

A Prisão de Senador. A Decisão do Supremo Tribunal Federal Brasileiro

Marcellus Polastri Lima*

I. Introdução

A prisão em flagrante do Senador da República brasileiro, Delcídio do Amaral, no início de novembro de 2015, gerou muita polêmica na comunidade jurídica sobre a natureza e o cabimento da citada prisão provisória no Brasil.

Atente-se que no Brasil a Constituição Federal prevê uma incoercibilidade que restringe sobremaneira a prisão provisória de parlamentar (art. 53), já que os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos provisoriamente (§ 2º), exceto com a exceção para o caso de “flagrante de crime inafiançável”.

Levada a questão ao Ministro Relator do processo da *chamada operação lava-jato*, pelo Procurador-Geral da República, foram analisados, com profundidade, os elementos trazidos para seu exame e, por consequência, foi decretada a prisão provisória do Senador, determinando que, quando essa fosse efetivada, os autos fossem enviados para o Senado, como determina o § 2º, do art. 53 da CF, para o fim de que a Casa legislativa, pelo voto da maioria de seus membros, *deliberasse sobre a prisão*, mantendo-a ou não.

Dando mais força à decisão monocrática do ministro Teori Zavascki do STF, antes mesmo que o Senado deliberasse (*resolvesse* é o verbo que consta no texto da CF) sobre a prisão provisória, a 2ª turma do STF do Brasil, em reunião extraordinária, por unanimidade, referendou a decisão. O mesmo se deu com o Senado Federal que manteve a prisão.

A partir daí se passou a discutir a natureza da prisão decretada, se seria prisão preventiva ou em flagrante, pois existem aqueles que, apesar do flagrante estar previsto na Constituição Federal como forma de cautelar, e no próprio Código de Processo Penal, passaram a negar, a partir da reforma processual de 2011, o caráter autônomo dessa cautelar, mesmo sendo essa a única forma de prisão provisória prevista para parlamentares, como é o caso.

Daí a motivação do presente artigo: interpretar a decisão do STF e verificar sua pertinência ante a essas vertentes e, ao final, concluir pelo acerto ou não da decisão da mais alta Corte de Justiça do Brasil.

* Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor-Doutor da Universidade Federal do Espírito Santo – Graduação e no Mestrado em Direito Processual. Pesquisador convidado da Universidade de Göttingen – Alemanha – (Instituto de Direito Criminal e Internacional). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. IBDP. Procurador de Justiça.

II. A Prisão em Flagrante Delito como Medida Cautelar e a Reforma Processual Penal Brasileira

Com o advento da Lei nº 12.403/2011 que reformou o Código de Processo Penal no que se refere às medidas cautelares pessoais, pode parecer que o legislador tenha pretendido retirar autonomia da prisão em flagrante como cautelar.

E aqueles que assim pensam, se inspiram em parte da doutrina que defende que:

o flagrante é uma medida precária, que não está dirigida a garantir o resultado final do processo, e que pode ser praticado por um particular ou pela autoridade policial. Com esse sistema, o legislador consagrou o *caráter pré-cautelar da prisão em flagrante*. [...] a instrumentalidade manifesta-se no fato de a prisão em flagrante ser um *strumenti dello strumento* da prisão preventiva; ao passo que a autonomia explica as situações em que o flagrante não gera a prisão preventiva ou, nos demais casos, em que a prisão preventiva existe sem prévio flagrante¹.

Mas, não me parece que a prisão em flagrante delito seja uma *precautelar*, até porque ou se é uma coisa ou não é (ou é cautelar ou não é!). Na verdade, como ver-se-á na sequência deste artigo, a prisão em flagrante delito é forma de prisão provisória autorizada pela Constituição e, assim prevê a CF porque é a única exceção de prisão que não necessita de prévia ordem judicial, mesmo que tenha passado a ter uma autonomia por um curto espaço de tempo em casos comuns – em virtude das alterações promovidas pela Lei nº 12.403/2011 consoante determina a atual legislação.² Portanto, é forma de prisão provisória extraordinária, já que autorizada constitucionalmente sem prévia ordem judicial, dada, justamente, a ocorrência de um ato de “flagrante” que é mais do que um simples *fumus* de cometimento do crime, pois o que se tem no flagrante é um verdadeiro *fogo* ou *incêndio*.

Assim também se manifestou, mais recentemente, em entendimento similar, o professor e respeitável doutrinador Afrânio Silva Jardim:

¹ LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 214-215.

² Cf. LIMA, Marcellus Polastri. *A Tutela Cautelar no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005 (com as edições posteriores, sendo a última de 2014 – São Paulo: Atlas). Conferir, ainda, LIMA, Marcellus Polastri, *Curso de Processo Penal*, vol. II, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004 (após cinco edições do Curso em mais de um volume, esse passou a ser publicado em um só volume, a partir de 2012, fundindo-se com o antigo Manual de Processo Penal, estando o Curso de Processo Penal hoje na 9ª edição pela editora Gazeta Jurídica de Brasília (2016). Saliente-se que, em vista de um lapso na mudança editorial, na nova versão em um só volume não foram consideradas as cinco edições publicadas em mais de um volume e, assim, na verdade, o Curso já deveria estar em sua 14ª edição e não na 9ª como acabou constando.

Sempre nos causou espécie a afirmação de grande parte da doutrina mais moderna no sentido de que a prisão em flagrante teria a natureza jurídica de medida precauteladora. Ora, tal expressão só serve para afirmar que a prisão em flagrante, sendo “pré”, não é cautelar. Vale dizer, não explicita o que ela é efetivamente [...]. A assertiva de que a prisão em flagrante teria a natureza de medida de precautela nos faz lembrar da antiga “teoria” que dizia ter o processo a natureza de um “quase contrato”. Na verdade, aqui também não temos uma teoria, mas sim a negação de que o processo seja um contrato, sem se dizer a que categoria jurídica ele pertence [...]. Desta forma, passei a meditar sobre a prisão em flagrante, procurando depurar o objeto de nossa reflexão. Cheguei à conclusão de que o erro metodológico talvez esteja em misturar a própria prisão com a sua documentação (auto de prisão em flagrante) e também em misturá-la com os seus eventuais efeitos no processo, que dependem de futura decisão do juiz, tendo em vista a regra do artigo 310 do CPP [...]. Diante desse quadro, parte da doutrina mais recente, além de negar a natureza cautelar à prisão em flagrante, descarta ser ela título autônomo de mais uma das espécies de prisão provisória, pois, ou será desconstituída pelo juiz pelo relaxamento, caso ilegal, ou será substituída por uma das medidas cautelares elencadas no art. 319 do CPP. Daí surgir a já criticada expressão de medida de precautela. Ressalte-se que este não é o entendimento do amigo e parceiro professor Pierre Souto Maior Coutinho de Amorim, manifestado na 13ª edição de nosso livro *Direito Processual Penal* [...]. A possibilidade de revogação da liberdade provisória (e aqui ela é provisória mesmo) se verifica da regra do parágrafo único do art. 310 do CPP. Preso em flagrante, se o juiz verificar que o indiciado ou réu praticou a conduta típica justificada por uma aparente excludente de ilicitude, poderá “conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, *sob pena de revogação*” (destaquei). Nesta hipótese, revoga-se a liberdade provisória, ficando restabelecidos os efeitos da prisão em flagrante [...]. Certo que, revogada a liberdade provisória prevista no parágrafo único do art. 310, a prisão em flagrante que se restabelece será substituída por uma das medidas cautelares pessoais elencadas no CPP. Entretanto, ainda que por breve lapso temporal (e o importante aqui para nós é a produção de efeitos jurídicos) os efeitos da prisão reaparecem para serem substituídos [...]. Julgamos ter ficado ainda um outro vestígio da permanência dos efeitos da prisão em flagrante por descuido do legislador que reformou parcialmente o nosso código. Dentro do capítulo intitulado “Da Liberdade Provisória, Com ou Sem Fiança”, encontramos a regra do art. 340, que trata

do reforço da fiança, determinado pelo magistrado. O parágrafo único dispõe expressamente: “A fiança ficará sem efeito e o réu será recolhido à prisão, quando, na conformidade deste artigo, não for reforçada”. Aqui também se restabelece a prisão em flagrante.³

A nova Lei nº 12.403/2011, é certo, faz modificação no tratamento dado à prisão em flagrante delito que, tradicionalmente, sempre foi considerada uma cautelar pessoal autônoma, impondo ao juiz, agora, a obrigação de, sendo caso de manutenção da prisão provisória, fazer necessariamente a convalidação (substituição) em uma cautelar de prisão preventiva.

Mas, o flagrante ainda subsiste como cautelar, apesar de ser exceção entre as medidas cautelares prisionais que sempre exigem a prévia ordem judicial, e tal se dá porque o flagrante é uma medida complexa. O agente é encarcerado por um período (mesmo que curto) por ter sido apreendido cometendo um crime em estado de flagrância e, é evidente, que isso é autorizado por se tratar de forma de segregação “cautelar” (caso contrário a restrição da liberdade seria ilegal e, por consequência, não poderia haver a substituição por uma outra medida cautelar pelo juiz e não se pode substituir o que é ilegal, apenas se relaxar ou se anular).

O que deve ser ressaltado é que, mesmo agora, no caso de ser necessária a custódia, apesar da prisão em flagrante ter que ser convalidada, se for o caso, em prisão preventiva, após o juiz receber os autos, enquanto o referido magistrado não faz isso, a prisão em flagrante subsiste, mesmo que por curto espaço de tempo, pois o agente permanecerá detido, evidentemente a título cautelar, ainda que por curto espaço de tempo, em razão do flagrante delito. É equivocado, portanto, se afirmar que a prisão em flagrante foi expurgada do nosso direito, pois, tanto não foi que continua regulada no CPP e é prevista na própria Constituição Federal. Caso contrário a que título permaneceria preso o agente enquanto não ocorresse a convalidação ou substituição por preventiva?

Tanto é verdade que a prisão em flagrante continua sendo uma medida cautelar pessoal, se forem descumpridas as obrigações impostas ao investigado ao ser concedida pelo juiz a liberdade provisória, o agente deverá voltar ao estado de preso em flagrante (as cautelares e contracautelas são sempre passíveis de substituição) e, assim, ser novamente recolhido à prisão, mesmo que depois venha se dar a decretação (ou se dê a substituição) de sua prisão em flagrante em preventiva (a própria lei passa a prever no parágrafo único do art. 312 do CPP que tal, por si só, já justificaria a prisão preventiva).

Caso não fosse assim, a liberdade provisória concedida pelo juiz seria uma liberdade natural e não uma liberdade “provisória” (como a própria lei a denomina), e isso também notou Afrânio Silva Jardim:

³ JARDIM, Afrânio Silva. *Reforma do CPP deve corrigir distorções sobre prisão e liberdade provisórias*. <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-01/reforma-cpp-corriger-distorcoes-prisao-flagrante>>. Publicado em: 01 mar. 2015.

[...] que liberdade provisória é essa que não pode ser revogada? Liberdade que não pode ser revogada é liberdade plena. O que caracteriza a liberdade provisória é a sua vinculação a determinados deveres processuais que, se descumpridos, acarretam na sua revogação, restaurando a eficácia da prisão anterior. Vale dizer, a liberdade provisória, para ser realmente provisória, não pode desconstituir a prisão em flagrante. Caso contrário, temos uma liberdade plena. Por outro lado, resta uma hipótese de liberdade realmente provisória que, sem perceber, o legislador deixou no código. Neste caso, caberá a revogação da liberdade provisória e não a decretação da prisão preventiva do réu. Será que salvamos o caráter provisório da liberdade e reconhecemos que a prisão em flagrante não foi desconstituída? Julgo que o mesmo deve ocorrer nas hipóteses dos artigos 338 e 339. Nestes casos, embora não se cuide a rigor de revogação da liberdade provisória, fica demonstrado que a prisão em flagrante pode ser restabelecida, mesmo após os momentos processuais previstos no aludido art. 310, ainda que ela possa, ao depois, voltar a ser substituída por outra medida cautelar. Por todo o exposto, concluímos que a reforma do CPP, realizada pela Lei nº 12.403/2011, acabou com o pouco de sistemático que ainda podia se extrair dos artigos alterados ou revogados, “amesquinhando” a prisão em flagrante e quase que tirando integralmente da liberdade provisória o que lhe é característico: a provisoriedade (como medida de contracautela que era) ⁴.

Com razão Afrânio Silva Jardim, pois o parágrafo único do artigo 310, parágrafo único, diz com todas as letras:

Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes do art. I a III do *caput* do art. 23 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940, Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, *sob pena de revogação*. ⁵ (destaque nosso)

⁴ JARDIM, Afrânio Silva. *Reforma do CPP deve corrigir distorções sobre prisão e liberdade provisórias*. In: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-01/reforma-cpp-corriger-distorcoes-prisao-flagrante>>. Publicado em: 01 mar. 2015.

⁵ JARDIM, Afrânio Silva. *Reforma do CPP deve corrigir distorções sobre prisão e liberdade provisórias*. In: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-01/reforma-cpp-corriger-distorcoes-prisao-flagrante>>. Publicado em: 01 mar. 2015.

Ora, se for revogada a liberdade provisória, o que retornará de forma imediata será “a cautelar prisão em flagrante que existia anteriormente antes de ser concedida a liberdade provisória”, até que seja decretada uma preventiva em substituição pelo juiz. Ou seja: a liberdade era “provisória”, vinculada à obrigação de comparecimento a atos do processo⁶. Se descumprida a vinculação, retorna-se à condição anterior: cautelar de prisão em flagrante.

É indubitável que o legislador constitucional elenca o flagrante delito como causa de prisão cautelar sem prévia ordem judicial (art. 5º, LXI) dando à autoridade policial o poder de averiguar o *fumus boni iuris* ou *fumus comissi delicti*, pois, de acordo com o art. 304 do CPP, sendo-lhe apresentado o preso, a autoridade deverá lhe interrogar e serão ouvidos o condutor e testemunhas e, no caso de existir fundada suspeita de ser o conduzido autor do crime, dar-se-á o recolhimento à prisão.

Assim, o delegado, ao lavrar o flagrante e recolher o agente ao cárcere, fazia (como ainda faz) apenas o exame do *fumus comissi delicti*, prescindindo-se de aferição do *periculum in mora*.

Portanto, é evidente que o legislador constitucional elenca o flagrante delito como causa de prisão cautelar sem prévia ordem judicial (art. 5º, LXI) dando à autoridade policial o poder de averiguar o *fumus boni iuris* ou *fumus comissi delicti*, pois, de acordo com o art. 304 do CPP, sendo-lhe apresentado o preso, a autoridade deverá lhe interrogar e serão ouvidos o condutor e testemunhas e, no caso de existir fundada suspeita de ser o conduzido autor do crime, dar-se-á o recolhimento à prisão.

Assim, o delegado, ao lavrar o flagrante e recolher o agente ao cárcere, fazia (como ainda faz) apenas o exame do *fumus comissi delicti*, prescindindo-se de aferição do *periculum in mora*.

Antonio Scarance Fernandes já concluía que:

Não há maior dificuldade em justificar a cautelaridade da prisão em flagrante no que se refere ao requisito do *fumus boni iuris*. O fato de o agente ter sido surpreendido em uma das situações do art. 302 do CPP serve para evidenciar a existência de crime, do qual ele é o provável autor. (...) Não há nenhuma verificação da necessidade de que a pessoa seja recolhida. Limita-se a autoridade policial a verificar a presença do *fumus boni iuri*⁷.

⁶ É certo que um juiz poderá revogar a liberdade provisória, caso descumprida a obrigação imposta (vínculo) e, no mesmo despacho, decretar a prisão preventiva, como autoriza o art. 321, parágrafo único do CPP, mas se não o fizer, apenas revogando a liberdade provisória, retornando o agente à prisão, o que se retorna é o estado cautelar anterior de preso em flagrante, até que se dê a transformação em preventiva. O que se quer dizer é que em casos normais (fora dos casos de prerrogativa de função, como se verá) pode prevalecer, mesmo que por curto espaço de tempo, a autonomia cautelar prisional do flagrante como reconhece a própria CF (art. 5º, LXI).

⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p 291-292.

E daí a pergunta: e quanto ao outro requisito da prisão cautelar, o *periculum in mora ou periculum libertatis*, como se dava a aferição para a cautelar?

Este requisito ficava, no regime anterior, ao prudente exame do juiz, que, ao receber o auto de prisão em flagrante, apreciaria se havia a presença da necessidade da prisão e, caso negativo, deveria liberar o preso. Caso positiva a necessidade da prisão, mantinha o flagrante delito que podia perdurar até a sentença final. E é por esse motivo que o legislador constituinte já dispunha no art. 5º, LXII da CF, que deveria haver imediata comunicação da prisão em flagrante ao juiz de direito.

Mas, agora, após reforma processual penal de 2011, especialmente com a previsão do artigo 310 do CPP, o juiz não só examinará o *periculum libertatis* mas, também, reexaminará o *fumus comissi delicti*, assim a decisão do juiz que antes tinha uma fundamentação mais simples (às vezes nem bem se justificava o decreto prisional) agora deverá exarar uma fundamentação mais complexa, examinando todos os pressupostos cautelares (não mais só o *periculum* mais também o *fumus* já antes reconhecido pela autoridade policial), pois se trata a prática delituosa não só “uma fumaça” de um ilícito, mas de um verdadeiro *incêndio*. Bem, qualquer maior exigência de fundamentação em se tratando de uma restrição de liberdade é sempre uma boa medida e, nesse ponto, há vantagem na reforma, pois fará com que o juiz agora se detenha na justificação, de forma coerente examinando o fato concreto à luz das balizas da necessidade e da adequação ao examinar a medida cautelar.

Um argumento imbatível no sentido de que a prisão em flagrante delito continua sendo uma medida cautelar autônoma, é exatamente o que se trata neste artigo, ou seja, a existência de previsão constitucional de que *os parlamentares só podem ser presos provisoriamente por flagrante delito*, não se admitindo em relação a esses, decretação de prisão preventiva. Essa incoercibilidade (e não imunidade!) é também prevista para outros funcionários que detêm a chamada competência por prerrogativa de função, em leis orgânicas, complementares ou não à Constituição Federal.

Aliás, em julgamento monocrático que examinava o requerimento de prisão dos senadores Jucá, Renan Calheiros e José Sarney, proferida por Teori Zawaski, volta a se demonstrar no Supremo Tribunal Federal que cautelar de prisão em flagrante ainda persiste no Brasil, estando patente no art. 53 § 2º da CF, *verbis*:

[...] Esse dispositivo constitucional, embora tenha recebido nova redação pela Emenda Constitucional 35, de 20 de dezembro de 2001, *preserva incólume*, no que diz respeito à disciplina das imunidades especificamente reconhecidas aos parlamentares federais, *a regra geral segundo a qual, no âmbito das prisões cautelares, somente se admitiria a modalidade da prisão em flagrante decorrente de crime inafiançável.*

.....

A mencionada incoercibilidade pessoal dos congressistas configura-se, por conseguinte, como garantia de natureza relativa, uma vez que o *texto constitucional excepciona a prisão em flagrante de crime inafiançável, como exceção à regra geral da vedação de custódias cautelares em detrimento de parlamentares*^{8, 9}

III. A Prisão Cautelar de Parlamentares no Brasil. Análise de Decisão do Supremo Tribunal Federal Brasileiro

Como já dito, a prisão provisória de parlamentar no Brasil só pode ocorrer por *flagrante delito por prática de crime inafiançável*, como se dá, da mesma forma, com promotores e juízes, que têm a garantia da incoercibilidade, prevista nas respectivas leis orgânicas.

Em novembro de 2015 a prisão provisória de senador da república, líder do Governo no Senado, gerou perplexidade, mas o fato é que *a prisão não poderia ser outra do que a prisão cautelar por flagrante delito, pois parlamentar não pode ser preso preventivamente*. E se, como em caso, o parlamentar estava em flagrante delito por prática de crime permanente, era passível de ser preso em flagrante delito, pois, nesse caso o estado de flagrância se prolonga no tempo (art. 2º da Lei de Crime Organizado). E, se estava em flagrante delito, é evidente que o parlamentar poderia ser preso por qualquer do povo e com muito mais razão, pela polícia federal (em vista da regra legal do art. 301 do CPP esta “deveria” prender) e, assim, ser encaminhado a uma delegacia da Polícia Federal, para depois ser comunicada a prisão ao STF (o juízo natural) e, posteriormente, ser remetida a decisão do STF à Casa do Senado, para deliberação a respeito, como exige a Constituição Federal.

O que causou maior perplexidade foi a forma em que se deu a prisão, pois o senador não foi capturado e levado a uma delegacia da Polícia Federal (o fato típico atentava contra interesse federal) mas de outro modo, o procurador-geral da República achou melhor, em vista da especialidade do caso, primeiro comunicar ao Ministro do STF relator da operação lava jato para que esse reconhecesse a situação de flagrância e ratificasse o cabimento da cautelar, para só depois a Polícia Federal efetuar a prisão.

Nada depõe contra essa especial forma em que se deu “a prisão em flagrante” do parlamentar, pois, convenha-se que capturar e arrebatar um parlamentar, talvez com necessidade de isso ser feito dentro da Casa do Senado, que inclusive tem agentes de segurança próprios, seria uma medida difícil de ser efetivada, pois, afinal, se tratava de um Senador e líder do governo e, dada a peculiaridade do caso, por cuidado, o Exmo. PGR optou por dirigir o requerimento ao relator do procedimento da “operação lava-jato”, o ministro Teori Zavascki.

⁸ AC 4173/DF, Requerente: Ministério Público Federal, Procurador-Geral da República – Relator Teori Zavascki. Acesso em: 14.06.2015, no endereço eletrônico <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/sob> o número 11182825.

⁹ O requerimento foi indeferido por entender o Relator que não estava presente a hipótese de flagrante delito ou permanência e que não seria inafiançável, pois não estavam presentes os motivos que autorizam a prisão preventiva.

O único problema do dito requerimento do Ministério Público Federal, que era perfeito em demonstrar que o parlamentar se encontrava praticando um crime permanente, e também era muito bem fundamentado ao demonstrar que estavam presentes os motivos que autorizavam a prisão preventiva, foi que, ao final, ao se fazer o pedido foi requerida uma “impossível decretação de prisão preventiva”, já que tal não poderia se dar, pois “parlamentar não pode ser preso provisoriamente através da cautelar de prisão preventiva” e, assim, o único requerimento final que poderia ter sido feito seria o de “decretação de prisão cautelar por flagrante delito em crime inafiançável, como exige o art. 53,§2º, da CF”.

O que é certo é que o Exmo. Relator Teori Zavascki, corretamente, não acatou o pedido de decretação de prisão preventiva (até porque não podia), mas, aceitando os argumentos de que o crime que estava sendo praticado era permanente e, ainda, reconhecendo que os motivos da prisão preventiva estavam presentes, e que o crime era inafiançável, estando, assim, presente a exigida inafiançabilidade exigida pelo art. 53,§ 2º da CF, concluiu ser caso de se efetuar a prisão em flagrante do parlamentar e decretou a prisão, mandando expedir o respectivo mandado de prisão provisória. O que se decretou, acertadamente, foi uma “cautelar de prisão em flagrante”, em uma clara demonstração tanto na decisão do Ministro Relator como na subsequente decisão da Segunda Turma do STF, de que a prisão em flagrante delito é ainda no Brasil uma prisão cautelar autônoma, e a única possível de ser efetivada para os casos de agentes que detêm a competência por prerrogativa de função, como é o caso de um parlamentar.

Portanto, com base no entendimento do STF, que melhor se ajusta ao caso em concreto, poderia o Senador a este título (prisão cautelar por flagrante delito) ficar preso até o fim do processo ou até que se desse o excesso de prazo, ou que fosse substituída por uma medida cautelar alternativa prevista no artigo 319 do CPP após a reforma processual penal, mas para esse último caso a prisão não deveria ser mais necessária e deveria o Senador preencher os necessários requisitos subjetivos. Tanto foi assim que, cerca de três meses depois, em fevereiro de 2016, como o Senador passou a colaborar com a operação lava-jato, houve a substituição da prisão provisória pelas medidas alternativas de recolhimento noturno e aos fins de semana e a obrigação de comparecimento a atos processuais e não se ausentar do país.

Antes de se prosseguir, com aspectos ainda controvertidos a serem analisados, seguem trechos da decisão de decretação da cautelar de flagrante, que depois foi confirmada, à unanimidade, pela 2ª Turma do STF:

RELATOR: MIN.TEORI ZAVASCKI. REQTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL.

PROC.(AIS)(ES): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

O tipo do art. 2º da Lei nº 12.850/2013 (“Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa”) remete ao conceito estatuído no art. 1º [...] reconhecido

como crime permanente (HC 112454, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 19/03/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-066 DIVULG 10-04-2013 PUBLIC 11-04-2013) e, como tal, contempla não só a possibilidade de flagrante a qualquer tempo (HC 101095, Relator(a): Min. GILMAR MENDES) [...] Aqui se cuida, em tese e pelas razões já examinadas, de estrito flagrante [...] Mas não é só. No mesmo art. 2º, porém em seu § 2º, lê-se: “Nas mesmas penas incorre quem impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa.” Em qualquer caso, a hipótese é de inafiançabilidade decorrente do disposto no art. 324, IV, do CPP [...] A mencionada incoercibilidade pessoal dos congressistas configura-se, por conseguinte, como garantia de natureza relativa, uma vez que o Texto Constitucional excepciona a prisão em flagrante de crime inafiançável, como exceção à regra geral da vedação de custódias cautelares em detrimento de parlamentares [...]

Ante o exposto, presentes situação de flagrância e os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, decreto a prisão cautelar do Senador observadas as especificações apontadas e ad referendum da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal..Expeça-se mandado de prisão, a ser cumprido na presença de representante da Procuradoria-Geral da República [...]

Em casos normais, no Brasil, lavrado o auto de prisão em flagrante, como se sabe, o juiz deve ser imediatamente comunicado para observar a legalidade do ato. Considerando-o ilegal, e o anulando, deve relaxar a prisão, determinando a soltura imediata do agente. Mas, caso transposto esse juízo de prelibação, o magistrado, no ofício judicante que só a ele cabe examinar, até poderá, em outro momento, também relaxar a prisão, decretar a liberdade provisória ou a prisão preventiva. Porém, no caso de parlamentar preso em flagrante, a CF faz tratamento diferenciado. Aliás, trata desigualmente os desiguais, na medida em que se desiguam. Ou seja, para esses agentes, só é possível prisão em flagrante, nunca se transformando em preventiva, pois incabível. O que pode, segundo o STF – decisão que concordo plenamente – é se considerar os motivos da preventiva para se aferir a *inafiançabilidade*.

E qual seria o tratamento diferenciado dos parlamentares? Pensa-se, caberia ao Senado a mera análise da legalidade, ou seja, apenas o juízo de prelibação. E é essa a interpretação que se faz para o verbo *resolver* do constituinte (*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*).

O que ocorreu, no caso em concreto, foi que, talvez pela peculiaridade do caso e para se evitar todo esse *imbroglio*, é que a pretensa *última palavra* do STF *se deu antes da hora*, ou em primeiro lugar. O que, convenha-se, foi salutar, pois evitou

que, em apreciação meramente política, o Senado deliberasse sobre a ilegalidade ou não do cabimento da prisão. Em outras palavras, o Senado acabou por ter um “norte” quanto à legalidade da prisão provisória.

Assim, o que se pode concluir das decisões quase que simultâneas do STF (a monocrática e a da Segunda Turma do Tribunal), é que a prisão cautelar por flagrante ainda persiste de forma autônoma no Brasil, tanto assim que em caso de crime praticado por parlamentar é a única prisão cautelar possível.

No caso do senador, estava presente a flagrância, como foi demonstrado nas decisões do STF, tanto a monocrática como a colegiada, pois havia prática de crime permanente, o que permitiria a imediata prisão cautelar de flagrante do senador, já que a flagrância se prolongava no tempo.

O crime, como já se disse, e melhor se verá no próximo tópico, era inafiançável, pois, no caso, estavam presentes os motivos da preventiva, como preconiza o artigo 324, IV, do CPP, que foi citado na fundamentação, e tal dispositivo do CPP afirma não ser possível a fiança nessa hipótese e, portanto, é inafiançável, não cabendo fiança.

Foi feita uma interpretação gramatical e teleológica perfeitamente possível e, justamente por isso são inatacáveis as decisões do STF, que entendo como perfeitas.

O fundamento da decretação da prisão, portanto, foi o *de prisão cautelar de flagrante por crime inafiançável* e não de “uma prisão preventiva extraordinária” como originalmente havia pedido o Exmo. Procurador-Geral de Justiça, mas que, no caso, seria impossível pela previsão de incoercibilidade constitucional que possui Senadores da República e, portanto, o STF optou pelo melhor caminho, sendo a prisão decretada plenamente legal.

Lenio Streck, fazendo prévia apreciação do caso, traça interessante paralelo com nome do grego “Protágoras”:

[...] Protágoras... Quase poderia dizer que protagonismo vem de Protágoras (mas vem de *Protos + agonistes*; principal lutador). Por que estou falando (d)isso? Para lembrar as circunstâncias e contingências pelas quais passa o Supremo Tribunal Federal. Sim. Por vezes, o STF está como o primeiro grego: *tem de nomear*. Assume o papel de *protos agonistes*. Só que, quando nomina, repercute. Para retomar os gregos: o STF, para o bem e para o mal, funciona (às vezes e em raríssimas exceções) como o *nomoteta*. E quem era *onomoteta*? Era o “dador de nomes”. Na verdade, era o “grande legislador”, como se vê na obra *Crátilo*. Não é por nada que, em alemão, legislador se chame *Gesetzgeber*, que quer dizer, literalmente, o que dá as leis (logo, legislador) [...] ¹⁰

¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. Senso incomum <<http://www.conjur.com.br/2015-dez-03/senso-incomum-nome-STF-fica-eis-o-busillis-Delcídio>> Disponível na Internet em: 3 dez. 2015.

E Lenio, ainda, aponta a impropriedade do pedido feito pelo Ministério Público Federal:

[...] o PGR deveria explicar por que razão a mais alta autoridade do MP faz um pedido *contra legem*, que, fosse o STF interpretá-lo de forma mais ortodoxa, não o teria conhecido; afinal, se não existe prisão processual de parlamentar, como requerer a sua preventiva? (Sim, exatamente com esse nome?)¹¹

E, quanto ao fundamento da decisão, assim, se manifesta o autor:

[...] deixando de lado o debate sobre se *inafiáveis* seriam apenas aqueles crimes referidos no próprio texto constitucional, temos que discutir o “nome” dado à prisão em flagrante nesse caso e suas repercussões para o futuro. Qual é a relação entre flagrante e permanência? Mas, mais do que o “nome” dado à flagrância, temos que discutir se o STF fez uma interpretação relativizando a imunidade ou se fez uma interpretação devidamente justificada pelas circunstâncias. Por óbvio, não estou sugerindo uma interpretação teleológica da Constituição. Todos sabem que não sou consequencialista. Não estou dizendo que o texto pode ser subvertido quando “um valor mais alto se alevanta” (*sic*). Não é isso. Mas uma coisa parece certa: em alguns casos muito excepcionais, se inaugura, institucionalmente, uma nova cadeia interpretativa (eis a característica da “mutabilidade” que parece ter ocorrido com a nomeação de que falei) [...] ¹²

Isso é correto, pois ante a falta de casos semelhantes (a hipótese nunca havia sido aventada) foi agora necessário dá-se interpretação coerente a ser aplicada em casos futuros, e nada mais certo que isso fosse feito por um *protagonismo* do STF.

Mas, não obstante o reconhecimento pelo STF da inafiançabilidade no caso em concreto, a questão que passou a ser discutida é se teria sido acertada ou não a decisão da mais alta Corte do Brasil, mormente ao entender que a inafiançabilidade não deve ser aferida só para os crimes em que a Constituição assegura que a lei determine a inafiançabilidade, mas que alcança também os crimes em que, pela lei, não são cabíveis de se conceder a fiança, e por esse motivo, também inafiançável, como foi o caso.

¹¹ STRECK, Lenio Luiz. Senso incomum <<http://www.conjur.com.br/2015-dez-03/senso-incomum-nome-STF-fica-eis-o-busilis-Delcidio>>. Disponível na Internet em: 3 dez. 2015.

¹² STRECK, Lenio Luiz. Senso incomum <<http://www.conjur.com.br/2015-dez-03/senso-incomum-nome-STF-fica-eis-o-busilis-Delcidio>>. Disponível na Internet em: 3 dez. 2015.

IV. Inafiançabilidade

A Constituição de 1988 fez previsão em três incisos do art. 5º das hipóteses de crimes inafiançáveis:

XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; (destaque nosso)

XLIV – constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

E, evidentemente, com a Lei nº 12.403/2011, o CPP teve que, necessariamente, para se adequar ao mandamento constitucional, reproduzir as vedações constitucionais de impossibilidade de concessão de fiança, isto é, teve que prever como não passíveis de fiança aqueles crimes que a Carta Constitucional estabelece que devam ser previstos na lei ordinária como inafiançáveis.

O CPP brasileiro e as leis especiais, em regra, admitem a fiança, mas podem ser previstos casos de vedação na lei ordinária de concessão do benefício, uma vez que, ao contrário da liberdade provisória sem fiança, a liberdade provisória com fiança é de maior vinculação, existindo parâmetros de vedação até pela Constituição Federal.

Assim, se é verdade que o STF tem evitado que permaneça em leis ordinárias hipóteses de inafiançabilidade somente em vista de gravidade dos crimes, em casos de hipóteses extraordinárias a inafiançabilidade ainda é prevista em lei, e isso é importante ressaltar, até porque, como a reforma de 2011, passou a admitir fiança para quase todos os crimes, era necessário o recrudescimento dos casos extraordinários em que a fiança seria admitida e, principalmente, que se deixasse no CPP a *inafiançabilidade* para os casos em que não tivesse o agente contra si *as hipóteses em que se permitiria a prisão preventiva* (art. 324, IV, do CPP).

Veja a hipótese de parlamentares que tenham (grande parte deles) condições de pagar os altos valores de fiança que foram fixados pós reforma de 2011, caso não houvesse esse “freio” da “inafiançabilidade” nunca ficariam presos, pois bastaria que adimplissem os altos valores, mas como em relação a tais agentes só se decreta a prisão provisória quando o crime for inafiançável, o sistema mantém a lógica, pois não irão poder obter a liberdade pagando os altos valores, coisa que será possível para agentes que não têm o foro por prerrogativa e praticam crimes afiançáveis. Assim a inafiançabilidade e, principalmente, a aferição para não conceder fiança por presença dos requisitos da prisão preventiva, acaba dando lógica e coerência ao sistema.

Aliás, a hipótese do art. 324, IV, como forma de se tornar impossível a fiança (inafiançabilidade), como lembra o professor Gustavo Badaró, se deu, historicamente, quando se ampliou, em 1977, as hipóteses de liberdade provisória, para fins de se manter a coerência do sistema, *verbis*:

E a dita coerência, acrescenta-se, foi mantida com a reforma de 2011 – que mesmo retirando as restrições de inafiançabilidade (em virtude da gravidade de crimes) – *continuou deixando a possibilidade do arbitramento de fiança e deixando no texto do CPP, de forma consciente, a hipótese de sua não possibilidade de concessão (assim é caso de inafiançável) quando presentes as razões da prisão preventiva (art. 324, IV, do CPP).*¹³

Isso é importante para os casos de agentes que possuam prerrogativa de função, pois, como já várias vezes aqui frisado (inclusive nas decisões ora comentadas do STF) para esses só cabe a prisão provisória da prisão em flagrante, inclusive estando presentes os motivos que impedem a prisão preventiva, o que reforça o caráter de natureza cautelar da prisão em flagrante.

Logo que se seguiu a prisão do senador, como já é comum no Brasil, surgiram vários breves escritos em sites jurídicos, muitos descontraídos, nos quais foram defendidas várias vertentes e entre elas uma que parte do pressuposto de que a inafiançabilidade capaz de autorizar a prisão de parlamentar só pode estar entre aquelas previstas na Constituição, *in verbis*:

[...] Os crimes inafiançáveis, como é de curso conhecido, estão previstos no próprio texto constitucional (art. 5º, XLII, XLIII e XLIV), quais sejam: racismo, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes, terrorismo, crimes hediondos, e, por fim, a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático [...] Não obstante, afastando-se da exigência constitucional, aduziu o STF que se trataria de caso de “inafiançabilidade” em virtude do disposto no artigo 324, IV, do CPP, o qual dispõe que não se concederá fiança nos casos em que estiverem preenchidos os requisitos da prisão preventiva. Assim, surpreendentemente, entendeu-se que a menção do art. 53, § 2º, a “crime inafiançável” não teria relação com os “crimes inafiançáveis” previstos na própria CF/1988. Teria relação, por outro lado, com qualquer hipótese de “inafiançabilidade”, vale dizer,

¹³ BADARÓ, Gustavo. *O Supremo e a inafiançabilidade ou: por que prenderam o Delcídio?* In: <<http://justificando.com/2015/11/26/o-supremo-e-a-inafiancabilidade-ou-por-que-prenderam-o-Delcidio/>>. Disponível na internet em: 26 nov. 2015.

com qualquer hipótese de não cabimento da fiança determinada pela legislação infraconstitucional e aferida no caso concreto, a qual, no caso do Senador Delcídio, decorreria do cabimento da prisão preventiva [...]”¹⁴

Equívoca-se a autora, pois a razão está com a interpretação dada pelo STF, ou seja, para que o sistema tenha alguma lógica a consideração do termo “inafiabilidade” deve levar em conta que o crime é inafiançável quando o fato praticado não é passível de cabimento de fiança e, assim, não deve se considerar somente as hipóteses restritivas da Constituição mas, também, as do Código de Processo Penal, mormente porque as hipóteses que estão hoje no CPP foram ali mantidas ou inseridas pela reforma de 2011 considerando o mandamento constitucional em relação aos crimes ali elencados, mesmo quanto à hipótese mantida do inciso 324, IV, desde 2011, e ninguém até hoje levantou a inconstitucionalidade por ali ter permanecido a hipótese.

Porém o que nos causou mais espécie na publicação foi a afirmação da autora de que havia uma confusão na decisão do STF e que essa era “tão patente quanto insustentável”, afirmando que:

[...] a redação do art. 324, IV, do CPP, note-se, apenas escancara o óbvio: a fiança constitui, de acordo com a atual redação do CPP, uma medida cautelar alternativa à prisão preventiva. Assim, decretada a preventiva, não há sentido em se conceder fiança, cuja finalidade é exatamente evitar a imposição da prisão: a fiança e a prisão preventiva e não a expressão da alternatividade dessas duas medidas, e não se confunde, a toda evidência, com a hipótese de crime inafiançável [...]”¹⁵

Bem, o exposto pela autora é que não se sustenta, com o devido respeito. Ora, é evidente que a fiança não se constitui na atual redação do CPP uma “medida cautelar alternativa à prisão preventiva” (*sic*), pois se constitui, na verdade, uma modalidade de liberdade provisória, já que, as medidas alternativas são aquelas que estão no artigo 319 do CPP. Afirmar, como o fez a autora, que “a fiança é uma alternativa à prisão preventiva” significa não atentar para o fato de que existem, na doutrina e na legislação, dois tipos de liberdades provisórias, como já visto no primeiro tópico deste

¹⁴ WANDERLEI, Gisela Aguiar. *Flagrante de crime inafiançável e inconstitucionalidade flagrante: limites e possibilidades da prisão de parlamentares federais na CF/1988*, in: <<http://emporiadodireito.com.br/flagrante-de-crime-inafiavel-e-constitucionalidade-flagrante-limites-e-possibilidades-da-prisao-de-parlamentares-federais-na-cf88>>. Acesso em: 06 dez. 2015.

¹⁵ WANDERLEI, Gisela Aguiar. *Flagrante de crime inafiançável e inconstitucionalidade flagrante: limites e possibilidades da prisão de parlamentares federais na CF/1988*, in: <<http://emporiadodireito.com.br/flagrante-de-crime-inafiavel-e-constitucionalidade-flagrante-limites-e-possibilidades-da-prisao-de-parlamentares-federais-na-cf88>>. Acesso em: 06 dez. 2015.

artigo, a liberdade provisória sem fiança e a liberdade com fiança. *A possibilidade de fixação ou não da fiança é o que diferencia as espécies de liberdades provisórias e não é a fiança, de modo algum, uma alternativa à prisão preventiva e sim um vínculo da liberdade provisória mais gravosa.* A prisão preventiva pode ser decretada de forma autônoma, como pode vir a substituir a anterior prisão em flagrante (hoje essa *substituição* é feita, quando necessária a custódia cautelar, ao juiz receber a cópia dos autos de flagrante, mas pode optar o magistrado, ainda, por uma ou mais medidas alternativas – aí sim alternativas – do art. 319 do CPP). O disposto no artigo 324, IV, assim, ao contrário do que conclui a autora, não comporta qualquer tipo de alternatividade. Se trata sim, de se fixar uma impossibilidade em se conceder liberdade provisória com fiança (inafiançabilidade). Aliás, a fixação de fiança é, na verdade, uma forma de *substituir*, em regra, a prisão cautelar (mesmo que por prazo exíguo) que decorre do flagrante, com a imposição da liberdade provisória com fiança, o que fica claro nos casos de crimes até quatro anos, quando o próprio delegado de polícia pode arbitrar a fiança e, assim, o agente não será encarcerado provisoriamente. Evidente que *se em um primeiro momento foi decretada a prisão preventiva ao agente e, após, ante a novos elementos, for concedida a tal agente a liberdade provisória sem fiança, o juiz poderá até transformar, posteriormente, essa liberdade provisória sem fiança em uma liberdade provisória com fiança, mas isso se dá em razão de possibilidade de “substituição cautelar” (característica própria do sistema), mas nunca uma alternatividade, pois as medidas alternativas são apenas aquelas dos arts. 318 e 319 do CPP.*

Também não se pode dar ênfase, como se quer, a uma “impossibilidade” de se cumularem medidas cautelares, pois a reforma de 2011 tornou possível tal cumulação e, assim, o que antes era impossível no processo penal, ou seja, a “cumulatividade” de cautelares penais, agora passou a ser plenamente possível.

Consoante o art. 282, §1º, do CPP com a redação da reforma:

§1º As medidas cautelares *poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente* (destaquei).

Apesar de ser um aparente contrassenso, essa mudança realizada pela reforma (antes só se admitia aplicação isolada e substitutiva de cautelares) foi essencial para o novo sistema, e a lei não distingue entre cautelares prisionais e de liberdade (cautelares e contracautelares) e, assim, apesar de parecer inconciliável, a lei não veda qualquer cumulação. É certo que, nos casos de *periculum libertatis* se presentes os motivos que autorizam a prisão preventiva não se deve decretar a liberdade provisória mediante fiança, mas não se impede, no caso de prisão em flagrante – como foi o caso do senador, em que não se deu imposição de cautelar de prisão preventiva e sim de uma cautelar de prisão em flagrante (por imposição constitucional) – que possa ser substituída (alternada) essa prisão por uma prisão domiciliar ou outra medida do art. 319, na forma do §1º do art. 282.

Por fim, conclui a autora, sem também acerto, que:

[...] não há que se confundir os casos em que é cabível a prisão preventiva (e por isso incabível a fiança), definidos pela legislação infraconstitucional (CPP, art. 312 c/c art. 313), com os casos de crimes inafiançáveis, decorrentes da Constituição de 1988 (art. 5º, LXII, LXIII, LXIV) [...]¹⁶

Ora, não há qualquer confusão e o STF não incidiu em nenhuma impropriedade, pois o que define o art. 312 do CPP são exatamente os casos em que não seria possível a prisão preventiva, já, ao contrário, o que faz o artigo 324, IV, do CPP, é dizer que, *além daqueles casos indicados na Constituição* (os crimes inafiançáveis que o art. 324 repete, como não poderia deixar fazer a lei processual penal) também não se dará a fiança (ou seja: será inafiançável) se o agente tiver contra si aqueles elementos do art. 312. *Tais elementos, no caso, são utilizados para se considerar a inafiançabilidade no caso em concreto, e não para se decretar a prisão preventiva*, e foi isso o que entendeu o STF. Dessa maneira, se conclui que são coisas diversas, uma a consideração dos elementos do art. 312 para se decretar a prisão preventiva; outra a consideração desses mesmos elementos para se aferir a inafiançabilidade (ou não possibilidade de liberdade provisória com fiança), e foi essa última consideração a que foi feita pelo STF.

Quanto à exigência de inafiançabilidade, historicamente, não existe exigência que essa seja aferida somente através de crimes em que, na Constituição, se determine essa condição, pois, pelo contrário, na Constituição de 1946 também existia a incoercibilidade de parlamentares¹⁷, que só podiam ser presos em flagrante por crime inafiançável e, durante sua vigência tivemos um caso de senador da República no Brasil que cometeu um homicídio em pleno plenário da Casa, e que foi considerado *ser um crime inafiançável em face da previsão de inafiançabilidade fixada no Código de Processo Penal e não na Constituição*. Isso se deu na década de 1960, e o senador foi preso em flagrante por homicídio (cometido dentro do plenário da Casa), por ser o crime inafiançável por sua gravidade, pois à época, assim era a principal condição para o crime ser inafiançável pelo CPP.¹⁸

¹⁶ WANDERLEI, Gisela Aguiar. *Flagrante de crime inafiançável e inconstitucionalidade flagrante: limites e possibilidades da prisão de parlamentares federais na CF/1988*, in: <<http://emporiododireito.com.br/flagrante-de-crime-inafiancavel-e-constitucionalidade-flagrante-limites-e-possibilidades-da-prisao-de-parlamentares-federais-na-cf88>>. Acesso em: 06 dez. 2015.

¹⁷ Assim era disposto na CF de 1946 “Desde a expedição do diploma até a inauguração da legislatura (seguinte, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime) inafiançável, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Câmara”. § 1º – No caso de flagrante de crime inafiançável, os autos serão remetidos, dentro de quarenta e oito horas, à Câmara respectiva, para que resolva sobre a prisão e autorize, ou não, a formação da culpa. § 2º A Câmara interessada deliberará sempre pelo voto da maioria dos seus membros.

¹⁸ O fato ocorreu durante uma sessão no Senado Federal em dezembro de 1963, sendo que era originada por velha rixa que envolvia os senadores Arnon de Mello (pai do ex-presidente Fernando de Collor de Mello) e Silvestre Pércles, representantes do estado de Alagoas. O Senador Pércles já havia, em Alagoas, ameaçado, durante um discurso, de matar o Riva e, desde esse fato, o pai do atual senador Collor passou a

Portanto, redação original do CPP, aliada à norma Constitucional, era mantida a lógica do sistema, pois, se o parlamentar não poderia ser preso por cautelar de prisão preventiva, poderia, por outro lado, ter sua liberdade restringida ao cometer crime grave (considerando grave, na época, o crime que fosse punido com mais de dois anos de reclusão como era previsto no CPP) pois eram tais crimes inafiançáveis. Agora não mais se afere inafiançabilidade em vista da gravidade do crime (após a reforma de 2011), mas, como se vê, tanto na redação antiga do CPP antes da reforma, quanto na redação atual, *também será inafiançável a prática delituosa caso o agente tenha contra si os motivos ensejadores da decretação de prisão preventiva.*

Destarte, nunca se quis dar “imunidade” tão drástica para a prisão de parlamentar, sempre bastou que se cometesse um crime em flagrante e que esse crime fosse inafiançável na forma do CPP.

Como afirmado, com a reforma de 2011 do CPP, foi retirada a gravidade abstrata do crime como impedimento da fiança, mas, por outro lado, foi deixada, propositalmente, a hipótese da existência de requisitos para decretação da prisão preventiva como impedimento da fiança, além de ter elencado aqueles crimes que a Constituição determinou que constassem de lei. A reforma poderia, perfeitamente, ter elencado outros crimes ou até deixar apontados critérios de gravidade para que não fosse possível a fixação da fiança (p. ex: pena igual ou maior que oito anos de reclusão), ou mesmo ter excluída a hipótese do art. 324, IV, CPP, mas não o fez. Questão de critério legislativo da reforma.

Ora, se inafiançáveis fossem somente aqueles crimes que a Constituição de 1988 *tenha assegurado que constassem da lei – do CPP – como tais*, por que teria o legislador da reforma de 2011 deixado no art. 324, IV, a “inafiançabilidade” para o caso de estarem presentes os motivos da preventiva? Veja que esse motivo já existia anteriormente.

O que se deveria questionar é por qual motivo foram retirados outros impedimentos à fiança (a ideia era retirar somente o critério da “gravidade”, pois agora a fiança é mais ampla, podendo ser concedida a qualquer crime, desde que não haja impedimento legal) e, aí pergunta-se: porque não retiraram a hipótese de existência de requisitos a prisão preventiva para se impedir a concessão de fiança? Portanto, não foi por acaso, o legislador de 2011, apenas inseriu àqueles crimes que a CF *assegurou que constassem da lei como inafiançáveis, mas, é certo que, intencionalmente, deixou o disposto no art. 324, IV.*

portar sempre uma arma “Smith Wesson 38” na cintura. No dia 4 de dezembro de 1963, o pai de Collor, ao abrir os trabalhos na sessão do Senado, afirmou: “Senhor presidente, com a permissão de Vossa Excelência, falarei de frente para o senador Silvestre Péricles de Góes Monteiro, que me ameaçou de morte”. E de pronto Péricles o chamou gritando de: “Crápula!”. Ambos sacaram seus revólveres e o tiroteio começou, quando os senadores Kairala e João Agripino, na tentativa de evitar a tragédia se atracaram no chão com Péricles, com o fim de lhe tirar a arma das mãos. Foi quando Arnon de Mello disparou duas vezes contra o rival, mas acabou atingindo Kairala, que, baleado no abdome, foi levado em estado grave ao Hospital Distrital de Brasília, mas não resistiu aos ferimentos e faleceu. Os senadores responsáveis pelo tiroteio foram presos em flagrante, pois assim era previsto na CF e o crime era inafiançável na forma do então CPP. O Senado aprovou por 44 votos a favor e 4 contra a prisão em flagrante de Silvestre Péricles e Arnon de Mello.

Resta evidente, portanto, que para ser efetivada a prisão em flagrante de parlamentar, o que deve ser verificado é se o crime é inafiançável pelo CPP, já que o CPP, após a reforma de 2011, repete aqueles crimes assegurados pela CF para que sejam considerados inafiançáveis. Mas o que não se atenta é o que CPP, em dispositivo mantido após a Constituição de 1988 e pela reforma processual penal de 2011, elenca outro motivo para reconhecimento de inafiançabilidade (art. 324, IV, do CPP) que é a chave de resolução para o problema: o de que “também será passível de ser mantida a cautelar de prisão em flagrante, se o agente tiver contra si os requisitos que autorizam a prisão preventiva (art. 312 do CPP)”. E é lógico que deve ser assim, pois, caso contrário, seria uma iniquidade, pois nunca (ou quase nunca) poderia ser preso um parlamentar se não praticasse os terríveis crimes em que a CF alia a inafiançabilidade e a imprescritibilidade. Mas, existe uma diferença na Constituição Federal, uma vez que quando não se alia na CF a inafiançabilidade à imprescritibilidade como nos incisos XLII e XLIV do art. 5º, como é o caso do art. 5º XLIII, só se assegura que os crimes elencados na CF sejam elencados na lei ordinária, mas não se impede que a lei ordinária elenque obstáculos à fiança (e, assim, é inafiançável), como é o caso de impedimento por ter o agente contra si os elementos que autorizam a prisão preventiva.

Portanto, para o STF e, também como penso, a inafiançabilidade de crimes não é restrita aos crimes elencados no artigo art. 5º, XLIII, da CRFB, mas pode, também, ser aferida naquelas outras hipóteses que sejam previstas em lei, como é o caso do inciso IV, do art. 324, do CPP.

Vejam que, evidentemente, deve se basear o STF na constatação de que o referido inciso XLIII, do art. 5º da CF, diz que “a lei considerará inafiançáveis os crimes...”, ou seja, “diz quais crimes “não pode a lei deixar de apontar” (dito de outra forma: a CF aponta crimes que não podem ficar de fora do rol de não cabimento de fiança do CPP, *mas não retira a possibilidade de que outros fatos criminosos sejam previstos como “inafiançáveis”* (e nesse sentido, pelo menos para o caso do art. 5º, XLIII, da CF, esse pequeno rol de fatos criminosos ali assegurados para que constassem no CPP, seria uma forma meramente asseguradora ou exemplificativa e nunca taxativa). O mesmo se dá com o caso do art. 98, I, da CF que autorizou conciliação e transação penal para os juizados especiais, mas que não impede que a lei venha a prever uma “transação” para outros crimes, a chamada barganha do modelo norte-americano, e o mesmo ocorre, também, com o dispositivo constitucional que diz que os crimes dolosos contra a vida serão julgados pelo júri, não impedindo, como toda a doutrina reconhece, que a lei arrole outros crimes a serem julgados pelo júri, já que a CF só assegura que o crime doloso contra a vida não poderá deixar de ser julgado pelo júri.

Saliente-se: o inciso XLIII, do art. 5º da CF, diz que “a lei considerará inafiançáveis os crimes” e indica quais, ou seja, não restringe ou impede que a lei ordinária aumente o rol, o que difere das outras hipóteses da CF (o inciso anterior (XLII) e o posterior (XLIV), nos quais não se admite uma extensão, pois nesses se veda, inclusive, a ocorrência de prescrição (são imprescritíveis).

Ademais, o dispositivo constitucional supra não está atrelado à incoercibilidade pessoal dos congressistas, que inclusive, na decisão do STF foi considerada como garantia de natureza relativa, uma vez que o art. 53, §2º, da CF está totalmente separado do art. 5º da mesma Constituição e, por outro lado, o dispositivo que trata da prisão de parlamentar, não faz qualquer menção ao dispositivo constitucional que elenca aquele pequeno rol de crimes inafiançáveis. O texto constitucional, no caso, apenas restringe a prisão em flagrante de crime inafiançável, como exceção à regra geral da vedação de custódias cautelares em detrimento de parlamentares.

Dessarte, a verdadeira *vexatio quaestio* foi a enfrentada pelo STF, ou seja, interpretar se a “inafiançabilidade” exigida para a prisão do parlamentar abrangeria somente as hipóteses dos crimes indicados na CF ou, se também, abrangeria outras hipóteses em que a lei considera que outros crimes não sejam passíveis de fiança (veja: até por definição semântica *o que não é passível de fiança seria, por consequência, inafiançável*).

Como concluiu o STF do Brasil, em uma interpretação gramatical e até teleológica, pois o fim é que não se adote uma iniquidade que nunca foi adotada anteriormente, é que, para ser o crime inafiançável, basta que a lei não permita a fiança, prescindido daqueles crimes que foram meramente indicados ou assegurados pela CF que constassem da lei ordinária. Para mim isso é evidente, e foi o que o STF interpretou em relação ao parlamentar, chegando à conclusão de que não poderia ser outra a interpretação a ser conferida em tais casos aos detentores de prerrogativa de função, pois, se assim não o fosse, mesmo ante a fatos tão graves, como os praticados pelo senador, esses agentes públicos ficariam impedidos de ter contra si uma cautelar prisional¹⁹.

Portanto, é relevante notar que são diferentes os teores dos incisos XLII e XLIV do art. 5º da CF, porque, nesses incisos se entrelaçam inafiançabilidade e a imprescritibilidade. Já no inciso XLIII só se elenca um pequeno rol de crimes que o legislador constitucional apenas procura *garantir* que tais crimes não possam deixar de estar no rol de fatos típicos que sejam inafiançáveis no CPP ou em leis especiais, mas não impede que outras hipóteses penalmente típicas sejam consideradas “inafiançáveis”, mediante outras previsões ou outros critérios utilizados pelo legislador ordinário (o STF cita na decisão expressamente o artigo 324, IV, do CPP). Já a imprescritibilidade e a inafiançabilidade, que andam de *mãos dadas* nos outros dois incisos, não podem ser alargadas, pois são hipóteses taxativas. Talvez por isso o legislador constitucional tenha optado por deixar em separado as hipóteses que aliam imprescritibilidade e inafiançabilidade do outro inciso em que consta o pequeno rol de crimes (XLIII) no qual apenas quis assegurar que constasse na lei como inafiançáveis, mas não de forma a impedir a fixação de outras hipóteses. Por que não dispôs tudo em só inciso, e por

¹⁹ Aliás, já chega a defender, obviamente em posição muito isolada, que “parlamentar não mais poderia ser preso de forma alguma provisoriamente, posição que resulta em uma verdadeira iniquidade e rompe com toda a tradição a respeito do tema no Brasil, seja nas Constituições brasileiras, seja em leis ordinárias (cf. MACHADO, Felipe Daniel Amorim. In: <<http://emporiiododireito.com.br/da-prisao-dos-congressistas-no-brasil-por-felipe-daniel-amorim-machado/>>. Disponível a partir de 27 dez. 2015). Veja-se, assim, a que ponto se quer interpretar o tema no país, mesmo, que, como se alertou, seja uma posição isolada.

que no inciso XLIII apenas diz que a *lei ordinária considerará inafiançáveis*, e não fixou os crimes taxativamente?

V. Conclusão

Definitivamente a reforma de 2011 do Código de Processo Penal brasileiro não retirou completamente a autonomia da prisão em flagrante como cautelar e, assim, apesar de parte da doutrina entender que, a partir dessa reforma, a prisão em flagrante delito seria uma *precautelar*, na verdade, não há, a meu pensar e de outros autores, na legislação do Brasil essa “figura” ou “categoria” que não define qualquer natureza de um ato que segrega provisoriamente uma pessoa por um dia ou mais (que seria uma ilegalidade).

Como se demonstrou a prisão em flagrante delito é forma de prisão provisória autorizada pela Constituição, a única exceção de prisão que não necessita de prévia ordem judicial e, continua sendo uma medida cautelar autônoma, após a Lei nº 12.403/2011, mesmo que a sua autonomia tenha sido reduzida a um curto espaço de tempo. Caso se disse, a se pensar em contrário, a prisão em flagrante, mesmo que por um dia, seria ilegal e, por consequência, não se poderia dar a substituição por outra medida pelo juiz (é o que se dá quando se aplica o art. 310 do CPP, uma convação ou substituição), pois não se pode substituir o que é um “nada jurídico” ou um ato legal, mas tão somente relaxar o ato, como é intuitivo.

A previsão constitucional de que os parlamentares “só podem ser presos provisoriamente por *flagrante delito*, não se admitindo em relação a esses, decretação de prisão preventiva, é um *argumento final incontestante no sentido de que a prisão em flagrante delito continua sendo uma medida cautelar autônoma*.”

A recente prisão provisória de um senador da república no Brasil, líder do Governo no Senado, foi um fato inusitado e incomum e, apesar de opiniões doutrinárias divergentes, a natureza da prisão, em vista de mandamento constitucional, não podia ser outra do que “a prisão cautelar por flagrante delito”, já que, no Brasil, o parlamentar não pode ser preso por cautelar de prisão preventiva.

No caso, o parlamentar estava em flagrante delito por prática de crime permanente e, assim, era passível de ser preso em flagrante delito, já que o estado de flagrância, nessa hipótese, se prolonga no tempo. E se o senador estava em flagrante delito, é evidente que o parlamentar poderia ser preso até mesmo por qualquer um do povo, na forma do artigo 301 do CPP.

O crime praticado, como entendeu corretamente o STF era inafiançável, pois no caso, estavam presentes os motivos da preventiva, como preconiza o artigo 324, IV, do CPP, que foi citado na fundamentação, e tal dispositivo do CPP afirma não ser possível a fiança nesse caso e, portanto, é inafiançável. Foi uma interpretação gramatical e teleologicamente perfeitamente possível, e tendo sido a adotada, sem dúvida, pelo STF.

O fundamento da prisão provisória decretada pelo STF, assim, foi o de existência de uma “cautelar de prisão em flagrante por crime inafiançável” e não de “uma prisão

preventiva extraordinária” como originalmente havia pedido o Exmo. Procurador-Geral de Justiça, até porque, no caso, a decretação de prisão preventiva seria impossível pela previsão de incoercibilidade constitucional que possui um senador da República.

O STF, assim, não incidiu em nenhuma impropriedade, pois o que são definidos no art. 312 do CPP são exatamente os casos em que não se possibilita a prisão preventiva e, o que faz o artigo 324, IV, do CPP, é dizer que, além daqueles casos de crimes assegurados pela Constituição de que devem, como tal, figurar na lei como inafiançáveis, também não se dará a fiança (ou seja: será também inafiançável) quando o agente tiver contra si aqueles elementos do art. 312, por força de dispositivo legal mantido na reforma de 2011 e plenamente compatível pela Constituição Federal.

Os elementos do artigo 312 e no art. 324, IV, ambos do CPP, são utilizados, no último dispositivo, em uma técnica *referida*, para se garantir a inafiançabilidade no caso em concreto, mesmo fora da incidência dos crimes citados somente de forma asseguradora no art. 5º, inciso XLIII da CF, e não para se decretar uma prisão preventiva, como chegou a ser defendido por alguns, e foi naquele sentido (o correto) a decisão do STF”. São coisas diversas, uma a consideração dos elementos do art. 312 para se decretar a preventiva, outra a consideração para se negar a fiança, e foi essa última consideração que foi feita pelo STF. Ademais, como já dito, *a decretação de prisão preventiva de parlamentar, mesmo que se fosse para substituir uma anterior prisão em flagrante, é impossível de ser efetivada, pois a Constituição Federal não o permite.*

A única hipótese de alteração da situação do senador, em tese, seria a aplicação alternativa recolhimento noturno ao domiciliar ou outras medidas alternativas, de forma isolada ou em conjunto (cumulativas), o que foi feito posteriormente, pois, com a delação premiada, passou a ser possível a aplicação de uma das medidas alternativas do art. 319 do CPP, em face das circunstâncias e as razões de proporcionalidade e necessidade (art. 282 do CPP) que foram consideradas, três meses após a prisão, pelo STF.

O inciso XLIII, do art. 5º da CF, diz que “a lei considerará inafiançáveis os crimes [...]”, e aí passa a elencar alguns crimes para *assegurar que esses crimes a lei não pode deixar de elencar como inafiançáveis* e, assim, a CF aponta crimes que não podem ficar de fora do rol de não cabimento de fiança do CPP, mas não retira a possibilidade de que outros fatos criminosos sejam previstos como *inafiançáveis*. O mesmo se dá com o caso do art. 98, I, da CF que autorizou a conciliação e transação penal para os juizados Especiais, mas que não impede que a lei venha a prever uma “transação” para outros crimes que não sejam de pequeno potencial ofensivo (o que já vez em outros tempos com a embriaguez no trânsito, p.ex), e também com o dispositivo constitucional que diz que os crimes dolosos contra a vida serão julgados pelo júri, não impedindo, todavia, que a lei arrole outros crimes a serem julgados pelo júri, já que, a CF só assegura que o crime doloso contra a vida não poderá deixar de ser julgado pelo Júri.

Ademais, o dispositivo constitucional que assegura a inafiançabilidade de alguns crimes está em inciso do art. 5º da CF e, portanto, não está atrelado à incoercibilidade pessoal dos congressistas, já que essa está prevista em outro momento (art. 53, §2º,

da CF) e, assim, totalmente separada do art. 5º da mesma Constituição, não fazendo o dispositivo qualquer menção ao art. 5º da CF, sendo que no art. 53, § 2º, da CF, apenas se repete o que já existia como previsão, por exemplo, na Constituição de 1946, que remetia, por a uma interpretação lógica e integrativa ao CPP. Aliás, essa incoercibilidade dos parlamentares, inclusive, na decisão do STF foi considerada como uma garantia de natureza relativa.

As decisões do STF, que geraram tanta discussão, longe de serem decisões impróprias e incabíveis como foi defendido por parte da doutrina, foram coerentes e fundamentadas e, consoante Lenio Streck:

[...] o que mais deve nos preocupar não é fato em si, isto é, se a Suprema Corte acertou ou errou ao dar o sentido do alcance da expressão “flagrante”, estendendo-o até caber no conceito de crime permanente, ou se crimes inafiançáveis não são apenas o racismo, o tráfico, a tortura, o terrorismo, a ação armada contra o Estado e os crimes hediondos. Não. O que mais deve preocupar a comunidade greco-forense (permito-me a alegoria) é o dia seguinte: já que o STF *deu o nome a essas coisas novas* [...] o *busílis* da questão do caso Delcídio: quais serão as repercussões dos sentidos atribuídos pelo Supremo Tribunal? O *busílis* é que nos resta saber qual é a régua (régua = medida, lembrando de Protágoras) que o STF usará nas causas que vem por aí tratando de prisão em flagrante e sua respectiva extensão a partir do critério da permanência da atividade criminosa. *Nome dado, nome que fica?* Do mesmo modo, terá que definir qual a medida que usará para definir a prisão preventiva em casos de inafiançabilidade[...]. Se pensarmos, por exemplo, que a jurisprudência deve ter estabilidade, coerência e integridade, talvez o grande problema do STF seja o “de que modo ele tratará os próximos casos”. Não parece que o caso Delcídio possa ser entendido como o estabelecimento provisório de um Estado de Exceção Hermenêutico, algo que o jornalista-filósofo da *Folha de S.Paulo*, Hélio Schwartsman, chamou de “*Decisão forçada*” [...]. O nome que o STF dá é o nome que fica? Eis o *busílis* do caso Delcídio!²⁰

Assim, não temos dúvida de que dada a coerência e integridade que são comuns nas decisões do Supremo Tribunal Federal que, daqui para frente, essas serão as orientações a serem seguidas e mantidas: a cautelar de prisão em flagrante delito conserva sua autonomia e é a única forma de prisão que pode ocorrer para parlamentares e agentes com foro por prerrogativa de função (portanto, até que

²⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Senso incomum*. In: <<http://www.conjur.com.br/2015-dez-03/senso-incomum-nome-STF-fica-eis-busilis-o-delicidio>>. Disponível na Internet em: 3 dez. 2015.

haja aplicação de medida alternativa – arts. 318 e 319 do CPP – será a cautelar de prisão em flagrante que, de forma autônoma, subsistirá) e, ainda, que a condição de “inafiabilidade” exigida para a prisão de tais agentes deve ser aferida em vista, não só daqueles crimes elencados e assegurados na Constituição, mas também no Código de Processo Penal, codificação que, além daqueles crimes assegurados pela CF, elenca o impedimento de não poder ter o agente contra si os requisitos da prisão preventiva (art. 324, IV, do CPP) para que seja o crime praticado afixável.

Referências

BADARÓ, Gustavo. *O Supremo e a inafiançabilidade ou: por que prenderam o Delcídio?* In: <<http://justificando.com/2015/11/26/o-supremo-e-a-inafiabilidade-ou-por-que-prenderam-o-delcidio/>>. Disponível na internet em: 26 nov. 2015.

FERNANDES, Antonio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

JARDIM, Afrânio Silva. *Reforma do CPP deve corrigir distorções sobre prisão e liberdade provisórias*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-01/reforma-cpp-corriger-distorcoes-prisao-flagrante>>. Publicado em: 01 mar. 2015.

LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

LIMA, Marcellus Polastri. *A Tutela Cautelar no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. *A Tutela Cautelar no Processo Penal*, São Paulo: Atlas, 2014.

_____. *Curso de Processo Penal*. vol. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. *Curso de Processo Penal*. 8ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

_____. *Da prisão e liberdade provisória*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

MACHADO, Felipe Daniel Amorim. Disponível em: <<http://emporiiodireito.com.br/da-prisao-dos-congressistas-no-brasil-por-felipe-daniel-amorim-machado/>>. Disponível a partir de 27 dez. 2015.

WANDERLEI, Gisela Aguiar. *Flagrante de crime inafiançável e inconstitucionalidade flagrante: limites e possibilidades da prisão de parlamentares federais na CF/1988*. In: <<http://emporiiodireito.com.br/flagrante-de-crime-inafiavel-e-constitucionalidade-flagrante-limites-e-possibilidades-da-prisao-de-parlamentares-federais-na-cf88>>. Acesso em: 06 dez. 2015.

STRECK, Lenio Luiz. *Senso incomum*. In: <<http://www.conjur.com.br/2015-dez-03/senso-incomum-nome-stf-fica-eis-busilis-delcidio>>. Disponível na internet em: 3 dez. 2015.