar a antiga expressão inafiançabilidade, cujo único significado era (e ainda é, para nós) a impossibilidade de aplicação do regime de liberdade com fiança¹⁸. [Sem grifos no original].

É que, conforme já visto, “[...] a definição e o conceito de inafiançabilidade

15 MARTINS, *op. cit.*, p. 1.

16 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 583.

17 OLIVEIRA, *op. cit.*, 2010, p. 553.

18 *Idem, ibidem, loc. cit.*

foram elaborados a partir da vigência do Código de Processo Penal, quando a única modalidade de liberdade provisória existente era a liberdade com fiança. Com isso, **dizer que determinada infração era inafiançável era o mesmo que dizer que não cabia, em tais casos, qualquer espécie de liberdade provisória.**¹⁹ [Sem grifos no original].

Nesse diapasão, diversas leis especiais surgiram vedando a liberdade provisória, com e sem fiança, para determinados crimes²⁰, além das previsões do Código de Processo Penal acerca da inafiançabilidade. Ora, tais vedações eram fruto do referido raciocínio.

Assim, mesmo sendo tal vedação à liberdade provisória *ex lege*, segundo Edilson Mougenot Bonfim, encontra também fundamento na própria Constituição, no seu art. 5º, XLIII²¹. Nesse passo, observa Charles Emil Machado Martins:

[...] a pretensão do constituinte originário, ao proclamar a existência de crimes inafiançáveis, foi a de proibição de qualquer forma de restituição da liberdade aos flagrados na prática destes delitos, seja com fiança, seja sem fiança, ou, agora, seja mediante qualquer alternativa cautelar à prisão, sendo que a referência à expressão inafiançabilidade, feita na época, partia da equivocada suposição de que a vedação da concessão de fiança a tais crimes equivaleria à proibição da concessão de liberdade provisória²².

Entretanto, como também já mencionado, algumas dessas vedações foram revogadas e passou-se a admitir a liberdade provisória **sem fiança** para esses crimes (já que continuam sendo inafiançáveis por comando constitucional). E surgiu a contradição. Sobre esta, Guilherme de Souza Nucci afirma: “a libertação de alguém, sem o pagamento de qualquer quantia, é viável a qualquer delito, inclusive os graves; entretanto, autores de crimes menos importantes, podem ser colocados em liberdade, mediante o pagamento de fiança²³.”

19 *Idem, ibidem*, p. 565.

20 *Em alguns casos, a lei proíbe expressamente o benefício da liberdade provisória, ou seja, nas hipóteses de crimes hediondos (art. 2º, II, da Lei nº 8.072/90); do crime organizado (art. 7º da Lei nº 9.034/95); dos crimes de lavagem e ocultação de bens, direitos e valores (art. 3º da Lei nº 9.613/98); dos crimes de porte ilegal, comércio ilegal ou tráfico de arma de fogo (art. 21 da Lei nº 10.826/03); e dos crimes de produção e tráfico de drogas ilícitas (art. 44 da Lei nº 11.343/06). (MACHADO, op. cit., p. 641).*

21 BONFIM, op. cit.

22 MARTINS, op. cit., p. 1.

23 NUCCI, *Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 354.

Ora, não haveria lógica em querer o constituinte simplesmente vedar a fiança para os crimes que considerou mais graves (e permitir a liberdade provisória sem fiança) e admiti-la para os demais crimes, em tese, mais leves. Parece-nos, de fato, um contrassenso que o agente que comete uma infração “mais leve” tenha um ônus maior para assegurar sua liberdade provisória do que o agente que comete um crime hediondo ou assemelhado, por exemplo.

Por essa razão, o Supremo Tribunal Federal insistia na validade constitucional da proibição de liberdade provisória para aqueles delitos cuja inafiançabilidade estivesse prevista na própria Constituição. No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça: “[...] 1. O inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal estabelece que os crimes definidos como hediondos constituem crimes inafiançáveis. 2. Não sendo possível a concessão de liberdade provisória com fiança, com maior razão é a não concessão de liberdade provisória sem fiança. [...]”²⁴.

Diante disso, dispor em sentido contrário, segundo Eugênio Pacelli de Oliveira, significaria afronta à Carta Magna²⁵. É o que se extrai dos julgados abaixo:

[...] Inconstitucional seria a legislação ordinária que dispusesse diversamente, tendo como afiançáveis delitos que a Constituição da República determina sejam inafiançáveis. [...] A proibição da liberdade provisória decorre da vedação da fiança, [...]. Mera alteração textual, sem modificação da norma proibitiva **de concessão de liberdade provisória aos crimes hediondos e equiparados, que continua vedada aos presos em flagrante por quaisquer daqueles delitos**²⁶ [...]. [Grifo nosso].

[...] IV – A vedação de liberdade provisória para crimes hediondos e delitos assemelhados provém da própria Constituição, que prevê sua inafiançabilidade (art. 5º, XLIII e XLIV). [...]²⁷. [Sem grifos no original].

Contudo, por outro lado, a própria Constituição assegurou a liberdade provisória como direito individual, com supedâneo, em especial, no princípio

24 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 88.957/RS. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Quinta Turma. Julgamento: 04/12/2008.

25 OLIVEIRA, *op. cit.*, 2014.

26 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 103715/RJ. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Primeira Turma. Julgamento: 23/11/2010.

27 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 92.932/SP. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgamento: 08/07/2009.

da presunção da inocência. No entanto, deixou uma margem ao legislador ao prever que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, **quando a lei admitir** a liberdade provisória, com ou sem fiança”. (art. 5º, LXVI). Veja-se: o trecho “quando a lei admitir” nos leva a concluir que a lei pode admitir, mas também vedar a liberdade provisória, o que de fato ocorreu em algumas leis especiais.

Diante da celeuma, em 20 de agosto de 2009, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio, o Supremo Tribunal Federal admitiu a configuração da repercussão geral do tema, tendo em vista que

[...] a restrição da liberdade deve sempre estar alicerçada em elementos concretos, sob pena de desrespeito ao princípio constitucional da presunção de inocência. A possibilidade de ser concedida liberdade provisória nos casos de crimes hediondos também decorreria da circunstância de haver vedação constitucional apenas à fiança – artigo 5º, inciso XLIII, da Carta da República. [...].²⁸

Nessa senda, a vedação pura e simples da liberdade provisória, de forma abstrata, começou a ser considerada inconstitucional, sob pena de afronta ao princípio constitucional da presunção da inocência e com apoio no fundamento de que a restrição da liberdade somente deve ser imposta, se realmente necessária, com base nos elementos do caso concreto.

4 AS REFORMAS LEGISLATIVAS E AS NOVAS DIRETRIZES JURISPRUDENCIAIS: A INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO À LIBERDADE PROVISÓRIA EM CRIMES INAFIANÇÁVEIS

Com o advento da Lei nº 12.403/2011 (que alterou de forma significativa o Código de Processo Penal), a nova sistemática processual (art. 283, CPP) passou a exigir fundamentação cautelar para todas as prisões anteriores ao trânsito em julgado, pela autoridade competente.

Por outro lado, ainda existem leis no Brasil que vedam a concessão de liberdade provisória, com e sem fiança, para certos crimes, além do próprio

28 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral em Recurso Extraordinário 601.384/RS. [s.n.t.]

Código de Processo Penal também estabelecer a inafiançabilidade ou a proibição de fiança. No entanto, uma interpretação integrada do direito processual caminha no sentido de recusar a aplicação de qualquer norma que vede a restituição de liberdade ao preso em flagrante sem ordem judicial escrita e fundamentada. Nesse sentido, Antônio Alberto Machado observa que,

[...] mesmo no crime hediondo, se ausentes os pressupostos da prisão preventiva, já era perfeitamente possível a concessão da liberdade provisória, antes do advento da Lei nº 11.464/07. [...] pois o STF já decidiu que ‘a acusação penal por crime hediondo não justifica, só por si, a privação cautelar da liberdade do indiciado ou réu. Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível – por efeito da insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) – presumir-lhe a culpabilidade’ (RT 795/496).²⁹

Na verdade, ao proibir expressamente a liberdade provisória para o autor de crime hediondo, o legislador já presumiu que esse agente fosse portador de personalidade perigosa, capaz de justificar o encarceramento preventivo em qualquer caso. Todavia, essa presunção do legislador não há de ser absoluta (*jure et de jure*) nem pode ser generalizada. Assim, por ser uma presunção *juris tantum*, é imprescindível que a ameaça à ordem pública seja demonstrada no caso concreto. Do contrário, a liberdade provisória deve ser concedida.³⁰

Por isso, como bem observa Eugênio Pacelli de Oliveira, a vedação da liberdade provisória prevista no art. 44 da Lei nº 11.343/2006 – pela referida lei, o juiz teria de fundamentar a liberdade, e não a prisão –, é inegavelmente inconstitucional.³¹ Especialmente “[...] porque parte do pressuposto da existência do crime e de sua autoria, no que se revela incompatível com o princípio da inocência, e porque parte, ainda, do pressuposto de que, em tais situações, a prisão seria sempre necessária. Com isso, segundo a lei, estaria justificada a natureza cautelar da custódia.”³²

²⁹ MACHADO, *op. cit.*, p. 644

³⁰ *Idem, ibidem.*

³¹ OLIVEIRA, *op. cit.*, 2010.

³² *Idem, ibidem*, p. 569.

E nessa senda, o Supremo Tribunal Federal iniciou a caminhar no sentido de rever o posicionamento anterior, passando a reconhecer a inconstitucionalidade da vedação, em caráter abstrato, da liberdade provisória³³. Veja-se o julgado abaixo:

[...] 4. **A vedação legal à liberdade provisória ao preso em flagrante por tráfico de entorpecentes, prevista no art. 44 da Lei 11.343/2006, foi julgada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (HC 104.339/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes).** 5. In casu, a) o paciente foi preso em flagrante, em 14/05/2012, portando 7,10g (sete gramas e dez centigramas) de maconha e 49,50g (quarenta e nove gramas e cinquenta centigramas) de cocaína, [...] ³⁴. [Sem grifos no original].

Nesse contexto é que, por mais que o constituinte de 1988 tivesse em mente um tratamento mais severo a quem pratica certos delitos, hoje, a liberdade é a regra em nosso ordenamento, também consagrada na Carta Magna. Ademais, vedar a liberdade com base exclusivamente num tipo penal e não atentando às particularidades do caso concreto podem tornar, muitas vezes, injustas as regras do constituinte e do legislador. Nesse sentido, os trechos dos julgados abaixo:

[...] 1. **A gravidade do crime com supedâneo em circunstâncias que integram o próprio tipo penal, não constitui, de per si, fundamentação idônea a autorizar a prisão cautelar.** [...] ³⁵. [Grifo nosso].
[...] 3. **A liberdade, antes de sentença penal condenatória definitiva, é a regra, e o enclausuramento provisório, a exceção, como têm insistido esta Corte e o Supremo Tribunal Federal em inúmeros julgados, por força do princípio da presunção de inocência, ou da não culpabilidade.** 4. **O Tribunal de origem não elencou fundamentos idôneos que justificassem a imposição da segregação cautelar do acusado,** [...]. 5. **A gravidade abstrata do crime ou a menção de que a ordem pública estaria abalada por infrações dessa natureza consubstanciam a ideia de prisão cautelar obrigatória, não mais aceitável no Estado Democrático de Direito.** [...] ³⁶. [Sem grifos no original].

33 PURISCO, *Virgínia Miranda. Liberdade provisória no tráfico de drogas frente às novas diretrizes do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<http://www.contendojuridico.com.br/artigo/liberdade-provisoria-no-trafico-de-drogas-frente-as-novas-diretrizes-do-supremo-tribunal-federal.49266.html>>. Acesso em: 1 maio 2015.

34 BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. HC 116146. Relator: Ministro Luiz Fux, 2013. *Julgamento*: 18/12/2012.

35 BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. RHC 39.476/SP. Relator: Ministro Moura Ribeiro. *Quinta Turma*. *Julgamento*: 05/09/2013.

36 BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. HC 263.904/SP. Relator: Ministro Og Fernandes. *Julgamento*: 20/08/2013.

Como bem assevera Virgínia Miranda Purisco, “[...] entender o contrário seria uma afronta ao Estado Democrático e princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, do devido processo legal, do contraditório e ampla defesa, da liberdade provisória e da presunção de inocência.”³⁷

Afinal de contas, mesmo que realizado o flagrante, sabe-se que não se tem, ainda, autoria e materialidade devidamente comprovadas. Estas só poderão ser afirmadas com o trânsito em julgado, nos termos do próprio texto constitucional. E, como bem se sabe, “os princípios jurídicos, sejam explícitos ou implícitos, são normas jurídicas dotadas de normatividade, que, por via de consequência, obrigam e vinculam [...]”.³⁸

Segundo Eugênio Pacelli de Oliveira, não há, portanto, fundamento constitucional para a vedação da liberdade provisória, se é o próprio texto constitucional que impede a manutenção de qualquer prisão baseada unicamente no fato de ter sido realizada em flagrante (estado de inocência), além de exigir ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente para validar a manutenção e/ou a determinação de prisão.³⁹

No mesmo sentido, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar asseveram que as “restrições (à liberdade provisória) historicamente emblemáticas sofreram um forte abalo, seja pela atividade sensata do legislador, reformando a legislação, seja pela intervenção do STF, declarando a inconstitucionalidade de dispositivos legais.”⁴⁰ E completam,

[...] nessa ótica, os textos legais que ainda não foram declarados inconstitucionais no controle concentrado pelo STF, e queremos crer que é apenas questão de tempo, e nem alterados pelo Legislativo, devem ser afastados incidentalmente pelo magistrado, pois a vedação absoluta do instituto em estudo não é admitida pelo texto constitucional.⁴¹

Por óbvio que simplesmente vedar a liberdade provisória abstratamente

37 PURISCO, *op. cit.*

38 CUNHA JR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Juspodium, 2012. p. 160.

39 OLIVEIRA, *op. cit.*, 2010.

40 TÁVORA; ALENCAR, *op. cit.*, p. 644.

41 *Idem, ibidem, loc. cit.*

é presumir que o agente é perigoso, e mais, é fazer um juízo de antecipação da culpabilidade, pois acaba sendo o suspeito “condenado” a esperar o andamento do processo encarcerado. De acordo com o Ministro Gilmar Mendes,

[...] ao afastar a concessão de liberdade provisória de forma genérica, a norma retira do juiz competente a oportunidade de, no caso concreto, analisar os pressupostos da necessidade do cárcere cautelar em inequívoca antecipação de pena, indo de encontro a diversos dispositivos constitucionais.⁴²

Assim, vale dizer que, interpretados de forma integrada, o art. 321, do Código de Processo Penal e o art. 5º, incisos LXVI e LVII, da Constituição, extrai-se que é assegurado aos autores de qualquer tipo de delito o direito de responder ao processo em liberdade, quando ausentes os pressupostos que ensejam a prisão preventiva.

Diante disso, é visível que as reformas legislativas e a mudança de entendimento acerca da concessão da liberdade provisória nos crimes inafiançáveis, admitindo-se que o termo **inafiançável** veda apenas a imposição de fiança e não a liberdade provisória, e passando-se a admitir a concessão da liberdade provisória sem fiança em tais casos, criou, para dizer o mínimo, uma contradição no sistema processual penal brasileiro.

Ora, cabendo liberdade provisória sem fiança (regime de liberdade menos gravoso) para crimes inafiançáveis, enquanto que, para crimes menos graves, se pode impor medidas mais onerosas (liberdade provisória com fiança) acaba por manifestar uma desigualdade no tratamento dos presos provisórios.

Como bem pondera Guilherme de Souza Nucci, “[...] tal distinção precisa terminar. Ou se institui fiança justamente para os delitos graves, ou se retira, por completo, o instituto da fiança do processo penal.”⁴³ Assim, todos os crimes deveriam ser, de regra, afiançáveis, estabelecendo, o juiz, a(s) cautelar(es) adequada(s) a cada caso concreto.

Buscando interpretar o espírito do constituinte ao eleger crimes

42 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 104339. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgamento: 10/05/2012.

43 NUCCI, *op. cit.*, 2013, p. 354.

inafianças, não é difícil inferir que sua pretensão com tal expressão era a de demonstrar o maior grau de reprovação de tais delitos, proibindo a liberdade provisória. Porém, frise-se que, agora, não se está discutindo a in/constitucionalidade ou não da vedação à liberdade provisória para crimes inafiançáveis, contudo, não se pode negar que a interpretação da norma constitucional da inafiançabilidade como unicamente proibição de fiança, permitindo-se, como já se sabe, a aplicação da liberdade provisória sem fiança, terminou por esvaziar o seu conteúdo.

Segundo Eugênio Pacelli de Oliveira, o problema e a contradição de fato existem.⁴⁴ De outra banda, observa que, para sistematizar a matéria, “nada impediria e impedirá que a Lei futura viesse (ou venha) a reservar tratamento cautelar mais gravoso para os crimes mais graves, e regimes cautelares menos gravosos para infrações menos graves.”⁴⁵

Não se pode olvidar, contudo, que, conforme já foi dito, “[...] a definição e o conceito de inafiançabilidade foram elaborados a partir da vigência do Código de Processo Penal, quando a única modalidade de liberdade provisória existente era a liberdade com fiança. Com isso, **dizer que determinada infração era inafiançável era o mesmo que dizer que não cabia, em tais casos, qualquer espécie de liberdade provisória.**”⁴⁶ [Sem grifos no original].

Embora se saiba que o poder constituinte é soberano e não deve obediência a qualquer forma de normatividade anterior, é bem verdade que quando o constituinte se propôs a regular matéria legislativa a partir de conceitos e institutos já em vigor, era necessário que tivesse certa cautela para evitar algumas confusões. Como observa Eugênio Pacelli de Oliveira, “[...] a Constituição da República, ao lado de inúmeras garantias individuais, demonstrou seu alto grau de reprovação a determinados delitos, fazendo-o, porém, de modo juridicamente equivocado, a demonstrar imenso desconhecimento do ordenamento jurídico de sua época.”⁴⁷

Assim, para ele, **“a Constituição de 1988 chegou [...] absolutamente desatualizada em tema de liberdade provisória, trazendo uma enorme**

44 OLIVEIRA, *op. cit.*, 2010.

45 OLIVEIRA, *op. cit.*, 2014, p. 604.

46 OLIVEIRA, *op. cit.*, 2010, p. 565.

47 OLIVEIRA, *op. cit.*, 2014, p. 602.

perplexidade ao renovar ou ressuscitar a antiga expressão inafiançabilidade [...]⁴⁸ [Sem grifos no original]. Acredita, ainda, o referido autor, “que a liberdade provisória com a proibição da fiança é fruto de delírio legislativo, fundamentado na Constituição da República, que previu a inafiançabilidade para vários e graves delitos.”⁴⁹

Percebe-se, portanto, que o constituinte originário acabou sendo, pode-se dizer, infeliz, na escolha da expressão inafiançabilidade, que, atualmente, é interpretada unicamente como proibição de fiança (e não de liberdade provisória), sobretudo em consonância com o próprio texto constitucional que assegura, fundamentalmente, a liberdade e a presunção de inocência.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, chegamos à conclusão de que, de fato, a pretensão do constituinte originário, ao proclamar a existência de crimes inafiançáveis, foi a de proibição de qualquer forma de restituição da liberdade aos flagrados na prática destes delitos, seja com fiança, seja sem fiança, e, por isso, o Supremo Tribunal Federal insistia na validade constitucional dessa proibição.

Isso porque, até 1977, a fiança era a única modalidade de liberdade provisória existente, não sendo possível, portanto, conceder liberdade provisória quando a Constituição (ou a lei, obedecendo a Constituição) considerasse o crime inafiançável.

Porém, não se pode olvidar que, por mais que o constituinte de 1988 tivesse em mente um tratamento mais severo a quem pratica certos delitos, a liberdade, atualmente, é a regra em nosso ordenamento, e a vedação da concessão de liberdade provisória, feita abstratamente, constitui uma afronta a princípios constitucionais e ao Estado Democrático de Direito.

Além disso, a liberdade provisória figura no rol dos direitos e garantias individuais; sendo, por isso, considerada um direito subjetivo constitucional do indiciado ou réu – se ausentes as hipóteses da prisão preventiva –, em consonância com o princípio da presunção da inocência ou da não culpabilidade.

48 OLIVEIRA, *op. cit.*, 2010, p. 553.

49 OLIVEIRA, *op. cit.*, 2014, p. 585.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal passou a reconhecer a inconstitucionalidade da vedação, em caráter abstrato, da liberdade provisória. Com isso, o termo inafiançabilidade passou a não mais ser interpretado como causa impeditiva da liberdade provisória, mas sim, e unicamente, como vedação à fiança.

De outra banda, não se diga que a ideia do constituinte originário, ao declarar a existência de crimes inafiançáveis, era essa: a de simplesmente vedar a concessão de fiança. Não haveria sentido em não ser permitida a imposição de fiança e ser permitida a concessão de liberdade provisória sem fiança para os crimes que, justamente, considerou mais graves. Seria como se o constituinte tivesse “afrouxado” a situação para aqueles que deveriam ser tratados, ao menos em tese, com maior rigor.

Em todo caso, não mais se discute que é realmente inconstitucional na vedação da liberdade provisória *ex lege*, mas também não se negue que, diante da nova realidade, o sentido do termo inafiançável pretendido pelo constituinte originário se esvaziou.

Por fim, entendemos, como bem asseveram alguns doutrinadores, que, para que desaparecesse a contradição, todos os delitos deveriam ser, a princípio, afiançáveis, cabendo ao juiz, diante de cada caso concreto, impor a medida cautelar que julgasse mais adequada.

5 REFERÊNCIAS

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 maio 2015.

_____. Código de Processo Penal brasileiro. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 10 maio 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal, **HC 104339**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgamento: 10/05/2012.

_____. _____. **HC 103715/RJ**. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Primeira Turma. Julgamento: 23/11/2010.

_____. _____. **HC 116146**. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgamento: 18/12/2012.

_____. _____. **HC 92.932/SP**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgamento: 08/07/2009.

_____. _____. **Repercussão Geral em Recurso Extraordinário 601.384/RS**. [s.n.t].

_____. Superior Tribunal de Justiça. **HC 263.904/SP**. Relator: Ministro Og Fernandes. Julgamento: 20/08/2013.

_____. _____. **HC 88.957/RS**. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Quinta Turma. Julgamento: 04/12/2008.

_____. _____. **RHC 39.476/SP**. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Quinta Turma. Julgamento: 05/09/2013.

CUNHA JR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Juspodium, 2012.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MARTINS, Charles Emil Machado. **Crimes inafiançáveis: uma interpretação da lei n. 12.403/11 à luz da jurisprudência do STF**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19476/crimes-inafiavaveis-uma-interpretacao-da-lei-no-12-403-11-a-luz-da-jurisprudencia-stf#ixzz3YtlaJUne>>. Acesso em: 1 maio 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Manual de processo penal e execução penal**. 6. ed. São Paulo:

Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **Curso de processo penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PURISCO, Virgínia Miranda. **Liberdade provisória no tráfico de drogas frente às novas diretrizes do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo.liberdade-provisoria-no-traffic-de-drogas-frente-as-novas-diretrizes-do-supremo-tribunal-federal.49266.html>>. Acesso em: 1 maio 2015.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 8. ed. Salvador: Juspodium, 2013.

Recebido em: 20/05/2016

Aprovado em: 05/072016