

CRISTIANE DE FREITAS NEVES

**LIBERDADE PROVISÓRIA NOS CRIMES DE
TRÁFICO DE DROGAS:
Análise da validade do artigo 44 da lei 11.343/2006**

BACHARELADO EM DIREITO

FIC-MG

2011

CRISTIANE DE FREITAS NEVES

**LIBERDADE PROVISÓRIA NOS CRIMES DE
TRÁFICO DE DROGAS:
Análise da validade do artigo 44 da lei 11.343/2006**

Monografia apresentada a banca examinadora da Faculdade de Direito, das Faculdades Integradas de Caratinga-FIC, como exigência parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Msc. Dário José Soares Júnior.

FIC – CARATINGA

2011

RESUMO

O tráfico de drogas é um crime de enorme incidência em nossa sociedade que acaba levando à prisão em flagrante de um grande número de pessoas todos os anos. Assim, é comum que o investigado requeira a liberdade provisória, questão controversa no direito atual uma vez que o *caput* do artigo 44 da Lei nº 11.343/2006 veda, expressamente, a concessão de liberdade provisória aos crimes de tráfico de drogas o que, na visão de parte da doutrina seria inconstitucional. Por outro lado, há quem acredite que o aludido dispositivo teria sido revogado com a alteração do artigo 2º da Lei dos Crimes Hediondos, determinada pela Lei nº 11.464/2007. O presente trabalho tem o objetivo de analisar os argumentos acerca da constitucionalidade da vedação da liberdade provisória, bem como pesquisar a possível revogação do artigo 44 da Lei nº 11.343/2006, chegando a uma decisão acerca da validade deste dispositivo legal.

PALAVRAS CHAVE: Liberdade Provisória, Prisões Cautelares, Tráfico de Drogas, Crimes Hediondos e Equiparados

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	06
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS	08
CAPÍTULO I – MEDIDAS CAUTELARES	11
1.1 Prisões Cautelares	15
1.1.1 Prisão em Flagrante	16
1.1.2 Prisão Preventiva	18
1.1.2.1 Prisão Domiciliar	22
1.1.3 Prisão Temporária	22
1.2. Liberdade provisória	23
1.2.1 Liberdade provisória sem fiança e sem vinculação	26
1.2.2 Liberdade provisória sem fiança e com vinculação	27
1.2.3 Liberdade provisória com fiança e com vinculação	29
1.2.4 Liberdade provisória proibida	32
CAPÍTULO II – PROIBIÇÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA PARA OS CRIMES HEDIONDOS	33
2.1 Contexto histórico da Lei de Crimes Hediondos	33
2.2 Polêmica do artigo 2º da Lei nº 8.072/1990	36
2.3 Crimes hediondos e liberdade provisória no cenário atual	41
CAPÍTULO III – A VALIDADE DO ARTIGO 44 DA LEI Nº 11.343/2006	45
3.1 Tráfico de drogas na atualidade	45
3.2 Conflitos de leis.....	47
3.3 Constitucionalidade da vedação de liberdade provisória	50
CONSIDERAÇÕES FINAIS	66
REFERÊNCIAS	69
ANEXOS	73

INTRODUÇÃO

Em primeiro lugar, é preciso ressaltar a importância do estudo aqui proposto na esfera jurídica. A partir do momento em que não há um consenso entre doutrinadores e jurisprudência a respeito da aplicação do artigo 44 da Lei nº 11.343/2006, é possível perceber que pesquisar o tema trará grande ganho jurídico, permitindo uma visão geral tanto das correntes doutrinárias existentes, quanto do modo como a questão tem sido abordada pelos magistrados.

Por outro lado, inegável o ganho social. Atualmente, o tráfico de drogas configura-se como um delito de grande incidência em todo o país, trazendo danos físicos e psicológicos a seus usuários, além de motivar outros crimes, em geral de origem patrimonial, como furto e roubo, cujo produto é usado para sustentar o vício. Decorrência lógica deste cenário é a prisão de grande número de pessoas por delitos de tráfico de drogas, sendo, portanto, fundamental a investigação da possibilidade de concessão de liberdade provisória a esses infratores.

Há de se destacar, ainda, o ganho pessoal a ser adquirido com o trabalho proposto. Ante a alta incidência de prisões por tráfico de drogas, há grandes possibilidades de que o profissional do direito venha a deparar-se com a questão da liberdade provisória em crimes de tráfico de drogas. A presente pesquisa é um instrumento para a prática jurídica, fornecendo uma compreensão acerca do tema, bem como uma visão do posicionamento do Supremo Tribunal Federal diante esta questão.

Destarte, o nosso objeto de estudo é a vedação da concessão de liberdade provisória aos crimes de tráfico de drogas determinada pelo *caput* do artigo 44 da Lei nº 11.343/2006, de forma que analisaremos sua validade frente à alteração sofrida pelo artigo 2º da Lei nº 8.072/1990, bem como diante da polêmica acerca da constitucionalidade desta vedação.

O problema aqui proposto é: “A proibição à concessão de liberdade provisória aos crimes de tráfico de drogas, prevista no artigo 44 da Lei nº 11.343/2006, é válida?”

Assim, a pesquisa tem o objetivo geral de analisar a validade do artigo 44 da Lei nº 11.343/2006 no tocante à proibição da concessão de liberdade provisória nos crimes de tráfico de drogas, e os objetivos específicos de investigar a Lei nº

11.343/06; realizar pesquisa bibliográfica, selecionando as lições doutrinárias e identificando as diversas correntes jurídicas sobre o tema em epígrafe; e analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, identificando o posicionamento da primeira e da segunda Turmas acerca da liberdade provisória nos crimes de tráfico de drogas.

Nossa hipótese é de que apesar da alteração realizada na Lei dos Crimes Hediondos, o artigo 44 da Lei nº 11.434/2006 permaneceu inalterado. De acordo com o princípio da especialidade das leis, temos que o disposto na lei específica deve prevalecer sobre a norma geral.

Ademais, a vedação constitucional de fiança para os delitos de tráfico de drogas, prevista no artigo 5º, inciso XLIII da Constituição da República confirma a maior gravidade que o próprio constituinte conferiu a estes delitos, de forma que, uma vez vedada a liberdade provisória com o pagamento de fiança, seria incongruente sua concessão sem esta caução.

Para confirmar a hipótese acima apresentada, faremos uma pesquisa teórico-dogmática através de leitura de doutrinas conceituadas e relevantes para o tema, bem como por análise da jurisprudência dos tribunais superiores.

Trata-se de uma pesquisa interdisciplinar, com esteio no Direito Penal e no Direito Processual Penal, mas, também, buscando fundamentos no ramo do Direito Constitucional.

O trabalho será dividido em três capítulos. O primeiro, *Medidas Cautelares*, pretende explicar os tipos de prisões cautelares e de liberdade provisória que o direito pátrio permite, considerando as recentes alterações promovidas pela Lei nº 12.403/2011.

No segundo capítulo, intitulado *A Proibição de Liberdade Provisória para os Crimes Hediondos*, explicitaremos a questão do artigo 2º da Lei nº 8.072/1990, que proibia a liberdade provisória a crimes hediondos e equiparados (tráfico de drogas inclusive), mas que teve a redação alterada pela Lei nº 11.464/2007, suprimindo esta proibição expressa.

Por fim, o último capítulo, tendo por título *A Validade do Artigo 44 da Lei nº 11.343/2006*, abordará os argumentos a favor e contra a concessão da liberdade provisória nos crimes tráfico de droga. Traremos a tona o conflito de leis, buscando um vencedor no confronto Lei Posterior X Lei Especial. Trataremos, ainda, da constitucionalidade da vedação da concessão da liberdade provisória.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

As prisões cautelares são medidas cautelares pessoais e, portanto, devem satisfazer aos pressupostos do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*¹. As prisões cautelares devem sempre ser consideradas provisórias, visto que ocorrem antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, não sendo, portanto, prisão pena².

Existem, em nosso ordenamento jurídico, três tipos de prisão provisória, quais sejam a prisão em flagrante, prisão preventiva e a prisão temporária, cujas definições e especificidades serão tratadas em momento apropriado.

Em oposição à prisão provisória, encontra-se uma outra medida cautelar cautelar denominada liberdade provisória. Ensina Fernando Capez o conceito de liberdade provisória:

Instituto processual que garante ao acusado o direito de aguardar em liberdade o transcorrer do processo até o trânsito em julgado, vinculado ou não a certas obrigações, podendo ser revogado a qualquer tempo, diante do descumprimento das condições impostas.³

Assim a liberdade provisória configura-se como importante instrumento para defesa do direito fundamental do réu de locomover-se, principalmente em face do princípio de presunção de inocência, apresentando-se “*como cautela indispensável, sobretudo nos casos em que o delito exhibe pouca potencialidade ofensiva e quando o seu autor não apresenta periculosidade nenhuma*”⁴.

Para alcançarmos um estudo completo acerca da validade do artigo 44 da Lei nº 11.343/2006, da forma como propomos, será importante, além de compreender as medidas cautelares, remetermos à vedação da liberdade provisória nos crimes hediondos. Esta vedação expressa permaneceu em nosso ordenamento jurídico até a entrada em vigor da Lei nº 11.464/2007.

¹ FEITOZA, Denilson. *Direito Processual Penal: teoria, crítica e praxis*. 5. ed., Niterói: Impetus, 2008, p. 725.

² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 11. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 431.

³ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 16. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 286.

⁴ MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de Processo Penal*. 2. ed., São Paulo: Atlas S. A., 2009, p. 561.

Insta ressaltar que a previsão constitucional dos crimes hediondos encontra-se no artigo 5º, inciso XLIII, mas a definição de quais os delitos inclusos nesta categoria está na Lei nº 8.072/1990. São considerados hediondos⁵:

- homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV e V);
- latrocínio (art. 157, § 3º, in fine);
- extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º);
- extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, caput, e §§ 1º, 2º e 3º);
- estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único);
- atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único);
- estupro (art. 213, *caput* e §§ 1º e 2º);
- estupro de vulnerável (art. 217-A, caput e §§ 1º, 2º, 3º e 4º);
- epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º).
- falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, caput e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei no 9.677, de 2 de julho de 1998).

Além destes delitos, a Constituição Federal equiparou a crimes hediondos, a prática de tortura, o terrorismo e o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins. Este último é de especial relevo para este trabalho.

Atualmente, o diploma que regulamenta o tráfico de drogas é a Lei nº 11.343/2006. Configuram crime de produção e tráfico de drogas as condutas tipificadas no artigo 33, *caput*, e §1º, e artigos 34 a 37 da mencionada lei.

A estes delitos, a Lei 11.343/2006, em seu artigo 44, *caput*, expressamente vedou a concessão de liberdade provisória. Tal vedação apresenta-se polêmica, seja pela alegada revogação tácita pela Lei nº 11.464/2007 (que alterou a redação da Lei de Crimes Hediondos, revogando a vedação expressa de liberdade provisória

⁵ Lei nº 8.072/1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm, acesso em 14 de agosto de 2011.

a estes delitos), seja pela discussão acerca da constitucionalidade da vedação abstrata da liberdade provisória aos crimes de tráfico de drogas.

Estas questões polêmicas são o objeto deste estudo e para buscar uma solução a tais questionamentos temos como marco teórico a obra *Lei Antidrogas Anotada*⁶, de Damásio de Jesus.

⁶ JESUS, Damásio. *Lei Antidrogas Anotada: comentários à Lei n. 11.343/2006*. 10. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

CAPÍTULO I – MEDIDAS CAUTELARES

Antes de analisarmos a questão da vedação da liberdade provisória nos crimes de tráfico de drogas é fundamental explicarmos este instituto, bem como os demais tipos de medidas cautelares existentes, com atenção às recentes alterações do Código de Processo Penal, trazidas pela Lei nº 12.403 de 04 de maio de 2011⁷.

A mencionada lei modificou diversos dispositivos acerca das medidas cautelares, criando a possibilidade de uma gradação na imposição de restrições à liberdade do indiciado ou réu, não se atendo mais apenas aos dois extremos: liberdade e prisão. Desta forma, buscou-se evitar, por um lado, a banalização da prisão preventiva e, por outro, o sentimento de impunidade gerado pela liberdade sem restrições⁸, implementando medidas intermediárias passíveis de se adequarem ao caso concreto.

Flaviane de Magalhães Barros e Felipe Daniel Amorim Machado, em sua recente obra “Prisões e Medidas Cautelares”, exemplificam como o sistema cautelar penal anterior à Lei nº 12.403/2011 podia ser ineficiente e inadequado:

Um exemplo dessa ineficiência e inadequabilidade diz respeito aos crimes cometidos contra a ordem econômica e financeira que ensejavam a prisão preventiva pelo fundamento da *garantia da ordem econômica*. Ora, a prisão do sujeito não ressarce os prejuízos causados, sendo que mesmo preso, eventual patrimônio obtido por meio ilícito poderia ser ocultado ou transferido para terceiros. Logo, nessa situação a prisão não se revela a medida mais adequada. Por outro lado, mais efetividade se alcançaria com a medida cautelar da suspensão da atividade econômica ou financeira (art. 319, VI, do CPP), conjugada com a medida cautelar patrimonial do sequestro e indisponibilidade de bens e valores do sujeito que (art. 125 e seguintes do CPP), pois em caso de condenação, já poderiam ser destinados à reparação dos danos causados.⁹

Assim, foram introduzidas as novas medidas cautelares pessoais, situadas “entre a liberdade, garantida pela presunção de inocência até o trânsito em julgado

⁷ Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm#art1, acesso em 21 de agosto de 2011.

⁸ BARROS, Flaviane de Magalhães. MACHADO, Felipe Daniel Amorim. *Prisões e Medidas Cautelares*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 06.

⁹ Idem, p. 145.

da sentença penal condenatória, e a prisão processual, que priva a liberdade nas hipóteses de cautelariedade”¹⁰.

A primeira destas medidas é o comparecimento periódico em juízo (artigo 319, inciso I, do Código de Processo Penal), que tem o objetivo de impedir a fuga do acusado, devendo, por este motivo, impor um lapso de tempo não muito prolongado entre suas apresentações em juízo¹¹.

Outra medida cautelar é a proibição de acesso ou freqüência a determinados lugares (artigo 319, inciso II, do Código de Processo Penal) que busca evitar a reiteração da conduta delitiva impedindo o autor de ir a determinados lugares¹². Também pode possibilitar a eficácia da investigação ou da instrução penal quando impedir que o investigado ou acusado conviva com a vítima ou testemunhas¹³.

Trata-se de uma medida que já se aplica em casos como do livramento condicional ou da suspensão condicional do processo e, em tais situações, tem demonstrado pouca eficiência uma vez que não há um efetivo controle. A cumulação desta medida com o monitoramento eletrônico poderia ser uma solução¹⁴.

A proibição de manter contato com determinada pessoa (artigo 319, inciso III, do Código de Processo Penal) tem a intenção de garantir a investigação ou a instrução penal. Como diz respeito a uma pessoa específica, pode ter uma eficácia maior do que a medida anteriormente explanada, pois tal pessoa poderia noticiar o descumprimento da ordem judicial¹⁵.

A proibição de ausentar da comarca (artigo 319, inciso IV, do Código de Processo Penal) também tem o escopo de garantir a investigação ou a instrução penal, pois o acusado está mais próximo do juízo, facilitando seu comparecimento aos atos da investigação ou instrução. Além disso, esta medida busca a garantia da

¹⁰ BARROS, Flaviane de Magalhães. MACHADO, Felipe Daniel Amorim. *Prisões e Medidas Cautelares*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 146/147.

¹¹ *Idem*, p. 152.

¹² Como exemplo, pode-se citar a proibição da ida aos estádios de futebol em dia de jogo oficial por membro de uma torcida organizada que está sendo processado por crime de lesão corporal grave. - BARROS, Flaviane de Magalhães. MACHADO, Felipe Daniel Amorim. *Prisões e Medidas Cautelares*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 154.

¹³ BARROS, Flaviane de Magalhães. MACHADO, Felipe Daniel Amorim. *Prisões e Medidas Cautelares*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 154/155.

¹⁴ *Idem*, p. 155.

¹⁵ *Idem*, p. 156/157.

aplicação da lei penal, pois possibilita, em tese, um controle do acusado, de forma a evitar que fuja¹⁶.

Já a medida cautelar de recolhimento domiciliar noturno e em dias de folga (artigo 319, inciso V, do Código de Processo Penal) apresenta uma maior limitação da liberdade, com a finalidade principal de evitar possível reiteração de conduta criminal.

Os autores Flaviane de Magalhães Barros e Felipe Daniel Amorim Machado destacam a diferença entre a prisão domiciliar e o recolhimento domiciliar, lembrando que o primeiro é uma medida de caráter humanitário, pois para incidir considera fatores como doença, gravidez avançada ou de risco e idade, enquanto o segundo independe destes requisitos, desde que seja adequado ao caso concreto. Além disso, a prisão domiciliar mantém o acusado em sua residência durante o dia e a noite, todos os dias da semana, enquanto durar a medida¹⁷.

A suspensão do exercício de função pública ou atividade econômica ou financeira (artigo 319, inciso VI, do Código de Processo Penal) tem o intuito de impedir a reiteração do crime e só pode ser decretada “*quando o exercício da função ou profissão for meio para a prática do crime investigado ou processado*”¹⁸. Ademais, tal medida só tem efetividade em caso de função pública ou profissão que dependa de habilitação¹⁹.

A suspensão também pode ser decretada pela conveniência da investigação ou instrução nos casos em que a função pública ou a atividade exercida possibilite a ocultação ou eliminação de provas. Destaca-se que esta suspensão não pode ser por um período de tempo muito extenso, pois impede a atividade produtiva do acusado²⁰.

A internação provisória (artigo 319, inciso VII, do Código de Processo Penal) é aplicável no caso do acusado ou investigado ser inimputável ou semi-inimputável se tiver praticado crime com violência ou grave ameaça, havendo o risco de reiteração da conduta²¹.

¹⁶ BARROS, Flaviane de Magalhães. MACHADO, Felipe Daniel Amorim. *Prisões e Medidas Cautelares*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 157/158.

¹⁷ Idem, p. 158/160.

¹⁸ Idem, p. 160.

¹⁹ Idem, p. 161.

²⁰ Idem.

²¹ Idem, p. 162.

A fiança (artigo 319, inciso VIII, do Código de Processo Penal), enquanto medida cautelar, tem o objetivo de garantir a instrução criminal e a aplicação da lei penal, podendo ser decretada, também, no caso de resistência injustificada a ordem judicial²². Falaremos mais sobre a fiança em momento oportuno, quando tratarmos da liberdade provisória com fiança.

Por derradeiro, a medida de monitoração eletrônica (artigo 319, inciso IX, do Código de Processo Penal) trata-se de uma forma de vigiar o acusado, podendo ocorrer tanto da forma ativa, quanto da passiva. Na primeira, há o acionamento periódico dos monitorados através de telefones ou *paggers*, certificando que não saíram do limite determinado pelo juiz. Já na segunda modalidade, um dispositivo é instalado no lugar em que a pessoa deve ficar. Se o monitorado se afastar do local, a central de monitoramento é notificada²³.

Atualmente, com o uso de aparelhos com GPS (sistema de posicionamento global) é dispensável a instalação de dispositivos em lugares determinados, uma vez que a pessoa pode ser monitorada em qualquer lugar do mundo.

Aqui o monitoramento pode ocorrer tanto em sua modalidade ativa quanto na passiva. Na primeira ele ocorre por meio da localização do sujeito em tempo real; já na segunda, o monitoramento se dá quando o dispositivo utilizado pelo sujeito registra toda a sua movimentação do dia, transmitindo os dados uma única vez à central.²⁴

Apesar de inserido no diploma processual penal, o monitoramento eletrônico não foi regulamentado, devendo ser aplicado, analogicamente, o procedimento previsto na Lei de Execução Penal.

Insta ressaltar que o monitoramento eletrônico é uma medida acessória às demais, com o objetivo de controlar o cumprimento de outras medidas, devendo ser sempre cumulado com alguma medida cautelar diversa da prisão preventiva²⁵.

Além de apresentar estas medidas cautelares pessoais diversas da prisão provisória e da liberdade provisória, a Lei nº 12.403/2011 também determinou que a

²² BARROS, Flaviane de Magalhães. MACHADO, Felipe Daniel Amorim. *Prisões e Medidas Cautelares*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 164.

²³ Idem, p. 166.

²⁴ Idem.

²⁵ Idem, p. 167.

aplicação das medidas cautelares deve obedecer aos critérios de necessidade e adequação. A necessidade diz respeito à “*imprescindibilidade da privação do status libertatis do indiciado ou acusado*”²⁶, enquanto a adequação tem relação com a “*pertinência da medida cautelar pessoal aplicada à situação fática do caso penal*”²⁷.

Ademais, as medidas cautelares pessoais, por sua cognição sumária, devem sempre ter presente a prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, que virão a configurar o *fumus commissi delicti*. Também será necessário existir um risco eminente de dano a um direito que deve ser protegido, o que caracteriza o *periculum libertatis*. Trataremos destes requisitos de forma mais aprofundada logo adiante.

Passemos, agora, ao estudo das medidas cautelares que apresentam importância maior para esta obra, quais sejam as prisões cautelares e a liberdade provisória.

1.1 Prisões Cautelares

Os tipos de prisão podem ser classificados, na visão de Edilson Mougenot Bonfim, em prisão-pena e prisão sem pena. A primeira ocorre quando da sentença condenatória transitada em julgado, que aplica a pena privativa de liberdade. Já no caso da prisão sem pena, esta se dá quando ainda não há sentença transitada em julgado, subdividindo-se em prisão civil, administrativa, disciplinar e processual²⁸.

A prisão civil, em nossa legislação, é prevista apenas no caso do devedor de alimentos e do depositário infiel, enquanto a prisão administrativa, usada para compelir ao cumprimento de uma obrigação não foi recepcionada pela Constituição de 1988. Já a prisão disciplinar existe apenas no âmbito militar²⁹. Desta forma, apenas a prisão processual penal é importante para o presente estudo.

O nosso ordenamento jurídico admite três espécies de prisão processual, quais sejam a prisão em flagrante, a prisão preventiva e a prisão temporária.

²⁶ BARROS, Flaviane de Magalhães. MACHADO, Felipe Daniel Amorim. *Prisões e Medidas Cautelares*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 46.

²⁷ Idem.

²⁸ BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 397.

²⁹ Idem, p. 397-398.

1.1.1 Prisão em Flagrante

A prisão em flagrante é assim definida por Antônio Alberto Machado:

A prisão em flagrante é uma modalidade de prisão provisória que, embora exibindo natureza administrativa, tem caráter nitidamente cautelar, porquanto busca preservar alguns interesses tanto do Estado, relacionados ao *jus puniendi*; quanto do indivíduo – especialmente da vítima ou ofendido.³⁰

Entretanto, Flaviane de Magalhães Barros e Felipe Daniel Amorim Machado afirmam que, com o advento da Lei nº 12.403/2011 a prisão em flagrante passou a ser uma prisão pré-cautelar, pois não vai, automaticamente, gerar a prisão preventiva³¹. Isto porque o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante delito poderá, após análise, relaxar a prisão ilegal, decretar alguma medida preventiva diversa da prisão, conceder liberdade provisória com ou sem fiança e, apenas em último caso, converter a prisão em flagrante em prisão preventiva³². Portanto, o flagrante apenas “*dá início a um procedimento que poderá gerar uma prisão processual, qual seja a preventiva*”³³.

De qualquer forma, este tipo de prisão tem como objetivo impedir a conclusão da ação criminosa que ainda esteja em curso (flagrante próprio), evitando que gere todos os seus efeitos³⁴, bem como possibilita a coleta de provas imediatamente após a prática do delito, assegurando a aplicação da lei penal, vez que “*quando a prova é colhida por ocasião do flagrante, a visibilidade dos fatos (...) é muito maior, sobretudo no que respeita à produção de prova testemunhal*”³⁵.

O fundamento constitucional da prisão em flagrante está no artigo 5º, inciso LXI, que afirma que “*ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem*

³⁰ MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de Processo Penal*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 505-506.

³¹ BARROS, Flaviane de Magalhães. MACHADO, Felipe Daniel Amorim. *Prisões e Medidas Cautelares*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 51.

³² Artigo 310, incisos I a III - Lei nº3.689/41. Código de Processo Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del3689.htm>, acesso em 10 de julho de 2011.

³³ BARROS, Flaviane de Magalhães. MACHADO, Felipe Daniel Amorim. *Prisões e Medidas Cautelares*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 53.

³⁴ MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de Processo Penal*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 506.

³⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 11. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 447.

*escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei*³⁶.

O artigo 302 do Código de Processo Penal determina que encontra-se em flagrante delito quem:

- I - está cometendo a infração penal;
- II - acaba de cometê-la;
- III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;
- IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração³⁷

Existem três momentos distintos na prisão em flagrante, quais sejam a captura, a lavratura do auto de prisão em flagrante delito e a custódia³⁸. Destarte, após a pessoa ser detida em alguma das situações de flagrante, a autoridade policial formalizará a captura lavrando o auto de prisão em flagrante delito, nos termos dos artigos 304 a 307 do Código de Processo Penal.

O juiz competente deverá ser comunicado imediatamente sobre a prisão, conforme o disposto no artigo 5º, inciso LXII da Constituição Federal³⁹. O artigo 306, *caput*, do Código de Processo Penal determina que, além do juiz, devem ser comunicados da prisão o Ministério Público e a família do preso ou pessoa a quem ele indicar. A prisão também deverá ser comunicada, dentro do prazo de 24 horas, à Defensoria Pública, caso o autuado não possua advogado.

Destaca-se que a necessidade de comunicar o Ministério Público se dá tanto para que verifique a legalidade do ato, como para que se manifeste acerca da imposição de alguma medida cautelar⁴⁰.

Diante do auto de prisão em flagrante delito, o juiz:

³⁶ BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm, acesso em 28 de julho de 2011.

³⁷ Lei nº 3.689/41. Código de Processo Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del3689.htm>, acesso em 12 de julho de 2011.

³⁸ BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de Processo Penal*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 405.

³⁹ BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm, acesso em 12 de julho de 2011.

⁴⁰ BARROS, Flaviane de Magalhães. MACHADO, Felipe Daniel Amorim. *Prisões e Medidas Cautelares*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 73.

(a) num primeiro momento deve examinar os seus requisitos formais e, havendo qualquer irregularidade que nulifique essa peça, deverá relaxar imediatamente a prisão, conforme imposição do art. 5º, LXV, da Lei Maior; (b) deve ainda verificar os aspectos materiais do flagrante, avaliando se houve mesmo estado de flagrancia que justifique a prisão do indiciado, caso contrário deverá conceder a liberdade provisória; (c) ao receber o auto, o juiz precisa verificar se o agente praticou o delito ao abrigo de algumas das condições que excluem a ilicitude do fato, como a legítima defesa, o estado de necessidade, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular do direito, ou alguma outra excludente supralegal, e em caso positivo deverá conceder a liberdade provisória ao preso, nos termos do artigo 310, *caput*, do CPP; (d) e por fim, deve o magistrado examinar se estão presentes os pressupostos da prisão preventiva para decidir se o preso deve ser mantido ou não no cárcere.⁴¹

É muito importante ressaltar que, na enumeração transcrita acima, devido à recente reforma no Código de Processo Penal, onde está escrito “artigo 310, *caput*, do CPP” leia-se artigo 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal. Destaca-se ainda a possibilidade de o juiz decretar medida cautelar diversa da prisão preventiva, nos termos do artigo 310, inciso II do Código de Processo Penal.

Por fim, vale lembrar que a prisão em flagrante não será cabível em crimes de menor potencial ofensivo, ocasião em que será lavrado termo circunstanciado de ocorrência, devendo o autor ser levado imediatamente a juízo, ou assinar termo de compromisso de que comparecerá em juízo no dia e hora designados⁴².

1.1.2 Prisão Preventiva

Este tipo de prisão provisória, compatível com o princípio de presunção de inocência⁴³, está regulado no terceiro capítulo do Título IX do Livro I do Código de Processo Penal, podendo ser decretada em qualquer fase da investigação policial ou do processo. Seu objetivo é “*impedir que eventuais condutas praticadas pelo alegado autor e/ou por terceiros possam colocar em risco a efetividade do processo*”⁴⁴.

A natureza jurídica de medida cautelar da prisão provisória exige que estejam presentes os requisitos que atendam ao *fumus boni juris*, também chamado, no

⁴¹ MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 523.

⁴² Idem, p. 526.

⁴³ BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de Processo Penal*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 416.

⁴⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 11. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 449.

processo penal, de *fumus commissi delicti*, bem como ao pressuposto do *periculum in mora*, que é frequentemente identificado como *periculum libertatis* na processualística penal.

O *fumus commissi delicti* exige a existência de prova de materialidade do crime e de indício suficiente de autoria, tal como previsto no artigo 312 do Código de Processo Penal⁴⁵.

A prova da existência do crime consiste em haver nos autos elementos que demonstrem a materialidade do delito. Os *indícios suficientes* de autoria constituem elementos idôneos, convicentes, capazes de criar no espírito do juiz a convicção provisória de que o imputado é o autor da infração. A suficiência do indício é aferida caso a caso, segundo prudente arbítrio do magistrado.⁴⁶

Por outro lado, o *periculum libertatis* pode manifestar-se de quatro formas diversas que podem ou não ocorrer simultaneamente, demonstrando o próprio objetivo desta modalidade de prisão, qual seja, impedir que a liberdade do acusado coloque em risco o processo ou a sociedade⁴⁷.

Desta forma, o artigo 312 do Código de Processo Penal determinou que a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal.⁴⁸

Existe dificuldade, tanto por parte da doutrina quanto dos tribunais, para definir com exatidão o que seria a garantia da ordem pública. Não há dúvida que esta previsão legal visa proteger a coletividade, partindo da ideia de que o não-aprisionamento do acusado possa causar intranquilidade social⁴⁹.

Sendo a garantia da ordem pública uma cláusula aberta permitindo interpretações diversas, o papel do magistrado apresenta-se essencial, exigindo grande responsabilidade de forma que o fundamento da decisão tenha base sólida.

⁴⁵ Lei nº3.689/41. Código de Processo Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del3689.htm>, acesso em 10 de julho de 2011.

⁴⁶ BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de Processo Penal*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 417.

⁴⁷ Idem.

⁴⁸ Lei nº3.689/41. Código de Processo Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del3689.htm>, acesso em 10 de julho de 2011.

⁴⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 11. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 452.

Essa ameaça à ordem, na verdade, deve corresponder a situações, condutas e fatores que sejam potencialmente capazes de desencadear algum distúrbio social, cuja dimensão seja mesmo suficiente para abalar o funcionamento normal da coletividade e pôr em risco a convivência harmoniosa e a segurança das pessoas naquele momento de sua ocorrência. A ameaça capaz de abalar a ordem pública há de ser aquela que atinge e abala toda a coletividade, e não apenas os atingidos direta ou indiretamente pelo fato delituoso⁵⁰.

Para Edilson Mougenot Bonfim, a garantia da ordem pública objetiva manter a paz social impedindo a reincidência do acusado durante a investigação ou instrução criminal, além de assegurar a credibilidade da justiça.⁵¹

O doutrinador afirma ser fundamental determinar o grau de periculosidade do autor, levando em consideração, ainda, a gravidade do delito, sendo qualquer um dos dois fatores, em si, suficiente para a decretação da prisão preventiva.⁵²

Importante ressaltar que o clamor público, embora um fator importante, não autoriza, por si só, o decreto de prisão preventiva.⁵³

Já a garantia da ordem econômica diz respeito a crimes capazes de atingir um número indiscriminado de pessoas, praticados, em geral, por grandes corporações que utilizam seu poderio para a obtenção de grandes lucros.⁵⁴ Está historicamente associada aos “crimes do colarinho branco” e tem por objetivo impedir que o indiciado ou réu continue sua atividade prejudicial à ordem econômica e financeira.⁵⁵

Se a garantia da ordem pública e a garantia da ordem econômica buscam proteger a sociedade, a conveniência da instrução criminal e a necessidade de assegurar a aplicação da lei penal apresentam característica instrumental, objetivando tutelar o próprio processo principal, garantindo sua efetividade⁵⁶.

Assim, a prisão preventiva por conveniência da instrução criminal terá lugar sempre que a liberdade do indiciado colocar em risco a colheita de provas⁵⁷, enquanto a prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei se fará necessária

⁵⁰ MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de Processo Penal*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 478.

⁵¹ BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 417.

⁵² Idem, p. 417-418.

⁵³ Idem, p. 418.

⁵⁴ MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de Processo Penal*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 483.

⁵⁵ BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 418.

⁵⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 11. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 451.

⁵⁷ BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 418.

quando existir risco de que o acusado não venha a cumprir a pena eventualmente imposta, como no caso de não possuir residência fixa ou quando fugir logo após a prática do delito⁵⁸.

O Código de Processo Penal prevê também, no parágrafo único do artigo 312, a possibilidade de prisão preventiva quando do “*descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º)*”⁵⁹.

Destaca-se que com a Lei nº 12.403/2011 tornou-se essencial a análise da necessidade e adequação da prisão preventiva no caso concreto, tal como explicado em momento anterior, devendo a prisão ter papel subsidiário, sendo aplicada em último caso, quando as demais medidas cautelares não se mostrarem suficientes.

Importante lembrar que, sendo uma medida cautelar, a manutenção da prisão preventiva apenas perdura enquanto existirem os motivos que ensejaram sua decretação. Uma vez que desapareçam tais pretextos, a revogação da preventiva é medida que se impõe, nos termos do artigo 316 do Código de Processo Penal. Desta forma, torna-se essencial proceder a revisões periódicas acerca da necessidade da manutenção da prisão preventiva.

A melhor forma de controle judicial do caráter temporário da medida cautelar pessoal é a revisão periódica da cautelaridade da medida, perquirindo-se todas as bases para a cautelaridade: (i) sua necessidade e adequação ao estágio atual do processo penal; (ii) em específico, se o *fumus comissi delecti e periculum libertatis* ainda persistem; (iii) se os motivos fáticos justificadores da medida (art. 312 do CPP) ainda subsistem.⁶⁰

Mesmo persistindo os motivos que levaram à decretação da prisão preventiva, devemos ressaltar que o réu não poderá continuar recolhido se a instrução criminal alongar-se para além do tempo previsto em lei (considerando-se a soma total dos prazos determinados para cada ato), pois assim restaria configurada ilegalidade na prisão por excesso de prazo⁶¹.

⁵⁸ BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de Processo Penal*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 418.

⁵⁹ Lei nº 3.689/41. Código de Processo Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del3689.htm>, acesso em 10 de julho de 2011.

⁶⁰ BARROS, Flaviane de Magalhães. MACHADO, Felipe Daniel Amorim. *Prisões e Medidas Cautelares*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 106.

⁶¹ MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de Processo Penal*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 502.

1.1.2.1 Prisão Domiciliar

A nova processualística penal permite a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar nas hipóteses previstas nos incisos do artigo 318 do Código de Processo Penal, ou seja, quando o agente for maior de 80 (oitenta) anos; extremamente debilitado por motivo de doença grave; imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.

Portanto, trata-se de uma modalidade de medida cautelar de caráter humanitário, em que o indiciado ou réu está impedido de deixar sua residência senão por ordem judicial, abrindo-se exceção em caso de acidente, para prestar socorro, ou em outras situações urgentes⁶².

Para poder ser concedida a substituição da prisão preventiva pela domiciliar é necessária a apresentação de prova idônea de que a pessoa se enquadra nos requisitos (artigo 318, parágrafo único do Código de Processo Penal). Para provar, o acusado pode se valer de exames e laudos médicos, perícias ou inspeção judicial, entre outros.

1.1.3 Prisão Temporária

Trata-se de uma espécie de prisão cautelar que permite a investigação de crimes particularmente graves, sendo aplicada especificamente durante o inquérito policial⁶³. Encontra-se regulada na Lei nº 7.960/1989. Seu objetivo é “*proporcionar meios e condições necessários para a realização de algum ato de investigação que não seria possível sem a detenção do indiciado*”.⁶⁴

Nos termos do artigo 1º da Lei nº 7.960/1989⁶⁵, a prisão temporária poderá ser decretada quando for imprescindível para as investigações policiais, quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos para sua identificação, e existir fundadas razões sobre a autoria ou participação do indiciado em crimes de

⁶² BARROS, Flaviane de Magalhães. MACHADO, Felipe Daniel Amorim. *Prisões e Medidas Cautelares*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 112.

⁶³ BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de Processo Penal*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 423.

⁶⁴ MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de Processo Penal*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 527.

⁶⁵ Lei nº 7.960/1989. Dispõe sobre prisão temporária. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17960.htm, acesso em 01 de agosto de 2011.

homicídio doloso; sequestro ou cárcere privado; roubo; extorsão; extorsão mediante sequestro; estupro; atentado violento ao pudor; raptó violento; epidemia com resultado de morte; envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte; quadrilha ou bando; genocídio em qualquer de suas formas típicas; crimes contra o sistema financeiro e nas infrações previstas na Lei de Crimes Hediondos (artigo 2º, §4º da Lei nº 8.072/1990)⁶⁶.

Ressalta Antônio Alberto Machado que nem a doutrina nem a jurisprudência foram capazes de identificar situações que se enquadrem no requisito de imprescindibilidade para as investigações sem enquadrar-se também em alguma hipótese que autoriza a prisão preventiva⁶⁷.

Considera-se atualmente ser necessária a existência de ao menos dois dos três requisitos da prisão temporária para sua decretação, de modo a não banalizá-la⁶⁸.

A duração prevista da prisão temporária é de cinco dias prorrogáveis por igual período, exceto para os crimes hediondos e equiparados, quando o prazo será de trinta dias prorrogáveis por igual período, lembrando que os prazos de prisão temporária e de eventual prisão preventiva posterior não devem ser computados em conjunto para fins de excesso de prazo⁶⁹.

1.2 Liberdade Provisória

A liberdade provisória tem sua previsão no artigo 5º, inciso LXVI da Constituição da República⁷⁰. Trata-se de um instrumento que garante a liberdade de locomoção do indiciado, vez que a prisão preventiva deve ser sempre a exceção, sendo decretada apenas em casos excepcionais⁷¹.

⁶⁶ Lei nº 8.072/1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm, acesso em 14 de agosto de 2011.

⁶⁷ MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de Processo Penal*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 529.

⁶⁸ Idem, p. 530.

⁶⁹ BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de Processo Penal*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 424.

⁷⁰ LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança – BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm, acesso em 12 de julho de 2011.

⁷¹ MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de Processo Penal*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 561.

Explica Eugênio Pacelli de Oliveira que o flagrante tem a função de diminuir ou afastar os efeitos da infração penal, impedindo a consumação ou o exaurimento do crime, bem como possibilitando o aproveitamento de todo o material probatório que dela emerge⁷². Sendo assim, uma vez alcançados estes objetivos não há razão para a manutenção da prisão cautelar, pois o flagrante teria cumprido sua função, o que, associado à inexistência de sentença condenatória definitiva asseguraria ao indiciado, em regra, a liberdade provisória⁷³.

O Promotor de Justiça Antônio Alberto Machado afirma que a liberdade provisória tem “o manifesto propósito de evitar efeitos nocivos provocados pelo encarceramento antecipado”⁷⁴. Isto porque, além de prevenir a injustiça de uma prisão sem julgamento, há de se considerar a realidade carcerária de nosso país que, encontrando-se deteriorada, pode causar danos ao preso, “com consequências às vezes irreparáveis do ponto de vista físico, moral e psicológico”⁷⁵.

O Procurador de Justiça Denilson Feitoza, nos alerta para o fato de que a expressão “liberdade provisória” passa uma idéia errônea de que se trata de uma liberdade em sentido amplo, prevista em nossa constituição como um direito de todos⁷⁶. O que temos é uma limitação da liberdade, vez que são impostas restrições como, por exemplo, comparecer perante a autoridade sempre que for intimado para atos do inquérito, da instrução criminal, ou do processo, ou ainda, não mudar de residência sem a prévia permissão da autoridade processante (artigos 327 e 328 do Código de Processo Penal⁷⁷).

Desta forma, a liberdade provisória, do mesmo modo que a prisão provisória, é uma medida cautelar pessoal, diferenciando a primeira da segunda apenas no grau de limitação à liberdade. Na lição de Denilson Feitoza:

Na prisão provisória, há um confinamento numa cela ou prédio, enquanto, na liberdade provisória, não existe esse confinamento, mas também há limitações. A denominação *liberdade provisória*, que foi dada a esse conjunto de medidas cautelares, acarreta a ilusão de que se trata

⁷² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 11. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 470.

⁷³ Idem.

⁷⁴ MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de Processo Penal*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 261.

⁷⁵ Idem.

⁷⁶ FEITOZA, Denilson. *Direito Processual Penal: teoria, crítica e práxis*. 5. ed., Niterói: Impetus, 2008, p. 785.

⁷⁷ Lei nº3.689/41. Código de Processo Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del3689.htm>, acesso em 10 de julho de 2011.

realmente de liberdade, bem como dificulta perceber-se que sua natureza jurídica é de medida cautelar pessoal.⁷⁸

Esta natureza jurídica decorre dos princípios constitucionais da liberdade e da inocência, e, como medida cautelar, deve sempre preencher os requisitos do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*⁷⁹. Isto porque as restrições impostas pela liberdade provisória devem adequar-se a cada caso, sendo mais ou menos severas de acordo com os princípios constitucionais da proporcionalidade, guiado pelo subprincípio da necessidade.

Em outras palavras, com fundamento nos referidos princípios constitucionais, entendemos que o juiz pode, por exemplo, liberar o *interessado* de ter de comunicar sua ausência domiciliar toda vez que vá completar mais de oito dias, em razão de, num determinado caso concreto, tal ausência não afetar a investigação criminal ou o processo penal condenatório.⁸⁰

Tratando-se de uma medida cautelar que substitui a prisão preventiva, a liberdade provisória pode ser concedida sempre que estiverem ausentes os pressupostos de sua decretação. Tais pressupostos estão previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, quais sejam “*garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria*”⁸¹.

A vinculação aos pressupostos é o motivo pelo qual Antônio Alberto Machado afirmou que “*a liberdade provisória é a antítese da custódia preventiva*”⁸². Na mesma esteira, Paulo Rangel afirma que o instituto seria “*uma contracautela, pois a cautela é a prisão; a liberdade provisória é a sua contraposição. O antecedente lógico da liberdade provisória é a prisão cautelar. A regra é a liberdade; a exceção a prisão*”⁸³.

⁷⁸ FEITOZA, Denilson. *Direito Processual Penal: teoria, crítica e práxis*. 5. ed., Niterói: Impetus, 2008, p. 785.

⁷⁹ *Idem*.

⁸⁰ *Idem*.

⁸¹ Lei nº 3.689/41. Código de Processo Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del3689.htm>, acesso em 10 de julho de 2011.

⁸² MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de Processo Penal*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 566.

⁸³ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 16. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 747.

A provisoriedade do instituto encontra-se no fato de que no caso do réu descumprir alguma das restrições impostas, poderá ter a liberdade provisória revogada, restaurando-se a prisão preventiva⁸⁴.

A doutrina tem apresentado diferentes formas de classificar a liberdade provisória. Basicamente podemos dizer que existem as liberdades provisórias com e sem fiança. Na primeira, o indiciado paga um valor arbitrado para poder responder ao processo em liberdade⁸⁵. Este tipo de liberdade sempre implicará na observância de deveres processuais⁸⁶.

Já no caso da liberdade provisória sem fiança, o réu ou indiciado será livre sem ter de pagar qualquer quantia de dinheiro. Por regra será sempre vinculada, ou seja, a liberdade será restrita ao cumprimento de deveres impostos. A exceção seria os casos em que o réu livra-se solto, situação que abordaremos adiante⁸⁷.

De acordo com as restrições impostas ao réu, podemos dizer que existem quatro grupos de liberdade processual: liberdade sem fiança e sem vinculação; liberdade provisória sem fiança e com vinculação; liberdade provisória com fiança e com vinculação; e liberdade provisória vedada ou proibida⁸⁸.

1.2.1 Liberdade provisória sem fiança e sem vinculação

São hipóteses em que o réu, suspeito ou indiciado, livra-se solto e sem haver qualquer tipo de vinculação. Este caso não seria de liberdade provisória propriamente dita, mas sim de liberdade plena, definitiva, vez que não há restrições impostas. Paulo Rangel ainda afirma que desta forma o legislador “*cria uma presunção absoluta de não-periculosidade do réu*”⁸⁹.

A redação anterior do Código de Processo Penal previa esta liberdade em seu artigo 321, sendo concedida sempre que a infração fosse punida, exclusivamente, com pena de multa ou, no caso de haver pena privativa de liberdade, que esta não excedesse três meses.

⁸⁴ FEITOZA, Denilson. *Direito Processual Penal: teoria, crítica e práxis*. 5. ed., Niterói: Impetus, 2008, p. 784.

⁸⁵ MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de Processo Penal*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 563.

⁸⁶ FEITOZA, Denilson. *Direito Processual Penal: teoria, crítica e práxis*. 5. ed., Niterói: Impetus, 2008, p. 787.

⁸⁷ MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de Processo Penal*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 563.

⁸⁸ FEITOZA, Denilson. *Direito Processual Penal: teoria, crítica e práxis*. 5. ed., Niterói: Impetus, 2008, p. 787.

⁸⁹ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 16. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 752.

Com o advento da Lei nº 12.403/2011, que alterou um número expressivo de dispositivos legais referentes às medidas cautelares, esta modalidade de liberdade provisória passou a ser aplicada apenas no caso de infrações a que não é cominada, isolada, cumulativa ou alternadamente, pena privativa de liberdade, nos termos do artigo 283, §1º⁹⁰.

Antes mesmo da publicação desta nova lei, Denilson Feitoza já afirmava que quase a totalidade dos casos em que era permitida a liberdade provisória sem fiança e sem vinculação passaram a sujeitar-se ao determinado no artigo 69, parágrafo único, da Lei nº 9099/1995 que, conforme veremos a seguir, impõe obrigação, ainda que mínima, ao autor do fato⁹¹.

1.2.2 Liberdade provisória sem fiança e com vinculação

Ao falarmos de vinculação, estamos nos referindo a obrigações impostas ao beneficiado pela liberdade provisória, independente do pagamento da fiança, que variam em grau de acordo com a gravidade do delito.

No caso das infrações penais de menor potencial ofensivo, será exigida uma vinculação mínima, prevista no artigo 69, parágrafo único, da Lei nº 9.099/1995⁹². São casos em que a pena máxima privativa de liberdade não excede a dois anos, não sendo necessário o pagamento de fiança. No entanto, o autor do fato deverá ser encaminhado imediatamente ao juizado especial ou assumir o compromisso de comparecer ao juizado.

Também é possível a concessão de liberdade provisória sem fiança e com vinculação quando ocorrer o disposto no artigo 310, parágrafo único⁹³, do Código de

⁹⁰ Art. 283. (...) §1º As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade. – Lei nº 3.689/41. Código de Processo Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del3689.htm>, acesso em 10 de julho de 2011.

⁹¹ FEITOZA, Denilson. *Direito Processual Penal: teoria, crítica e práxis*. 5. ed., Niterói: Impetus, 2008, p. 797.

⁹² Art. 69. A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários.

Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança. Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima. (Redação dada pela Lei nº 10.455, de 13.5.2002) – Lei nº 9.099/1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9099.htm>, acesso em 25 de julho de 2011.

⁹³ Art. 310 (...) Parágrafo único. Quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato, nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro

Processo Penal, com sua nova redação, ou seja, quando se verifica a existência de excludente de ilicitude protegendo a conduta do autor do fato.

Assim, desde que o autor tenha agido em legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular do direito, não será necessário pagamento de fiança, devendo apenas comprometer-se, mediante termo, a comparecer a todos os atos do processo.

A razão de ser deste dispositivo legal é que, se o autor do fato agiu de acordo com o direito, não há motivos para que o mesmo permaneça preso. A comprovação da exclusão da ilicitude somente poderá se dar no curso do processo, através do contraditório e do devido processo legal, porém, desde já, o reu deve permanecer solto. Não haveria sentido deixá-lo preso para, ao final do processo, absolvê-lo e soltá-lo, por força do artigo 596 do CPP.⁹⁴

Denilson Feitoza destaca a possibilidade de uma interpretação extensiva deste artigo, de forma que esta liberdade provisória sem fiança e com vinculação possa ser concedida em outros casos de exclusão de ilicitude previstos na Parte Especial do Código Penal (dos quais são exemplos o artigo 128, o artigo 142, incisos I a III, 150, §3º, incisos I e II, entre outros) ou, até mesmo, àqueles eventualmente previstos em legislação extravagante⁹⁵.

A vinculação imposta na liberdade provisória sem fiança pode ser maior no caso do artigo 321 do Código de Processo Penal⁹⁶, ou seja, quando a liberdade é concedida por estarem ausentes os requisitos que autorizam a prisão preventiva. Neste caso, poderão ser impostas, isolada ou cumulativamente, outras medidas cautelares previstas no artigo 319 da mesma lei, como, por exemplo, comparecimento periódico em juízo ou recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga, desde que suficientes para garantir a ordem pública, a ordem econômica, a conveniência da instrução criminal e a aplicação da lei penal.

de 1940 – Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação. – Lei nº3.689/41. Código de Processo Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del3689.htm>, acesso em 10 de julho de 2011.

⁹⁴ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 16. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 748.

⁹⁵ FEITOZA, Denilson. *Direito Processual Penal: teoria, crítica e práxis*. 5. ed., Niterói: Impetus, 2008, p. 800.

⁹⁶ Art. 321. Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código. Lei nº3.689/41. Código de Processo Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del3689.htm>, acesso em 10 de julho de 2011.

Por fim, podemos ressaltar a existência de mais um tipo de liberdade provisória ao qual é dispensado o pagamento de fiança e que apresenta um alto grau de vinculação. Dispõe o artigo 350 do Código de Processo Penal que, nos casos em que couber fiança, não tendo o acusado condições financeiras para pagá-la, o juiz poderá dispensá-la, concedendo a liberdade provisória, devendo o autor do fato obedecer aos artigos 327⁹⁷ e 328⁹⁸ do Código de Processo Penal, bem como, se for o caso, submeter-se a outras medidas cautelares.

1.2.3 Liberdade provisória com fiança e com vinculação

A liberdade provisória também pode ser concedida mediante o pagamento de fiança, sendo o afiançado obrigado a cumprir o disposto nos artigos 327 e 328 do Código de Processo Penal. Para Denilson Feitosa, esta espécie de liberdade provisória seria a mais gravosa, pois apresenta o maior grau de vinculação⁹⁹.

Atualmente, com a reforma do Código de Processo Penal, podemos afirmar que a liberdade provisória com fiança será tratada pelo diploma processual tanto como medida cautelar quanto como contracautela, dependendo de sua aplicação.

(...) pode-se perceber que a liberdade provisória com fiança parecer ter um duplo e ambíguo tratamento na nova lei: (i) ora ela é uma medida cautelar (art. 319, VIII, do CPP) que se decreta quando houver os requisitos da prisão preventiva, mas que, no caso, a fiança se mostra a medida cautelar pessoal mais adequada; (ii) ora ela é um direito ou uma contracautela (art. 310, III, do CPP), tanto é verdade que o delegado de polícia pode a impor de imediato para os crimes com pena até 4 anos (art. 322 do CPP).¹⁰⁰

⁹⁷ Art. 327. A fiança tomada por termo obrigará o afiançado a comparecer perante a autoridade, todas as vezes que for intimado para atos do inquérito e da instrução criminal e para o julgamento. Quando o réu não comparecer, a fiança será havida como quebrada. - Código de Processo Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del3689.htm>, acesso em 10 de julho de 2011.

⁹⁸ Art. 328. O réu afiançado não poderá, sob pena de quebração da fiança, mudar de residência, sem prévia permissão da autoridade processante, ou ausentar-se por mais de 8 (oito) dias de sua residência, sem comunicar àquela autoridade o lugar onde será encontrado. - Código de Processo Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del3689.htm>, acesso em 10 de julho de 2011.

⁹⁹ FEITOZA, Denilson. *Direito Processual Penal: teoria, crítica e práxis*. 5. ed., Niterói: Impetus, 2008, p. 788.

¹⁰⁰ BARROS, Flaviane de Magalhães. MACHADO, Felipe Daniel Amorim. *Prisões e Medidas Cautelares*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 112.

A fiança, de acordo com Antônio Alberto Machado, é um instituto típico do direito medieval, que buscava favorecer aos homens que tinham posses, de forma que pudessem responder ao processo em liberdade¹⁰¹. Nas palavras do doutrinador:

A fiança é o instituto jurídico por meio do qual o indiciado ou réu, mediante depósito em dinheiro, pedras, objetos, metais preciosos, títulos da dívida pública ou hipoteca, adquire o direito de responder ao processo em liberdade até o trânsito em julgado da sentença condenatória. Trata-se portanto, de uma espécie de caução, ou garantia real de que o afiançado cumprirá todas as obrigações processuais a que normalmente estão submetidos os acusados em gozo de liberdade provisória.¹⁰²

Paulo Rangel nos alerta ao erro de nomenclatura do instituto, visto que a caução fidejussória é que, tecnicamente, configura-se fiança, ocorrendo quando uma terceira pessoa se compromete a pagar totalmente ou parcialmente, no lugar do devedor, determinada obrigação, caso ele não a cumpra¹⁰³. Assim temos que “a tradição ou a ausência de técnica faz com que o legislador processual penal pátrio chame de fiança o que, em verdade, é uma caução real”¹⁰⁴.

A natureza jurídica da fiança é de direito subjetivo constitucional do acusado¹⁰⁵, sendo prevista no artigo 5º, inciso LXVI da Carta Magna¹⁰⁶, podendo ser concedida desde a prisão até o trânsito em julgado da sentença condenatória¹⁰⁷.

Sua finalidade, nos termos do artigo 336 do Código de Processo Penal¹⁰⁸, é pagar as custas, o dano, a prestação pecuniária e a multa quando o acusado for condenado, mantendo esta função mesmo no caso de prescrição.

¹⁰¹ MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de Processo Penal*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 573.

¹⁰² Idem, p. 572-573.

¹⁰³ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 16. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 753.

¹⁰⁴ Idem.

¹⁰⁵ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 16. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 290.

¹⁰⁶ Art. 5º (...)

LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança; - BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm, acesso em 12 de julho de 2011.

¹⁰⁷ Art. 334. A fiança poderá ser prestada enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011) - Código de Processo Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del3689.htm>, acesso em 10 de julho de 2011.

¹⁰⁸ Código de Processo Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del3689.htm>, acesso em 10 de julho de 2011.

Se, no entanto, o réu for absolvido, a ação penal for extinta, ou ainda se a fiança for declarada sem efeito, o valor será restituído, atualizado e sem desconto, conforme o disposto no artigo 337 do Código de Processo Penal.¹⁰⁹

Em obra escrita antes da publicação da Lei nº 12.403/2011, Antônio Alberto Machado falava do esvaziamento do instituto da fiança, afirmando ter a Constituição Federal transformado a liberdade provisória obrigatória em uma garantia constitucional, sendo prestada fiança apenas nas infrações penais a que era permitido ao delegado de polícia seu arbitramento¹¹⁰. No mesmo sentido era o entendimento de Paulo Rangel, que afirmava ter ficado o instituto da fiança relegado ao segundo plano¹¹¹.

Todavia, as alterações trazidas pela Lei nº 12.403/2011 ampliaram as hipóteses em que pode ser concedida a liberdade provisória com fiança. O artigo 322¹¹² do Código de Processo Penal permite à autoridade policial definir fiança para crimes punidos com pena restritiva de liberdade de até quatro anos, independente se prisão simples, detenção ou reclusão. Anteriormente, só era possível que o delegado concedesse fiança no caso de crimes punidos com detenção ou prisão simples.

Importante, também, é a retirada do dispositivo que previa como inafiançáveis os crimes punidos com pena mínima superior a dois anos de reclusão (redação anterior do artigo 323, inciso I, do Código de Processo Penal¹¹³), de forma que, atualmente, independente do *quantum* da pena mínima, em sendo crimes com pena máxima superior a quatro anos, existe a possibilidade de requerer a fiança ao juiz, devendo este decidir no prazo de quarenta e oito horas, nos termos do parágrafo único do artigo 322 do diploma processual penal.

¹⁰⁹ Código de Processo Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del3689.htm>, acesso em 10 de julho de 2011.

¹¹⁰ MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de Processo Penal*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 576.

¹¹¹ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 16. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 754.

¹¹² Art. 322. A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). Parágrafo único. Nos demais casos, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). - Código de Processo Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del3689.htm>, acesso em 10 de julho de 2011.

¹¹³ Art. 323. Não será concedida fiança:

I - nos crimes punidos com reclusão em que a pena mínima cominada for superior a 2 (dois) anos; - Código de Processo Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del3689.htm>, acesso em 10 de julho de 2011.

Paulo Rangel já alardeava a necessidade de conferir uma interpretação diferenciada a este limite de pena mínima de dois anos para a concessão de fiança. Isto porque o artigo 44 do Código Penal garante a substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos para crimes punidos com pena máxima de quatro anos. Assim, era incoerente que se mantivesse o acusado preso durante o processo, se, ao final, a sentença seria convertida em restrição de direito¹¹⁴.

Não podemos ser hipócritas em dizer que, aumentando o quanto de pena mínima de 2 para 4, estaríamos sendo benevolentes com os acusados. Até porque, nega-se a liberdade provisória mediante fiança, mas concede-se liberdade provisória vinculada sem fiança (...).¹¹⁵

Sob este prisma, podemos afirmar que as mudanças impostas pela Lei nº 12.403/2011 vieram de encontro à necessidade de manter coerência entre as normas penais.

1.2.4 Liberdade provisória proibida

A proibição da liberdade provisória se dá nas hipóteses em que “*a lei expressamente dispuser nesse sentido, impondo ao indiciado ou réu a obrigação de responder ao processo na prisão*”¹¹⁶. São casos em que não há possibilidade de concessão de nenhum tipo de liberdade provisória, seja com ou sem fiança. Tal proibição é aplicada aos agentes que tenham tido intensa e efetiva participação em organização criminosa (artigo 7º da Lei nº 9.034/1995); aos crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores (artigo 3º da Lei nº 9.613/1998); e aos crimes de tráfico de drogas previstos nos artigos 33, *caput*, e §1º, e 34 a 37 da Lei nº 11.343/2006, nos termos do artigo 44, *caput*, da Lei nº 11.343/2006¹¹⁷.

Este último caso é o objeto do presente trabalho e será abordado em maior profundidade nos próximos capítulos.

¹¹⁴ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 16. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 755.

¹¹⁵ *Idem*, p. 756.

¹¹⁶ MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de Processo Penal*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 564.

¹¹⁷ FEITOZA, Denilson. *Direito Processual Penal: teoria, crítica e práxis*. 5. ed., Niterói: Impetus, 2008, p. 789.

CAPÍTULO II – PROIBIÇÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA PARA OS CRIMES HEDIONDOS

A importância da discussão acerca da liberdade provisória na Lei dos Crimes Hediondos para os delitos de tráfico de drogas justifica-se por duas vertentes. Por um lado, os argumentos levantados a respeito da (in) constitucionalidade da proibição de liberdade provisória nos crimes hediondos são os mesmos que têm sido usados para atacar o artigo 44 da Lei nº 11.343/2006. Por outro, o *caput* do artigo 2º da Lei nº 8.072/90 faz referência ao tráfico ilícito de entorpecentes e, portanto, a mudança da redação do artigo mencionado, segundo parte da doutrina, teria revogado o artigo 44 da Lei nº 11.343/2006.

No presente capítulo, faremos uma abordagem histórica acerca da Lei dos Crimes Hediondos, compreendendo o contexto que motivou o diploma legal, além da discussão que perdurou por anos acerca da constitucionalidade da vedação da liberdade provisória a estes delitos, bem como a situação atual da concessão deste benefício aos autores destes crimes que, até hoje, continua controversa.

2.1 Contexto histórico da Lei dos Crimes Hediondos

Nas últimas décadas do século passado, o mundo como um todo, incluindo-se o Brasil, viu um aumento generalizado de práticas criminosas. Alberto Silva Franco, em 1992, assim descreveu o cenário da criminalidade:

Nos últimos anos, a criminalidade violenta aumentou do ponto de vista estatístico; o dano econômico cresceu sobremaneira atingindo segmentos sociais que até então estavam livres de ataques criminosos; atos de terrorismo político e mesmo de terrorismo gratuito abalaram diversos países do mundo; o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins assumiu um gigantismo incomum; a tortura passou a ser encarada como uma postura correta dos órgãos formais de controle social.¹¹⁸

¹¹⁸ FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos: Notas sobre a Lei 8.072/90*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 28.

Já João José Leal destacou como uma das principais preocupações daquele período o crescimento que o tráfico de drogas alcançou durante as décadas de 70 e 80.

É preciso assinalar que as duas últimas décadas foram marcadas por acentuada e generalizada intensificação do tráfico e uso indevido de substâncias entorpecentes. Este fato acarretou, em contrapartida, a formação de uma consciência favorável a uma reação punitiva mais severa e eficaz em relação aos responsáveis pelo tráfico ilícito de drogas.¹¹⁹

Respondendo a este anseio da sociedade por punições mais severas aos crimes que assolavam o país, o Constituinte de 1988 achou por bem incluir, no capítulo referente aos direitos e garantias fundamentais, mais especificamente no artigo 5º, inciso XLIII, um tratamento diferenciado àqueles crimes considerados mais graves, dispondo:

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;¹²⁰

Desta forma, os crimes de tortura, tráfico de drogas e terrorismo, tornaram-se uma “*espécie maior, imperativa e categórica de crime profundamente repugnante e, portanto, merecedora de uma reação punitiva especificamente mais severa*”¹²¹.

Seguindo esta linha de legislação mais severa, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, surgiram diversos projetos de lei que propunham, entre outras coisas, penas mais altas a crimes de roubo, sequestro e estupro

¹¹⁹ LEAL, João José. *Crimes Hediondos: Aspectos Político-Jurídicos da Lei nº 8.072/90*. São Paulo: Atlas, 1996, p. 12.

¹²⁰ BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm, acesso em 12 de julho de 2011.

¹²¹ LEAL, João José. *Crimes Hediondos: Aspectos Político-Jurídicos da Lei nº 8.072/90*. São Paulo: Atlas, 1996, p. 14.

seguido de morte, bem como incluir determinados delitos no rol de crimes hediondos¹²².

É preciso destacar que, quando da promulgação da Constituição, ainda não existia qualquer diploma legal regulando a matéria, dizendo quais crimes se enquadrariam nesta classificação. Tornou-se faculdade do legislador ordinário definir que tipos penais seriam rotulados “*com a marca jurídica da hediondez absoluta e legalmente presumida*”¹²³.

O conceito de hediondo traduz “*um ato profundamente repugnante, imundo, horrendo, sórdido, ou seja, um ato indiscutivelmente nojento, segundo os padrões da moral vigente*”¹²⁴. Portanto, a definição de crime hediondo está intimamente ligada à ideia de condutas absolutamente inaceitáveis para os padrões da sociedade de determinada época.

Ontologicamente, o conceito de crime hediondo repousa na idéia de que existem condutas que se revelam como a antítese extrema dos padrões éticos de comportamento social, de que seus autores são portadores de extremo grau de perversidade, de perniciosidade ou de periculosidade e que, por isso, merecem sempre o grau máximo de reprovação ética por parte do grupo social e, em consequência, do próprio sistema de controle.¹²⁵

Finalmente, em 1990 surgiu a Lei nº 8.072 que definiu quais os delitos em nossa legislação seriam hediondos¹²⁶ e as consequências dessa condição, para

¹²² BEMFICA, Thaís Vani. *Crimes Hediondos e Assemelhados*: Questões polêmicas. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 05-06.

¹²³ LEAL, João José. *Crimes Hediondos*: Aspectos Político-Jurídicos da Lei nº 8.072/90. São Paulo: Atlas, 1996, p. 14.

¹²⁴ LEAL, João José. *Crimes Hediondos*: Aspectos Político-Jurídicos da Lei nº 8.072/90. São Paulo: Atlas, 1996, p. 21.

¹²⁵ Idem.

¹²⁶ Atualmente são considerados crimes hediondos, quer consumados ou tentados, nos termos do artigo 1º da Lei nº 8.072/90: homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV e V); latrocínio (art. 157, § 3º, in fine); extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º); extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, caput, e §§ 1º, 2º e 3º); estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único); atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único); estupro (art. 213, caput e §§ 1º e 2º); estupro de vulnerável (art. 217-A, caput e §§ 1º, 2º, 3º e 4º); epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º); falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, caput e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei no 9.677, de 2 de julho de 1998). - Lei nº 8.072/1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm, acesso em 14 de agosto de 2011.

além daquelas determinadas pela Constituição da República. Dentre estas estipulações legais, foi vedada a concessão de liberdade provisória aos autores destes delitos.

2.2 Polêmica do artigo 2º da Lei nº 8.072/1990

O artigo 2º da Lei nº 8.072/1990¹²⁷ previa, em sua redação original, que os crimes hediondos e equiparados não seriam passíveis de anistia, graça, indulto, fiança e liberdade provisória. A proibição de anistia, graça e fiança a estes delitos eram previsões constitucionais, explícitas no artigo 5º, inciso XLIII. A verdadeira inovação adveio com a vedação de liberdade provisória.

Os legisladores pensaram nesta proibição como forma de impedir que os autores de crimes tidos como repulsivos pela sociedade respondessem o processo em liberdade, o que colocaria em risco a ordem pública e a aplicação da lei penal.

Na Exposição de Motivos do Projeto de Lei, elaborado pelo Congresso Nacional de política Criminal e Penitenciária e que serviu de lastro à Lei nº 8.072/90, ficou consignado que “o impedimento da permissão da fiança e da concessão da anistia e indulto individual e coletivo” e a conveniência de não poder o réu apelar em liberdade, eram medidas que não obstarium que “o acusado, durante a ação penal, pudesse responder ao processo em liberdade, não obstante a prática de um crime repulsivo, nos termos do artigo 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal, desde que ausentes os pressupostos da prisão preventiva. Por isso, era proposta a não concessão da liberdade provisória, para que não fosse motivo de frustração à prevenção penal que se objetiva”.¹²⁸

¹²⁷ Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

I - anistia, graça e indulto;

~~II - fiança e liberdade provisória.~~

~~§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado.~~

~~§ 2º Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade.~~

~~§ 3º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de trinta dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.~~

II - fiança. (*Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007*) – Lei nº 8.072/1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm, acesso em 14 de agosto de 2011.

¹²⁸ FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*: Notas sobre a Lei 8.072/90. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p.75.

Logo foi suscitada a questão da validade da vedação da liberdade provisória, com a doutrina se posicionando, em sua maioria, contra a constitucionalidade dessa previsão, enquanto a jurisprudência, de forma majoritária, colocava-se a favor. Denilson Feitoza desenhou o cenário da polêmica:

Antes mesmo da Lei 11.464/2007, a maioria da doutrina se colocou contra a dupla vedação da liberdade provisória com e sem fiança da Lei 8.072/1990, entendendo que era inconstitucional, pois a Constituição Federal, no art. 5º, XLIII, apenas veda a liberdade provisória *com* fiança, não impedindo, portanto, a liberdade provisória *sem* fiança. A jurisprudência, contudo, firmou-se no sentido da constitucionalidade da vedação total da liberdade provisória, nos termos legais¹²⁹.

Em geral, os doutrinadores acreditavam que a vedação baseada na gravidade abstrata do delito feria o direito à liberdade provisória, previsto no artigo 5º, inciso LXVI da Constituição Federal. Alberto Silva Franco, em obra escrita no auge da polêmica, defendia a liberdade provisória enquanto direito fundamental da pessoa humana, de forma que sua concessão deveria ser analisada em um contexto amplo, “*buscando uma unidade de sentido que deve existir entre todos os direitos e garantias fundamentais*”¹³⁰ tais como o direito à presunção de inocência e ao devido processo legal.

(...) a prisão cautelar transforma-se numa penalização desnecessária, sem observância do “due process of law”, passível de censura constitucional e, numa rotulagem inapropriada, o indiciado ou acusado ficam equiparados à condição de culpado, ofendendo-se claramente o princípio da presunção de inocência¹³¹.

Nesta quadra, é importante fazermos uma pausa para falarmos um pouco de devido processo legal (due process of law) e do princípio da presunção de inocência, visto que o maior argumento contra a vedação de liberdade provisória seria a ofensa a ambos.

¹²⁹ FEITOZA, Denilson. *Direito Processual Penal: teoria, crítica e práxis*. 5. ed., Niterói: Impetus, 2008, p. 789.

¹³⁰ FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos: Notas sobre a Lei 8.072/90*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p.69.

¹³¹ Idem, p.76.

A garantia ao devido processo legal está expressa em nossa Constituição, no artigo 5º, inciso LIX, quando determina que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”¹³².

Isso significa dizer que a lei disporá procedimentos a serem seguidos¹³³, evitando arbitrariedades e injustiças, assegurando o direito ao contraditório, à ampla defesa¹³⁴, ao juiz natural¹³⁵, a não ser processado e condenado com base em provas ilícitas ou, ainda, a não ser preso, exceto se por determinação de autoridade competente e na forma estabelecida pelo ordenamento jurídico¹³⁶.

Nesse sentido, o princípio do devido processo legal possui um âmbito de proteção alargado, que exige o *fair trial* não apenas dentre aqueles que fazem parte da relação processual, ou que atuam diretamente no processo, mas de todo o aparato jurisdicional, o que abrange todos os sujeitos, instituições e órgãos, públicos e privados, que exercem, direta ou indiretamente, funções qualificadas, constitucionalmente, como essenciais à Justiça.¹³⁷

Já o princípio da presunção de inocência, ou da presunção de não-culpabilidade está previsto no artigo 5º, inciso LVII, que afirma que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”¹³⁸.

¹³² BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm, acesso em 12 de julho de 2011.

¹³³ BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 39.

¹³⁴ Por *ampla defesa* entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto o *contraditório* é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (*par conditio*), pois a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor. – MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 27. ed., São Paulo: Atlas, 2011, p. 113.

¹³⁵ O juiz natural é somente aquele integrado no Poder Judiciário, com todas as garantias institucionais e pessoais previstas na Constituição Federal. (...) O referido princípio deve ser interpretado em sua plenitude, de forma a proibir-se, não só a criação de tribunais e juízos de exceção, mas também de respeito absoluto às regras objetivas de determinação de competência, para que não seja afetada a independência e imparcialidade do órgão julgador. – MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 27. ed., São Paulo: Atlas, 2011, p. 94.

¹³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 685.

¹³⁷ Idem, p. 686.

¹³⁸ BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm, acesso em 12 de julho de 2011.

Portanto, tal princípio “*impede a outorga de conseqüências jurídicas sobre o investigado ou denunciado antes do trânsito em julgado da sentença criminal*”¹³⁹.

Ainda assim, já é pacífico na doutrina e na jurisprudência que as prisões cautelares não ferem o princípio da presunção de inocência, pois não se trata de antecipação da pena ou da execução penal, uma vez que se pautam em pressupostos que as legitimam¹⁴⁰.

Ademais, a própria Constituição ao admitir, no artigo 5º, inciso LXI, prisão por ordem escrita ou fundamentada de autoridade judicial competente abriu possibilidade de instituição de prisões cautelares.

Tal significa dizer que, se a presunção de inocência é princípio com dignidade constitucional, as prisões cautelares também se encontram nesse patamar da hierarquia legislativa e podem, portanto, conviver perfeitamente com esse princípio dentro do mesmo sistema constitucional. Logo, sob tal ponto de vista, não haveria nenhuma restrição jurídico-constitucional às prisões provisórias em face da presunção de inocência¹⁴¹.

Porém, no que diz respeito à vedação da liberdade provisória aos crimes hediondos, aqueles que acreditavam em sua inconstitucionalidade o mais das vezes alegavam ofensa ao devido processo legal e ao princípio da presunção de não-culpabilidade. Mas nem todos os doutrinadores concordavam com este posicionamento. Francisco de Assis Toledo afirmava que o legislador ordinário tinha a faculdade de ampliar ou restringir o direito à liberdade provisória sem, contudo, violar os mandamentos constitucionais¹⁴².

Os tribunais também seguiam divididos, mas, o mais das vezes, os magistrados confirmavam a constitucionalidade do inciso pelo argumento de que seria competência da lei ordinária determinar o grau de restrição da liberdade a ser fixado para cada crime, guiando-se pela gravidade do delito¹⁴³.

¹³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocência Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 678.

¹⁴⁰ Idem, p. 678-679.

¹⁴¹ MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de Processo Penal*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 547.

¹⁴² TOLEDO, Francisco de Assis. *Crimes Hediondos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994 *apud* BEMFICA, Thais Vani. *Crimes Hediondos e Assemelhados: Questões Polêmicas*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 28.

¹⁴³ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 16. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 287.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em decisão citada por Alberto Silva Franco, assim se manifestou acerca da vedação de liberdade provisória:

A lei deve ser cumprida. Tal e qual pretendeu o legislador que, em grave momento, em que se tem como certa a disseminação extraordinária dos tóxicos, em todo o mundo, houve por bem, entre nós, editar lei de rigor mais dilatado, que não se reveste de nenhuma inconstitucionalidade. É, no caso, lei ordinária, emanada do poder competente, que em nada arranhou garantias individuais asseguradas pela Lei Maior¹⁴⁴.

De forma semelhante, o mesmo tribunal, em *habeas corpus* (HC) relativo a crime hediondo, afirmou:

Se a lei é boa ou má, ou se deve ser revogada ou substituída são indagações e tarefa afetas ao Poder Legislativo, ao qual toca, de maneira específica e constitucional, a iniciativa de elaborá-la. E o legislador não poderá se afastar do anseio da comunidade, que o elegeu e em nome da qual exerce seu mister¹⁴⁵.

João José Leal, ao demonstrar jurisprudência relacionada à proibição de liberdade provisória a crimes hediondos, menciona o HC nº 106.033-3, também do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Se ninguém será preso quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança, claro que poderá sê-lo, na medida em que a lei a negue, nos casos em que assim tenha se mostrado conveniente. Daí porque o art. 2º da Lei nº 8.072/90, antes de afrontar a norma constitucional, completa-a, dizendo, em face da exigência desta, quais os delitos em que a liberdade provisória não é cabível.¹⁴⁶

¹⁴⁴ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, Rec. 108.716-3/6, *apud* FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*: Notas sobre a Lei 8.072/90. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p.81.

¹⁴⁵ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, RT, 671/323, *apud* FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*: Notas sobre a Lei 8.072/90. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 79.

¹⁴⁶ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, HC nº 122.826-3, RT, 693/331, *apud* LEAL, João José. *Crimes Hediondos*: Aspectos Político-Jurídicos da Lei nº 8.072/90. São Paulo: Atlas, 1996, p. 109.

O Superior Tribunal de Justiça tinha igual entendimento, afirmando que a vedação à liberdade provisória não apresentava inconstitucionalidade:

(...) os pacientes presos em flagrante, pela prática de crimes hediondos, não têm direito à liberdade provisória, embora sejam primários. Trata-se de benefício cuja regulamentação ou admissibilidade está reservada ao legislador ordinário¹⁴⁷.

O doutrinador Antônio Scarance Fernandes acreditava que, em sendo constitucional esta vedação, era essencial atentar-se para possíveis abusos, de forma que tornaria essencial um juízo provisório mais criterioso acerca da tipificação em cada caso¹⁴⁸.

2.3 Crimes hediondos e liberdade provisória no cenário atual

Conforme buscamos retratar acima, a discussão polêmica sobre a proibição da liberdade provisória nos crimes hediondos perdurou por anos, dividindo a opinião dos operadores do direito. Então, em 28 de março de 2007 foi publicada a Lei nº 11.464 que alterou a redação do artigo 2º da Lei de Crimes Hediondos, suprimindo a vedação expressa de liberdade provisória a crimes hediondos e equiparados.

Desta forma, para a maioria dos doutrinadores, dos quais podemos citar Fernando Capez¹⁴⁹, Antônio Alberto Machado¹⁵⁰ e Paulo Rangel¹⁵¹, a questão restou superada pois, sem a vedação expressa da liberdade provisória, esta poderia ser concedida sempre que estivessem ausentes os pressupostos que permitem a prisão preventiva, a partir de uma análise do caso concreto.

Porém, nos tribunais, a Lei nº 11.464/2007 não chegou a por um fim a esta discussão. Certamente, ampliou-se a concessão de liberdade provisória sem fiança

¹⁴⁷ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, RHC nº 3.969-SP, DJU, 24/10/1994, p. 28.769, *apud* LEAL, João José. *Crimes Hediondos: Aspectos Político-Jurídicos da Lei nº 8.072/90*. São Paulo: Atlas, 1996, p. 109.

¹⁴⁸ FERNANDES, Antônio Scarance. *Aspectos da Lei dos Crimes Hediondos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, *apud* BEMFICA, Thais Vani. *Crimes Hediondos e Assemelhados: Questões Polêmicas*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 28.

¹⁴⁹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 16. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 287.

¹⁵⁰ MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de Processo Penal*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 570.

¹⁵¹ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 16. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, 764.

aos autores de crimes hediondos, tal como podemos verificar no HC 193060/SP, do Superior Tribunal de Justiça, no qual expôs o relator:

A Sexta Turma desta Corte vem decidindo no sentido de que, com o advento da Lei nº 11.464/07, que alterou a redação do art. 2º, II, da Lei nº 8.072/90, tornou-se possível a concessão de liberdade provisória aos crimes hediondos ou equiparados, nas hipóteses em que não estejam presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal ¹⁵².

O mesmo entendimento pode ser reconhecido no HC 189298/SP, julgado pela mesma corte:

O fato de estar inserido no rol dos delitos hediondos ou equiparados não basta para a imposição da constrição cautelar, por ser necessária a existência de circunstâncias a demonstrar a adoção desta medida excepcional ¹⁵³.

O Supremo Tribunal Federal também apresentou decisão confirmando a possibilidade de concessão de liberdade provisória a crime hediondo, tal como no HC 92880/GO:

A atual jurisprudência desta Corte admite a concessão de liberdade provisória em crimes hediondos ou equiparados, em hipóteses nas quais estejam ausentes os fundamentos previstos no artigo 312 do Código de Processo penal. Precedentes desta Corte. 3. Em razão da supressão, pela lei 11.464/2007, da vedação à concessão de liberdade provisória nas hipóteses de crimes hediondos, é legítima a concessão de liberdade provisória ao paciente, em face da ausência de fundamentação idônea para a sua prisão. ¹⁵⁴.

¹⁵² SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, *Habeas Corpus* nº 193060/SP, Relator: Ministro OG Fernandes, publicado em: 19 de setembro de 2009, disponível em: http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp, acesso em: 25 de setembro de 2011.

¹⁵³ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, *Habeas Corpus* nº 189298/SP, Relator: Ministro Adilson Vieira Macabu, publicado em: 03 de agosto de 2011, disponível em: http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp, acesso em: 25 de setembro de 2011.

¹⁵⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *Habeas Corpus* nº 92880/GO, Relator: Ministro Joaquim Barbosa, publicado em: 01 de agosto de 2008, disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>, acesso em: 25 de setembro de 2011.

Porém, mesmo a alteração que adveio com a Lei nº 11.464/2007 não conseguiu modificar a visão de muitos magistrados que continuaram a entender a inviabilização da liberdade provisória aos autores de crimes hediondos e equiparados, pois a inafiançabilidade constitucional conduzia, inexoravelmente à proibição da liberdade provisória sem fiança.

Neste sentido, foi a decisão proferida pela quinta turma do Superior Tribunal de Justiça no HC 103658/SP:

A vedação de concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, na hipótese de crimes hediondos, encontra amparo no art. 5º LXVI da CF, que prevê a inafiançabilidade de tais infrações; assim, a mudança do art. 2º da Lei 8.072/90, operada pela Lei 11.464/2007, não viabiliza tal benesse, conforme entendimento sufragado pelo Pretório Excelso e por esta Corte, o que, por si só, constitui fundamento para a negativa do benefício.¹⁵⁵

O mesmo raciocínio foi apresentado pelo relator Ministro Jorge Mussi, também do Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do HC 163008/MS, em 2010.

Nos termos do artigo 2º, caput, c/c inciso II, da Lei nº 8.072/90, é vedada a concessão do benefício da liberdade provisória aos flagrados no cometimento, em tese, de crimes hediondos e equiparados, mesmo após a edição e entrada em vigor da Lei 11.464/07. Precedentes desta Turma e do Supremo Tribunal Federal.¹⁵⁶

O Supremo Tribunal Federal também teve adeptos desta linha de raciocínio, tal como demonstrado pela decisão unânime da primeira turma ao julgar o HC 93886/SP:

¹⁵⁵ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, *Habeas Corpus* nº 103658/SP, Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, publicado em: 01 de dezembro de 2008, disponível em: http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp, acesso em: 25 de setembro de 2011.

¹⁵⁶ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, *Habeas Corpus* nº 163008/MS, Relator: Ministro Jorge Mussi, publicado em: 28 de junho de 2010, disponível em: http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp, acesso em: 25 de setembro de 2011.

Se o crime é inafiançável, e preso o acusado em flagrante, o instituto da liberdade provisória não tem como operar. O inciso II do art. 2º da Lei nº 8.072/90, quando impedia a "fiança e a liberdade provisória", de certa forma incidia em redundância, dado que, sob o prisma constitucional (inciso XLIII do art. 5º da CF/88), tal ressalva era desnecessária. A redundância foi reparada pelo legislador ordinário (Lei nº 11.464/2007), ao retirar o excesso verbal e manter, tão-somente, a vedação do instituto da fiança. 3. Manutenção da jurisprudência desta Primeira Turma, no sentido de que "a proibição da liberdade provisória, nessa hipótese, deriva logicamente do preceito constitucional que impõe a inafiançabilidade das referidas infrações penais: ...seria ilógico que, vedada pelo art. 5º, XLIII, da Constituição, a liberdade provisória mediante fiança nos crimes hediondos, fosse ela admissível nos casos legais de liberdade provisória sem fiança..." (HC 83.468, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence). Precedente: HC 93.302, da relatoria da ministra Cármen Lúcia.¹⁵⁷

Portanto, uma simples pesquisa da jurisprudência dos tribunais pátrios é capaz de demonstrar a contínua existência de controvérsia acerca da concessão de liberdade provisória aos autores de crimes hediondos e equiparados.

¹⁵⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *Habeas Corpus* nº 93886/SP, Relator: Ministro Carlos Britto, publicado em: 20 de março de 2009, disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>, acesso em 25 de setembro de 2011.

CAPÍTULO III – A VALIDADE DO ARTIGO 44 DA LEI N° 11.343/06

A proposta deste capítulo é analisar os argumentos levantados tanto pelos que defendem a validade do artigo 44 da Lei n° 11.343/2006, quanto pelos que a atacam, bem como iremos analisar o modo como a jurisprudência vem tratando a matéria.

Para uma abordagem completa, se faz necessário falar um pouco da situação do tráfico de drogas no Brasil.

3.1 O tráfico de drogas na atualidade

A Lei n° 11.343 de 23 de agosto de 2006, que revogou as Leis n° 6.368/76 e n° 10.409/02, além de definir os delitos de tráfico de drogas, também disciplinou a matéria, determinando o procedimento a ser adotado e alterando até mesmo a penalidade aplicada às infrações. De forma geral, a lei de 2006 majorou as penas dos crimes de tráfico em relação às leis anteriores¹⁵⁸.

Em nota ao seu livro *Lei Antidrogas Anotada: comentários à Lei n. 11.343/2006*, Damásio de Jesus justificou esta rigidez pela necessidade de ferramentas mais eficazes para combater o narcotráfico, principalmente considerando-se as características do Brasil, tais como “*dimensões continentais, proximidade com países produtores de drogas e sua imensa população*”¹⁵⁹.

De fato, a incidência de crimes de tráfico de drogas continua grande em nosso país e acaba por afetar os diversos setores da vida em sociedade, trazendo danos tanto aos usuários, por comprometer a integridade de sua saúde física e mental, como à população em geral, que sofre pelo aumento da criminalidade, principalmente dos crimes de natureza patrimonial, visto que grande parte dos usuários recorre ao furto ou roubo como meios de suprir o vício¹⁶⁰.

¹⁵⁸ MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de Processo Penal*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 262.

¹⁵⁹ JESUS, Damásio. *Lei Antidrogas Anotada: comentários à Lei n. 11.343/2006*. 10. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 07.

¹⁶⁰ ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO MINAS GERAIS. *CPI do Narcotráfico: relatório final*. Belo Horizonte, 2001.

O consumo de substâncias psicoativas afeta de maneira profunda amplos aspectos da vida das pessoas que as utilizam e dos grupos nos quais elas estão inseridas. Além do uso recreativo ou ritual, inserido na cultura e na economia dos países, em muitos casos o consumo de drogas se associa a problemas graves como a ocorrência de acidentes, violência, produção ou agravamento de doenças variadas, queda no desempenho escolar ou no trabalho, transtornos mentais e conflitos familiares, entre outros.¹⁶¹

Ainda falando sobre a atual lei antidrogas, complementa Damásio de Jesus dizendo que, por um lado, exigia-se um tratamento diferenciado a usuários, e, por outro, “*mostrava-se fundamental o endurecimento no combate ao tráfico de drogas e o fortalecimento dos instrumentos de cooperação nacional e internacional no cerco ao narcotráfico*”¹⁶².

No que diz respeito ao artigo 44 da Lei nº 11.343/06, nosso objeto de estudo, a proposta de maior severidade apresentou-se na vedação expressa à concessão de fiança, *sursis*, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, bem como na proibição da conversão das penas em restritivas de direito aos delitos previstos no artigo 33, *caput* e §1º e nos artigos 34 a 37¹⁶³.

Esta vedação estava de acordo com a redação vigente à época do artigo 2º, inciso II, da Lei de Crimes Hediondos, visto que a Lei nº 11.343 foi publicada em 23 de agosto de 2006, enquanto a alteração na redação da Lei nº 8.072/1990 ocorreu apenas no ano seguinte.

A superveniência da alteração da Lei de Crimes Hediondos faz necessário que, ao questionarmos a validade do *caput* do artigo 44 da Lei nº 11.343/2006, em relação à proibição da liberdade provisória aos crimes de tráfico de drogas, analisemos não apenas a constitucionalidade do dispositivo, mas também o conflito de leis, ante a possível revogação tácita desta vedação, conforme veremos a seguir.

¹⁶¹ CRUZ, Marcelo Santos. *Impacto do Uso de Drogas na População Brasileira: análise de dados epidemiológicos indicadores – 2001-2009*. In BRASIL, *Relatório Brasileiro sobre Drogas*, Brasília: SENAD, 2009, p. 345.

¹⁶² JESUS, Damásio. *Lei Antidrogas Anotada: comentários à Lei n. 11.343/2006*. 10. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 07.

¹⁶³ Lei nº 11.343/2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm, acesso em 20 de setembro de 2011.

3.2 Conflito de leis

Como vimos, em 1990 foi publicada a Lei nº 8.072 que, em seu artigo 2º, inciso II, proibia a concessão de liberdade provisória aos autores de crimes hediondos, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo. Dezesseis anos depois, em 2006, foi editada a Lei nº 11.343 que, em seu artigo 44, *caput*, confirmava a impossibilidade de concessão de liberdade provisória aos crimes previstos em seus artigos 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37. Por fim, no ano seguinte, veio à luz a Lei nº 11.464, alterando a redação do inciso II, do artigo 2º da Lei nº 8.072/1990, de forma a eliminar a previsão expressa da vedação à liberdade provisória.

Como bem se sabe, e tal como disposto no artigo 2º, §1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro¹⁶⁴, a lei posterior revoga a anterior quando for com ela incompatível. Neste sentido, explica Eugênio Mougnot Bonfim:

Encerra-se a vigência da norma processual penal por sua revogação, seja pelo advento de norma posterior que diga respeito à mesma matéria ou se mostre incompatível com a norma anterior (revogação tácita – art. 2º, §1º, do Dec.-Lei n. 4.657/42 – LICC), seja pela expressa determinação de sua revogação (revogação expressa), esta, de forma total (ab-rogação) ou parcial (derrogação).¹⁶⁵

Por esta ótica, como o *caput* do artigo 2º da Lei nº 8.072/1990 faz referência ao tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, foi o entendimento de diversos doutrinadores de que a proibição da liberdade provisória nos crimes de tráfico de drogas prevista no artigo 44 da Lei nº 11.434/2006 teria sido tacitamente revogada com a superveniência da Lei nº 11.464/2007 que eliminou a vedação expressa na Lei de Crimes Hediondos.

Um dos doutrinadores que defendem esta posição é Fernando Capez:

A Lei de Drogas, por sua vez, vedou expressamente a concessão da liberdade provisória nos crimes previstos nos arts. 33, *caput*, e §1º, e 34 a 37 (cf. art. 44 da

¹⁶⁴ Decreto-lei nº 4.657/42. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm, acessado em 09 de outubro de 2011.

¹⁶⁵ BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de Processo Penal*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 92.

Lei n. 11.343/2006). Sucede, contudo, que a Lei n.11.464/2007 acabou por abolir a vedação para a concessão da liberdade provisória aos crimes hediondos e equiparados (como o tráfico de drogas), e, constituindo os crimes previstos nos arts. 33, *caput*, e §1º, e 34 a 37, da Lei n. 11.343/2006, equiparados a hediondos, não há como afastar a incidência da nova regra legal, de molde a autorizar a concessão de liberdade provisória sempre que ausentes os pressupostos da prisão preventiva.¹⁶⁶

Na mesma esteira, Eugênio Pacelli de Oliveira coloca-se a favor da concessão de liberdade provisória aos crimes de tráfico de drogas sempre que estiverem ausentes os pressupostos da prisão preventiva.

A Lei 1.464/2007 alterou a legislação dos crimes hediondos (Lei 8.072/90), passando a vedar unicamente a concessão de liberdade provisória com fiança, permitindo-a, contudo, sem a prestação de fiança, ou sejam, permitindo a aplicação do disposto no art. 310, parágrafo único, CPP, para os crimes ali mencionados. Dentre eles, como se sabem, encontram-se os chamados crimes de tráfico ilícitos de drogas e entorpecentes.

A nosso juízo, outra não poderia ser a solução: tratando-se de lei posterior, a legislação anterior com ela incompatível restaria revogada, de tal modo que também para os crimes de drogas deve ser cabível a concessão de liberdade provisória.¹⁶⁷

De modo oposto, Denilson Feitoza afirma que os crimes de tráfico de drogas, por possuírem regras próprias dispostas em legislação específica, não seriam afetados pela mudança na Lei de Crimes Hediondos.

No que tange ao crime hediondo e ao terrorismo, a nova redação dada pela Lei 11.464/2007 à Lei 8.072/1990 suprimiu a vedação da “liberdade provisória” (entenda-se liberdade provisória *sem fiança*) do seu inciso II, mantendo tão-somente a vedação à fiança. O crime de tortura e o crime de “tráfico ilícito de entorpecentes” (ou tráfico de drogas), apesar de mencionados no caput do art. 2º, têm regra próprias, em leis específicas¹⁶⁸.

No mesmo diapasão, Damásio de Jesus nos traz argumentos que derrubam a alegação de revogação tácita do artigo 44 da Lei nº 11.343/06 pela Lei nº 11.464/07.

¹⁶⁶ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 16. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 288.

¹⁶⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 11. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 672.

¹⁶⁸ FEITOZA, Denilson. *Direito Processual Penal: teoria, crítica e práxis*. 5. ed., Niterói: Impetus, 2008, P. 789.

O doutrinador também busca fundamento na especialidade da Lei de Drogas em relação à Lei dos Crimes Hediondos, o que determinaria sua prevalência.

O artigo 2º, II, da Lei n. 8.072, com redação dada pela Lei n. 11.464, de 28 de março de 2007, dispõe que os crimes hediondos e assemelhados são insuscetíveis de fiança. (...) Discute-se se a mudança teria derogado tacitamente o art. 44, *caput*, dessa Lei, no que concerne à proibição da liberdade provisória. Entendemos que não, uma vez que, nesse conflito aparente de normas, admite-se o convívio de ambas, cabendo ao intérprete delimitar o campo de atuação de cada uma delas. Em outras palavras, o art. 44, *caput*, da Lei de Drogas é especial em relação à regra constante do art. 2º, II, da Lei dos Crimes Hediondos.¹⁶⁹

O mencionado princípio da especialidade está previsto expressamente no artigo 12 do Código Penal¹⁷⁰ e determina que as normas específicas devem prevalecer sobre as normas gerais sempre que apresentarem conflito. Paulo José da Costa Júnior afirma que, entre leis gerais e específicas o conflito será apenas aparente, pois não seria possível a existência de normas contraditórias em um ordenamento jurídico harmônico. Dessa forma, uma das normas, a mais apta, regulamentará o fato típico¹⁷¹. A este respeito, elucida Luís Roberto Barroso:

A ordem jurídica de cada Estado constitui um sistema lógico, composto de elementos que se articulam harmoniosamente. Não se amolda à idéia de sistema a possibilidade de uma mesma situação jurídica estar sujeita à incidência de normas distintas, contrastantes entre si. Justamente ao revés, no ordenamento jurídico não podem coexistir normas incompatíveis. O direito não tolera antinomias.¹⁷²

Barroso indica como um primeiro critério a solucionar o conflito de normas, o hierárquico¹⁷³. No caso posto, como os dispositivos legais que se enfrentam são leis ordinárias, não é possível utilizar este recurso. O segundo critério proposto pelo

¹⁶⁹ JESUS, Damásio. *Lei Antidrogas Anotada: comentários à Lei n. 11.343/2006*. 10. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 242.

¹⁷⁰ Art. 12 - As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) – Decreto-Lei nº 2.848/40. Código Penal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm, acesso em 10 de outubro de 2011.

¹⁷¹ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Curso de Direito Penal*. 11. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 73.

¹⁷² BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. rev., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 09.

¹⁷³ Idem.

autor para “selecionar a regra aplicável, em meio a preceitos incompatíveis”¹⁷⁴, seria justamente o da especialização.

Pelo exposto no presente tópico não resta dúvida de que, no que diz respeito à vigência, a vedação à liberdade provisória prevista no *caput* do artigo 44 da Lei nº 11.343/2006 continua válida, de modo que passaremos à análise de sua constitucionalidade.

3.3 Constitucionalidade da vedação de liberdade provisória

Como afirmado acima, o ordenamento jurídico é um sistema que não permite a existência de normas incompatíveis. No entanto, por vezes encontramos normas que podem aparentar conflitantes, seja entre leis diversas, seja entre lei e Constituição, ou até mesmo entre dispositivos da própria Carta Magna. Isso ocorre porque a Constituição procura proteger bens jurídicos como a saúde pública, a segurança, a liberdade, entre outros, que podem entrar em conflito ou colisão¹⁷⁵.

Assim, para dirimir estes conflitos normativos, bem como para esclarecer a norma quando de difícil compreensão, é preciso recorrer à hermenêutica jurídica para a sua interpretação¹⁷⁶. Na definição de Luís Roberto Barroso, a hermenêutica jurídica é “*um domínio teórico, especulativo, cujo objeto é a formulação, o estudo e a sistematização dos princípios e regras de interpretação do direito*”¹⁷⁷.

Temos, portanto, que o objetivo principal da interpretação de normas jurídicas é “*tornar possível a aplicação de enunciados normativos, necessariamente abstratos e gerais, a situações da vida, naturalmente particulares e concretos*”¹⁷⁸.

Este é exatamente o caso da interpretação de normas constitucionais, pois é característica da Constituição a presença de grande abstração em seus dispositivos, com normas principiológicas abertas, pois busca “*alcançar situações que não foram expressamente contempladas ou detalhadas no texto*”¹⁷⁹.

¹⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. rev., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 09.

¹⁷⁵ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 27. ed., São Paulo: Atlas, 2011, p. 14-15.

¹⁷⁶ BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de Processo Penal*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 74.

¹⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. rev., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 107.

¹⁷⁸ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 77.

¹⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. rev., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 108.

Neste contexto, afirma Alexandre de Moraes:

A Constituição Federal há de sempre ser interpretada, pois somente por meio da conjugação da letra do texto com as características históricas, políticas, ideológicas do momento, se encontrará o melhor sentido da norma jurídica, em confronto com a realidade sociopolítico-econômica e almejando sua eficácia plena¹⁸⁰.

Para interpretar a Constituição são utilizados alguns princípios próprios, devido às suas especificidades e complexidades, no entanto, isso não afasta os critérios aplicados na interpretação do direito em geral¹⁸¹.

Os métodos clássicos de interpretação, quais sejam a interpretação gramatical, a histórica, e sistemática, foram identificados originalmente por Savigny e tiveram grande aceitação pelas doutrinas positivistas tradicionais. A estes métodos foi adicionada a interpretação teleológica. Os quatro métodos clássicos são, até hoje, utilizados na interpretação do texto normativo¹⁸².

Há de se destacar a inexistência de hierarquia entre os diferentes métodos de interpretação.

Importante frisar que, entre os referidos métodos interpretativos não há claramente uma “ordem hierárquica racional”, pois não há sistemas rígidos de interpretação, mas um método verdadeiramente flexível ou, mais propriamente, o que existe é um *sincretismo metodológico*, na medida em que os métodos – ou conjunto de métodos – são apresentados como complementares entre si.¹⁸³

Deste modo, nenhum método deve ser absolutizado, pois eles funcionam em conjunto, interagindo, combinando-se e controlando-se reciprocamente. “A interpretação se faz a partir do texto da norma (interpretação gramatical), de sua

¹⁸⁰ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 27. ed., São Paulo: Atlas, 2011, p. 15.

¹⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. rev., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 108.

¹⁸² BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 75-76.

¹⁸³ Idem, p. 76.

conexão (interpretação sistemática), de sua finalidade (interpretação teleológica) e de seu processo de criação (interpretação histórica)”¹⁸⁴.

É por este motivo que Edilson Mougenot Bonfim¹⁸⁵ afirma que o intérprete prudente faz uso do maior número possível de critérios de forma alcançar um sentido do texto que traduza o espírito e a finalidade da lei.

O ponto de partida do processo interpretativo é a interpretação gramatical ou literal, ou seja, aquela que procura o sentido da norma em seu próprio texto. Algumas vezes, sequer é necessário ir além da letra da norma, pois o texto demonstra de forma evidente o seu sentido¹⁸⁶.

Na definição de Edilson Mougenot Bonfim, a interpretação gramatical

Consiste em apurar, com relação aos termos (palavras) e frases que compõem o dispositivo legal interpretado, seus significados mais comuns e de aceção mais larga, partindo de seu uso linguístico geral. Estabelece-se, assim, um sentido literal para o texto legal.¹⁸⁷

Ao interpretar a Constituição é preciso sempre partir do pressuposto de que as palavras utilizadas exercem uma função e um sentido, pois não há palavras supérfluas na Constituição. Tampouco, há de se pensar em contradição ou má técnica por parte do constituinte¹⁸⁸.

É preciso lembrar que a característica do texto constitucional de apresentar linguagem vaga, com uso de termos indeterminados aumenta a discricionariedade do interprete que há de adicionar um componente subjetivo resultante de sua própria valoração para integrar os comandos constitucionais, pois é impossível alcançar a racionalidade e a objetividade plenas. Todavia, o próprio texto da norma determinará o limite desta atividade criadora, pois o interprete tem de respeitar o sentido mínimo das palavras¹⁸⁹.

¹⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. rev., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 129.

¹⁸⁵ BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 77.

¹⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. rev., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 131.

¹⁸⁷ BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 77-78.

¹⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. rev., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 134.

¹⁸⁹ Idem.

Já a interpretação sistemática determina que os dispositivos legais não existem, cada um, de forma isolada, mas formam, em conjunto, uma unidade, um ordenamento jurídico coeso e harmônico. Deste modo, para compreender o sentido de determinado preceito legal é preciso analisar o contexto em que está inserido e sua relação com todo o ordenamento jurídico.

A interpretação sistemática é fruto da idéia de unidade do ordenamento jurídico. Através dela, o interprete situa o dispositivo a ser interpretado dentro do contexto normativo geral e particular, estabelecendo as conexões internas que enlaçam as instituições e normas jurídicas.¹⁹⁰

A Constituição, neste ponto, exerce um papel importante, pois todas as disposições legais, por mais específicas e particulares que sejam, não podem ser interpretadas de forma a confrontar a Letra Maior¹⁹¹.

Outro método de interpretação objetivo é o teleológico. Trata-se do método que tem o escopo de desvendar o sentido da norma mais adequado à finalidade para a qual foi criada, ou seja, *“implica buscar, a partir do texto da lei, um sentido tal que, aplicado aos casos concretos, resulte no atingimento dos fins a que se destina a lei interpretada”*.¹⁹²

Com fundamento no artigo 3º da Constituição da República e do artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, o intérprete deve sempre ter em mente os fins sociais a que a norma se dirige e as exigências do bem comum, voltando-se, em falta de melhor orientação, às finalidades mais elevadas do Estado, quais sejam, a segurança, a justiça e o bem-estar social¹⁹³.

Por fim, temos o método de interpretação histórica que investiga as condições históricas nas quais determinado preceito foi concebido e positivado¹⁹⁴. Trata-se de uma forma de alcançar a intenção do legislador à época em que formulou o

¹⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. rev., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 140.

¹⁹¹ Idem, p. 141.

¹⁹² BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 78.

¹⁹³ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. rev., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 145.

¹⁹⁴ BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 79.

dispositivo, tal como um meio de especular acerca de sua vontade no contexto atual¹⁹⁵.

Este critério tem maior utilidade ao ser aplicado na interpretação de Constituições.

(...) o que se interpreta na norma não é apenas o seu conteúdo aparente, mas todo o substrato de valores históricos, políticos e ideológicos que estão na origem da Constituição. Não se trata da vontade individual ou somada dos constituintes, mas, sim, da *vontade social* de que aqueles foram portadores, entendida como síntese de valores, sentimentos e aspirações comuns, traduzidos, no plano normativo, nos princípios constitucionais.¹⁹⁶

Há de se ressaltar, porém, que o método histórico, de caráter subjetivo, não apresenta tanta relevância quanto os métodos de caráter objetivo, como o sistemático ou o teleológico. Contudo, ainda demonstra um valor importante, mesmo que secundário, ao desvendar o sentido da norma.

Afinal de contas, parece intuitivo que o conhecimento das circunstâncias ou das causas motivadoras das opções do legislador – o horizonte de produção do texto – possa fornecer ao seu intérprete atual alguma indicação sobre o sentido e o alcance dos enunciados normativos.¹⁹⁷

Porém, basear-se apenas nos métodos tradicionais de interpretação jurídica não é suficiente para resolver todos os impasses que surgem na interpretação da Constituição, tendo em vista ser um sistema aberto de regras e princípios, o que possibilita a existência de, pelo menos aparentemente, mais de uma resposta a um determinado conflito¹⁹⁸.

Sob essa luz, torna-se imprescindível proceder a uma interpretação constitucional apoiada em princípios constitucionais que são “*normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que*

¹⁹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. rev., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 145.

¹⁹⁶ Idem, p. 138.

¹⁹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 90.

¹⁹⁸ Idem, p. 123.

*institui*¹⁹⁹. Ou seja, os princípios constitucionais demonstram a ideologia da Constituição, de forma que para interpretar a Constituição, é preciso “*identificar o princípio maior que rege o tema a ser apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie*”²⁰⁰.

Embora essenciais, os princípios não têm caráter normativo, gradação de valores ou hierarquia na interpretação, sem apresentar uma interpretação antecipadamente obrigatória, configurando pontos de vista interpretativos de finalidade argumentativa.

O primeiro princípio a ser mencionado é o da supremacia da Constituição, que coloca a Constituição em posição de superioridade em relação aos demais atos normativos²⁰¹. Destarte, é a Carta Magna o ponto de partida, o fundamento e a condicionante de validade das demais normas jurídicas. Esta posição hierárquica superior justifica que, no conflito entre uma norma infraconstitucional e a Constituição, há de se afastar a lei e aplicar a Constituição²⁰². A este mecanismo de proteção da Lei Maior dá-se o nome de controle de constitucionalidade.

De acordo com Luís Roberto Barroso, o princípio da supremacia da constituição, seja pelo ponto de vista lógico, seja pelo cronológico, deve ser o primeiro a ser considerado no processo de interpretação constitucional²⁰³.

Já o princípio da unidade da Constituição explica a ordem jurídica como uma unidade, devendo as normas constitucionais serem consideradas como integradas em um sistema e não de forma isolada²⁰⁴. Portanto, sendo o ordenamento jurídico uma unidade, não há como aceitar a existência de antinomias, sendo necessário que o intérprete harmonize as tensões e contradições aparentes entre normas²⁰⁵.

¹⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. rev., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 155.

²⁰⁰ Idem.

²⁰¹ Idem, p. 165.

²⁰² MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 17.

²⁰³ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. rev., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 178.

²⁰⁴ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 135-136.

²⁰⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. rev., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 202.

Aceito e posto em prática este princípio, o jurista pode bloquear o próprio surgimento de eventuais conflitos entre preceitos da Constituição, ao mesmo tempo que se habilita a desqualificar, como contradições meramente *aparentes*, aquelas situações em que duas ou mais normas constitucionais – com hipóteses de incidência à primeira vista idênticas e que só a interpretação *racional* evidenciará serem diferentes – “pretendam” regular a mesma situação.²⁰⁶

Nesta ótica, o princípio da unidade da Constituição é a interpretação sistemática, consolidada nos métodos tradicionais de interpretação, porém mais especificado, devendo sua aplicação ser sempre guiada pelos princípios inscritos ou decorrentes da Constituição²⁰⁷.

O princípio da interpretação conforme a Constituição, em conformidade com os já apresentados, nos informa da necessidade de se encontrar, entre várias interpretações possíveis de uma norma, aquela que apresenta-se em conformidade com as normas constitucionais, “*evitando sua declaração de inconstitucionalidade e conseqüente retirada do ordenamento jurídico*”²⁰⁸.

Destaca-se que a interpretação conforme a Constituição só é possível quando, entre as várias hipóteses de interpretação, exista ao menos uma que seja compatível com a Letra Maior, devendo esta ser adotada em detrimento àquelas que não se adéquam aos mandamentos Constitucionais.²⁰⁹

Neste aspecto, a norma só deve ser declarada inconstitucional se for manifestamente e inequivocadamente inválida (em dúvida, deve ser preservada a norma) e/ou quando não existirem interpretações alternativas possíveis e plausíveis que permitam a adequação da regra com a Constituição²¹⁰.

Este princípio contribui na separação de poderes, valorizando o trabalho do legislativo ao aproveitar ou conservar as leis e “*previne o surgimento de conflitos, que se tornariam crescentemente perigosos caso os juízes, sem o devido cuidado, se pusessem a invalidar os atos da legislatura*”²¹¹.

²⁰⁶ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 136.

²⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. rev., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 202.

²⁰⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 27. ed., São Paulo: Atlas, 2011, p. 17.

²⁰⁹ Idem.

²¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. rev., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 193.

²¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 141.

Também refletindo na relação entre os três poderes, há de se considerar o princípio da presunção de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público, através do qual dizemos que, pela característica de igualdade entre os poderes, os atos de cada um deles possui uma presunção de validade²¹². Tal presunção, obviamente, é *iuris tantum*, de forma que haverá sempre um controle recíproco entre Legislativo, Executivo e Judiciário.

O princípio da efetividade propõe que a norma deve ser eficaz, ou seja, capaz de produzir efeitos, atingindo a finalidade para a qual foi criada²¹³. O intérprete da norma constitucional deve buscar otimizar sua eficácia sem, contudo, alterar seu conteúdo.

Por fim, o princípio da razoabilidade e proporcionalidade prega uma interpretação pautada pela justiça²¹⁴. Assim, inegável a relação íntima deste princípio com os direitos fundamentais, principalmente quando há colisão de bens e valores protegidos pela Constituição, devendo-se proceder a uma análise da relação custo-benefício das opções de interpretação apresentadas²¹⁵.

Uma vez expostas estas noções básicas de interpretação constitucional, podemos passar à análise propriamente dita da constitucionalidade da vedação à liberdade provisória imposta no artigo 44, *caput*, da Lei nº 11.343/2003.

Tal como afirmamos no capítulo anterior, os argumentos pró e contra a constitucionalidade da vedação da liberdade provisória aos crimes hediondos são os mesmos utilizados no caso dos crimes de tráfico de drogas, suscitando um conflito de valores.

Aqueles doutrinadores que se colocam contra a vedação da liberdade provisória alegam que tal dispositivo fere, em especial, a presunção de inocência e o devido processo legal. Por outro lado, os que consideram constitucional o artigo 44 da Lei nº 11.343/2006 colocam em um patamar mais elevado a segurança da sociedade e a ordem pública, ressaltando a política instituída pela própria constituição de combate ao tráfico de drogas, conferindo uma presunção

²¹² BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. rev., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 179.

²¹³ Idem, p. 254.

²¹⁴ Idem, p. 230.

²¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 143.

constitucional de periculosidade mais elevada aos autores destes crimes ao determinar sua inafiançabilidade.

Portanto, estamos diante de colisão de direitos fundamentais, ocorrendo, no caso, um conflito entre direitos individuais do indiciado ou réu (liberdade, presunção de inocência, devido processo legal), e bens jurídicos da comunidade (segurança, bem-estar, ordem pública).

Destaca-se que os direitos fundamentais não são absolutos, podendo sofrer restrições ou até mesmo supressão em determinados momentos²¹⁶. Mesmo o direito à vida tem limitação, visto que a própria Constituição prevê pena de morte em caso de guerra formalmente declarada (artigo 5º, inciso XLVII, alínea a).

Deste modo, no conflito de valores constitucionalmente protegidos é impossível que o legislador ou o intérprete furtem-se a um juízo de valor, o que lhes confere um considerável espaço de discricionariedade que chamamos de liberdade de conformação²¹⁷.

Neste ponto, insta ressaltar ser a função do legislador escolher as medidas a serem adotadas para proteger efetivamente os bens jurídicos tutelados pela Constituição, inclusive regulamentações restritivas de liberdade.

Cabe aos órgãos políticos, e não ao Judiciário, indicar qual a medida a ser adotada para proteger os bens jurídicos abrigados pelas normas definidoras de direitos fundamentais. (...) os Poderes Públicos gozam de discricionariedade para escolher uma das diferentes alternativas de ação que se lhe abrem, levando em conta os meios que estejam disponíveis, as colisões de direitos e interesses envolvidos e a sua escala de prioridades políticas.²¹⁸

Eis o que o legislador fez ao elaborar a Lei nº 11.343/2006, propondo em seu artigo 44, *caput*, a vedação de liberdade provisória para autores de crimes de tráfico de drogas. Porém, esta discricionariedade do legislador ordinário deve obedecer a limites impostos pela Constituição.

²¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 274.

²¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. rev., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 111.

²¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 301.

Se analisarmos, pelos métodos tradicionais, a questão da vedação da liberdade provisória para o tráfico de drogas, tendo por fundamento principal os incisos LXVI e XLIII do artigo 5º da Constituição da República, não há como duvidar da constitucionalidade do artigo 44 da Lei nº 11.343/2006.

A princípio, por uma mera interpretação gramatical do artigo 5º, inciso LXVI, da Constituição Federal, ao afirmar que “*ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança*”²¹⁹, a própria Lei Maior está admitindo, a *contrario sensu*, a possibilidade da lei não permitir a liberdade provisória²²⁰. Deste modo, o legislador ordinário nada mais fez além de instituir uma situação em que não é admitida a concessão de liberdade provisória sem fiança.

Passando, agora, a uma análise sistemática deste mesmo dispositivo constitucional, devemos considerar sua relação com a Constituição e com o ordenamento jurídico como um todo. Não há dúvida de que, baseando-se no artigo 5º, inciso LXVI, combinando-o com o inciso XLIII do mesmo artigo, através do qual foi dado um tratamento diferenciado, mais rígido, aos delitos de tráfico de entorpecentes e drogas afins, a vedação à liberdade provisória expressa no artigo 44 da Lei nº 11.343/2006 mostra-se coerente com a política expressa na Letra Maior. Ainda mais se levarmos em consideração outros dispositivos constitucionais, como, por exemplo, o artigo 6º, *caput*, e o artigo 5º *caput*, que prevêm a segurança como direito de todos, ou ainda o artigo 144, *caput*, que determina que a segurança pública será exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, bem como o artigo 196 e novamente o artigo 6º, *caput*, que garantem o direito de todos à saúde, em risco com a contínua e crescente oferta de drogas.

Realizando uma interpretação teleológica, temos que, ao instituir a inafiançabilidade dos crimes de tráfico de drogas, a Carta Magna teve por objetivo “*impedir que se colocasse em liberdade provisória os autores de crimes hediondos, graves, para resguardar a chamada ‘lei e ordem’*”²²¹. Isto posto, mais uma vez a

²¹⁹ BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm, acesso em 12 de julho de 2011.

²²⁰ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 16. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 287.

²²¹ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 16. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 764.

vedação de liberdade provisória sem fiança vem apenas reforçar este objetivo constitucional.

Ademais, afirma Luis Roberto Barroso que, em congruência do o artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro²²², em dúvida a respeito do objetivo da norma, o intérprete há de se voltar para os fins sociais a que ela se destina, bem como às exigências do bem comum, ressaltando as finalidades mais elevadas do estado, quais sejam a segurança, a justiça e o bem-estar social²²³.

Já para observarmos a situação pelo ponto de vista da interpretação histórica, devemos nos remeter ao que foi falado no segundo capítulo deste trabalho. Quando da promulgação da Constituição da República, a sociedade e os poderes políticos brasileiros estavam preocupados com a crescente criminalidade. Tal cenário de violência levou o constituinte a impor uma resposta mais severa àqueles crimes que considerava mais graves²²⁴, justificando o artigo 5º, inciso XLIII. Neste contexto, a inafiançabilidade constitucional conjugada com a possibilidade de restringir a liberdade conforme disposto no artigo 5º, inciso LXVI, fundamentam a vedação da liberdade provisória determinada pelo artigo 44, *caput*, da lei nº 11.343/2006. Lembramos, ainda, que as normas constitucionais são políticas em sua origem, sendo o poder constituinte a “*manifestação mais alta da vontade coletiva*”²²⁵.

Há de se convir que os métodos clássicos não se mostram suficientes para resolver todos os complexos conflitos entre normas constitucionais. Por este motivo, nos voltamos agora àqueles princípios explicitados no início deste tópico.

O princípio da supremacia da Constituição não será de grade valia no conflito posto, visto que os valores em colisão são todos constitucionais, não havendo qualquer hierarquia entre eles. Porém, mostra-se essencial ao considerarmos que o artigo 44 da Lei nº 11.343/2006 deve submeter-se à Carta Maior.

Pelo princípio da unidade da Constituição, devemos entender a Lei Fundamental como um todo, de forma a resolver o conflito entre normas que

²²² Art. 5º - Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. - Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm, acessado em 09 de outubro de 2011.

²²³ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 145.

²²⁴ LEAL, João José. *Crimes Hediondos*: Aspectos Político-Jurídicos da Lei nº 8.072/90. São Paulo: Atlas, 1996, p. 14.

²²⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 114.

aparentemente regem uma mesma situação. Para tanto o interprete deve proceder à ponderação de bens ou valores, ou seja, identificar o bem jurídico tutelado pelas normas em conflito, dar-lhes um valor e, a partir deste, traçar seu âmbito de incidência²²⁶.

Destaca-se que por mais importantes e elevados que sejam os valores da liberdade ou da dignidade da pessoa humana do agente, não há rigidez que os coloque em posição superior aos demais valores.

A doutrina tem rejeitado, todavia, a predeterminação rígida da ascendência de determinados valores e bens jurídicos, como a que resultaria, por exemplo, da absolutização da proposição *in dubio pro libertate*. Se é certo, por exemplo, que a liberdade deve, de regra, prevalecer sobre meras conveniências do Estado, poderá ela ter de ceder, em determinadas circunstâncias, diante da necessidade da segurança e de proteção da coletividade.²²⁷

Portanto, o que o legislador ordinário fez foi justamente ponderar os valores em conflito e decidir pela maior importância da segurança e da ordem pública.

Pelo princípio da interpretação conforme a Constituição têm-se que, havendo uma possibilidade de interpretação constitucional de determinada norma, esta deve prevalecer.

O que tem sido exposto neste trabalho é justamente esta visão constitucional do artigo 44 da Lei nº 11.343/2006, fundamentado pelo artigo 5º, incisos XLIII e LXVI. Se o legislador ordinário tem o poder de restringir a liberdade; se a própria Constituição admite a possibilidade de não concessão de liberdade provisória, determinada em lei; se entre interesses individuais e coletivos deve prevalecer o bem estar da sociedade; se a Carta Magna ressalta o tráfico de drogas e entorpecentes afins como um dos crimes mais graves a ser combatido; a vedação da liberdade provisória a estes delitos é válida devendo o artigo 44 da Lei nº 11.343/2006, por força do princípio da Interpretação conforme a Constituição, ser conservado e aplicado.

²²⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. rev., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 206-207.

²²⁷ Idem, p. 207.

Esta conclusão é reforçada pelo princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos do poder público. Inobstante trata-se de uma presunção *iuris tantum*, no caso posto a constitucionalidade se confirma, sendo a vedação da liberdade provisória uma opção política do legislador.

Quanto a este ponto, há de se destacar o perigo da interferência do judiciário na criação legislativa, devendo ser preservada a separação dos Poderes, vez que a criação de atos normativos é função dos órgãos de representação política, legitimados em eleições livres e periódicas²²⁸.

O princípio da presunção de constitucionalidade dos atos do Poder Público, notadamente das leis, é uma decorrência do princípio geral da separação dos Poderes e funciona como fator de autolimitação da atividade do Judiciário, que, em reverência à atuação dos demais Poderes, somente deve invalidar-lhes os atos diante de casos de inconstitucionalidade flagrante e incontestável.²²⁹

O princípio da efetividade da norma nos fala do reconhecimento do direito pela comunidade e dos efeitos que a norma gera pelo seu cumprimento, pois “o direito se forma com elementos colhidos na realidade, e seria condenada ao insucesso a legislação que não tivesse ressonância no sentimento social”²³⁰.

Tal como exposto quando da análise histórica acerca do momento da promulgação da Constituição, havia um clamor popular por medidas mais incisivas contra o crime. O mesmo ainda é observado, tal como exposto por Damásio de Jesus em nota introdutória a seu livro *Lei Antidrogas Anotada*²³¹, justificando a edição do dispositivo em análise. Por outro lado, observa-se a efetividade sendo concretizada ao retirar do convívio da comunidade aqueles autores de crimes considerados graves e de grande reflexo na sociedade como um todo.

Enfim, através do princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade há de se encontrar a forma justa de se solucionar os conflitos entre valores constitucionais, sendo essencial a análise da adequação e da necessidade.

²²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 114.

²²⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. rev., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 193.

²³⁰ Idem, p. 258.

²³¹ JESUS, Damásio. *Lei Antidrogas Anotada: comentários à Lei n. 11.343/2006*. 10. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 07-08.

Neste ponto, entra com força fundamental o argumento que tem sido usado com freqüência pelos tribunais a fim de justificar a constitucionalidade da vedação da liberdade provisória, qual seja a inafiançabilidade dos crimes de tráfico de drogas, tal como explicitado por Damásio de Jesus. O autor demonstra a visão do Supremo Tribunal Federal cuja interpretação do artigo 5º, inciso XLIII, da CF/88 afirma que a inafiançabilidade do delito conduz à proibição da liberdade provisória²³².

Temos, portanto, que a própria Constituição, ao considerar tráfico de drogas inafiançável, está afirmando que a liberdade provisória com fiança não é uma medida adequada para os autores deste delito. Nesta linha, se a medida cautelar mais grave não se mostra adequada, como poderia ser suficiente a medida menos grave? Sobre esta contradição, escreveu Eugênio Pacelli de Oliveira:

O problema todo somente existe em razão de, atualmente, o regime de liberdade provisória sem fiança ser imensamente mais favorável e menos oneroso que o regime de liberdade provisória com fiança. Nada mais. Enquanto na liberdade provisória com fiança, além da prestação desta, são também exigidos o comparecimento obrigatório a todos os atos do processo e, ainda, a comunicação prévia de mudança de endereço e requerimento de autorização judicial para a ausência de sua residência por prazo superior a oito dias, na liberdade sem fiança exige-se tão somente o comparecimento a todos os atos do processo. E mais: enquanto a liberdade com fiança somente é cabível, como regra, para crimes mais levemente apenados, a liberdade sem fiança é possível para delitos mais grave. A contradição é mesmo patente.²³³

Deste modo, a medida da razoabilidade e da proporcionalidade a ser avaliada no caso posto foi determinada pelo próprio texto constitucional, justificando a atuação do legislador ao determinar a vedação da liberdade provisória.

De fato, tem sido o entendimento reiterado da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal de que a vedação expressa da liberdade provisória a crimes hediondos e equiparados não passa de redundância, pois a inafiançabilidade conduz, inexoravelmente, à prisão preventiva do agente preso em flagrante.

A título de exemplo²³⁴, mencionamos o HC 103.399-SP²³⁵, julgado em 22 de junho de 2010 e que teve como relator Ministro Ayres Britto, o HC 101.503-RJ²³⁶,

²³² JESUS, Damásio. *Lei Antidrogas Anotada: comentários à Lei n. 11.343/2006*. 10. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 243-244

²³³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 11. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 475.

²³⁴ Ementas em anexo.

julgado em 10 de agosto de 2010, com o Ministro Ricardo Lewandowski como relator e o HC 104.862-SC²³⁷, julgado recentemente, em 24 de maio de 2011, relatado pela Ministra Cármem Lúcia, todos decidindo pela manutenção da prisão cautelar com base na inafiançabilidade do delito de tráfico de drogas e na vedação expressa do artigo 44 da Lei nº 11.343/2006.

Por outro lado, a Segunda Turma já decidiu pela concessão de liberdade provisória em crimes de tráfico de drogas. Um exemplo seria o HC 98.103-RS²³⁸, em que o Ministro Joaquim Barbosa votou pela denegação da ordem, sendo, porém, vencido pelos votos dos demais colegas, ou ainda o HC 106963²³⁹ no qual os votos foram unânimes.

Destacamos, nesta quadra, o HC 100362-MC/SP do Supremo Tribunal Federal, julgado pelo Ministro Celso de Mello em 2009, em que é ressaltada a possível inconstitucionalidade da vedação abstrata da liberdade provisória em uma análise comparativa com o que foi decidido na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3112/DF, relativa ao Estatuto do Desarmamento²⁴⁰ que em seu artigo 21 vedava a concessão de liberdade provisória aos crimes previstos nos artigos 16, 17 e 18 do mesmo diploma legal.

Essa vedação apriorística de concessão de liberdade provisória, reiterada no art. 44 da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), tem sido repelida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que a considera incompatível, independentemente da gravidade objetiva do delito, com a presunção de inocência e a garantia do “due process”, dentre outros princípios consagrados pela Constituição da República.

²³⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus nº 103.399. Relator: Ministro Ayres Britto, publicado em 20 de agosto de 2010, disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>, acessado em 12 de outubro de 2011.

²³⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus nº 101.503. Relator: Ministro Ricardo Lewandowsky, publicado em 22 de outubro de 2010, disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>, acessado em 12 de outubro de 2011.

²³⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus nº 104.862. Relatora: Ministra Cármem Lúcia, publicado em 22 de agosto de 2011, disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>, acessado em 12 de outubro de 2011.

²³⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus nº 98.103. Relator original: Ministro Joaquim Barbosa, Relator para o acórdão: Ministro Eros Grau, publicado em: 24 de setembro de 2010, disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>, acesso em: 12 de outubro de 2011.

²³⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus nº 106.963. Relator: Ministro Ayres Brito, publicado em: 11 de outubro de 2011, disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>, acesso em: 12 de outubro de 2011.

²⁴⁰ Lei nº 10.826/2003. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.826.htm, disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>, acesso em 11 de novembro de 2011.

Foi por tal razão, como precedentemente referido, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 3.112/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, declarou a inconstitucionalidade do art. 21 da Lei nº 10.826/2003, (Estatuto do Desarmamento), em decisão que, no ponto, está assim ementada:

“(...) V - Insusceptibilidade de liberdade provisória quanto aos delitos elencados nos arts. 16, 17 e 18. Inconstitucionalidade reconhecida, visto que o texto magno não autoriza a prisão ‘ex lege’, em face dos princípios da presunção de inocência e da obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisão pela autoridade judiciária competente.”²⁴¹

Porém, devemos apontar alguns erros na linha de raciocínio do Ministro Celso de Mello. Em primeiro lugar, os crimes de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, comércio ilegal de arma de fogo e de tráfico internacional de arma de fogo não são hediondos ou equiparados, de forma que sobre tais delitos a Constituição da República não determinou qualquer tratamento diferenciado, ao contrário do que ocorreu com o tráfico de drogas.

O segundo erro do Ministro está em sua alegação de que a vedação apriorística da concessão de liberdade provisória tem sido repelida pelo Supremo Tribunal Federal. Tal afirmativa pode ser verdadeira quando relacionada a delitos como os previstos nos artigos 16, 17 e 18 do Estatuto do Desarmamento, que não tiveram qualquer presunção constitucional de grave periculosidade. Porém, quando se trata de crimes hediondos e equiparados, aos quais a Carta Magna determinou a inafiançabilidade, o Supremo Tribunal Federal, conforme demonstrado anteriormente, não demonstra consenso, com a Primeira Turma decidindo, de forma reiterada, pela impossibilidade de concessão de liberdade provisória, e a Segunda Turma apresentando, por vezes, entendimento diverso.

Prova da controvérsia deste assunto no Supremo Tribunal Federal é que em 2009 foi reconhecida a repercussão geral do tema²⁴², entretanto a questão ainda não foi apreciada pelo plenário.

Destarte, por todo o exposto neste capítulo, analisando a questão à luz da Constituição, buscando tanto os métodos clássicos como os atuais de interpretação, não há como afastar a constitucionalidade do artigo 44 da Lei nº 11.343/2006.

²⁴¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus nº 100362-MC/SP. Relator: Ministro Celso de Mello.

²⁴² PRISÃO PREVENTIVA - FLAGRANTE - TRÁFICO DE DROGAS - FIANÇA VERSUS LIBERDADE PROVISÓRIA, ADMISSÃO DESTA ÚLTIMA - Possui repercussão geral a controvérsia sobre a possibilidade de ser concedida liberdade provisória a preso em flagrante pela prática de tráfico de drogas, considerada a cláusula constitucional vedadora da fiança nos crimes hediondos e equiparados – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 601384 RG / RS. Relator: Ministro Marco Aurélio, publicado em: 29 de outubro de 2009, acesso em: 12 de outubro de 2011.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através do presente trabalho de conclusão de curso apresentamos as medidas cautelares pessoais da processualística penal brasileira, com destaque às prisões cautelares e ao instituto da liberdade provisória, classificando este último em liberdade provisória sem fiança e sem vinculação, liberdade provisória sem fiança e com vinculação, liberdade provisória com fiança e com vinculação e liberdade provisória proibida, sendo esta última de extrema importância para a análise da validade do artigo 44 da Lei nº 11.343/2006.

Para a melhor compreensão do tema, foi necessário retomar a polêmica que existiu com a vedação da liberdade provisória na Lei nº 8.072/90. O contexto histórico daquele período nos mostrou que havia uma demanda da sociedade por maior reprimenda à criminalidade.

Por muito tempo foi suscitada a constitucionalidade da proibição de liberdade provisória aos autores de crimes hediondos e equiparados até que, em 2007, a Lei nº 11.464/2007 suprimiu a vedação expressa contida no artigo 2º da Lei nº 8.072/90, de forma que a concessão de liberdade provisória nestes casos passou a ser aceita por muitos doutrinadores e operadores do direito. Porém, nos tribunais a questão ainda se manteve controversa, pois alguns magistrados consideravam que a própria inafiançabilidade dos delitos hediondos proibia a liberdade provisória.

No caso do crime de tráfico de drogas, além da questão da constitucionalidade que já era suscitada, foi alegada a revogação tácita, pela lei 11.464/2007, da proibição de liberdade provisória expressa no artigo 44, *caput*, da Lei nº 11.343/2006. Porém, conforme exposto, tal não procede, tendo em vista que a Lei nº 11.343/2006 é especial em relação à Lei nº 8.072/90.

Já quanto à inconstitucionalidade do dispositivo em relevo, realizamos um estudo minucioso acerca do tema e concluímos por sua constitucionalidade.

De fato, a própria Constituição prevê a possibilidade de a lei não admitir a liberdade provisória em determinados casos, deixando ao legislador a liberdade de determinar quais os requisitos para a concessão da mesma.

Desta forma, o legislador ordinário, seguindo a política da própria Carta Magna, que incluiu os crimes de tráfico de drogas entre aqueles de maior gravidade e, portanto, merecedores de maior reprimenda, e cumprindo sua função de criar

normas guiado pelos anseios da sociedade e visando o bem da coletividade, achou por bem incluir a vedação à liberdade provisória para os autores de delitos de tráfico de drogas.

Neste ponto, ressalta-se, ainda, que entre as vedações à liberdade provisória impostas na Lei dos Crimes Hediondos e na atual Lei Antidrogas houve um lapso de dezesseis anos, ao logo do qual a discussão acerca desta proibição foi constante. Ainda assim, o legislador optou por incluí-la na Lei nº 11.343/2006.

Esta opção legislativa foi de encontro à idéia de preservar interesses da coletividade, como a segurança, o bem estar social, a saúde e a ordem pública, sendo estes bens considerados mais relevantes no conflito com os valores individuais em risco.

É claro que quando se fala em valorar bens e interpretação de leis há sempre espaço para a discricionariedade, possibilitando leituras diferentes, fomentando novas pesquisas, trocas de idéias e discussões visando a contínua evolução do direito. Isto posto, resta afirmar que a presente interpretação é a que nos parece mais coerente com a ordem jurídica atual, protegendo o bem da coletividade. E, como bem sabemos, há de se preferir a melhor interpretação constitucional possível, ao invés de suprimir a lei.

Por fim, lembramos que a opção de decretação da prisão preventiva de uma pessoa presa em flagrante por tráfico de drogas não é algo arbitrário, aleatório. Especialmente após a recente reforma do Código de Processo Penal, tornou-se ainda mais cuidadoso o procedimento cautelar, de forma que o agente não será levemente enquadrado como autor de um crime de tráfico de drogas.

Entre a prisão em flagrante e a decretação da prisão preventiva há uma contínua apreciação dos indícios até então coletados. Em um primeiro momento, serão policiais militares, no mais das vezes, a realizar esta análise do tipo adequado, passando pelo Delegado de Polícia que ratificará ou não a prisão. Posteriormente, o Promotor de Justiça terá vista do auto de prisão em flagrante delito devendo, se interpretar como sendo crime de tráfico de drogas, pedir pela conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva. No entanto, será do Juiz o pronunciamento final, deferindo ou não a medida cautelar conforme acredite tratar-se de tráfico de drogas ou não.

Portanto, seja no plano da vigência da vedação da liberdade provisória aos crimes de tráfico de drogas, seja no viés de sua constitucionalidade, o artigo 44 da Lei nº 11.343/2006 permanece válido e deve ser aplicado.

REFERÊNCIAS

ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO MINAS GERAIS. *CPI do Narcotráfico: relatório final*. Belo Horizonte, 2001.

BARROS, Flaviane de Magalhães Barros, MACHADO, Felipe Daniel Amorim. *Prisão e Medidas Cautelares*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. rev., São Paulo: Saraiva, 2009.

BEMFICA, Thaís Vani. *Crimes Hediondos e Assemelhados: Questões Polêmicas*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de Processo Penal*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm, acesso em 04 de maio de 2011.

_____. *Relatório Brasileiro Sobre Drogas*. Brasília: SENAD, 2009. Disponível em <http://www.obid.senad.gov.br/portais/OBID/index.php>, acesso em 04 de maio de 2011.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 16. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Curso de Direito Penal*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Decreto-Lei nº 2.848/40. Código Penal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm, acesso em 10 de outubro de 2011.

Decreto-lei nº 4.657/42. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm, acesso em 09 de outubro de 2011.

FEITOZA, Denilson. *Direito Processual Penal: teoria, crítica e práxis*. 5. ed., Niterói: Impetus, 2008.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos: notas sobre a lei 8.072/90*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

JESUS, Damásio. *Lei Antidrogas Anotada: comentários à Lei n. 11.343/2006*. 10. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

LEAL, João José. *Crimes Hediondos: Aspectos Político-jurídicos da Lei nº 8.072/90*. São Paulo: Atlas, 1996.

Lei nº 3.689/1941. Código de Processo Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del3689.htm>, acesso em 10 de julho de 2011.

Lei nº 7.960/1989. Dispõe sobre prisão temporária. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm, acesso em 01 de agosto de 2011.

Lei nº 8.072/1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm, acesso em 14 de agosto de 2011.

Lei nº 9.099/1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9099.htm>, acesso em 25 de julho de 2011.

Lei nº 10.826/2003. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.826.htm, acesso em 11 de novembro de 2011.

Lei nº 11.343. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras

providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm, acesso em 20 de setembro de 2011.

Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm#art1, acesso em 21 de agosto de 2011.

MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de Processo Penal*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2009.

MENDES, Gilmar, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 27. ed., São Paulo: Atlas, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 11. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 16. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Habeas Corpus nº 103.658/SP, Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, publicado em 01 de dezembro de 2008, disponível em <http://www.stj.jus.br>, acessado em 25 de setembro de 2011.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Habeas Corpus nº 163.008/MS, Relator: Ministro Jorge Mussi, publicado em 28 de junho de 2010, disponível em <http://www.stj.jus.br>, acessado em 25 de setembro de 2011.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Habeas Corpus nº 189.298/SP, Relator: Ministro Adilson Vieira Macabu, publicado em 03 de agosto de 2011, disponível em <http://www.stj.jus.br>, acessado em 25 de setembro de 2011.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Habeas Corpus nº 193.060/SP, Relator: Ministro OG Fernandes, publicado em 19 de setembro de 2009, disponível em <http://www.stj.jus.br>, acessado em 25 de setembro de 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Habeas Corpus n° 92.880/GO, Relator: Ministro Joaquim Barbosa, publicado em 01 de agosto de 2008, disponível em <http://www.stf.jus.br/>, acessado em 25 de setembro de 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Habeas Corpus n° 93.886/SP, Relator: Ministro Carlos Britto, publicado em 20 de março de 2009, disponível em <http://www.stf.jus.br/>, acessado em 25 de setembro de 2011

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus n° 98.103/RS. Relator original: Ministro Joaquim Barbosa, Relator para o acórdão: Ministro Eros Grau, publicado em 24 de setembro de 2010, disponível em <http://www.stf.jus.br/>, acessado em 12 de outubro de 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus n° 100.362-MC/SP. Relator: Ministro Celso de Mello.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus n° 101.503/RJ. Relator: Ministro Ricardo Lewandowsky, publicado em 22 de outubro de 2010, disponível em <http://www.stf.jus.br/>, acessado em 12 de outubro de 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus n° 103. 399/SP. Relator: Ministro Ayres Britto, publicado em 20 de agosto de 2010, disponível em <http://www.stf.jus.br/>, acessado em 12 de outubro de 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus n° 104. 862/SC. Relatora: Ministra Cármem Lúcia, publicado em 22 de agosto de 2011, disponível em <http://www.stf.jus.br/>, acessado em 12 de outubro de 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus n° 106.963. Relator: Ministro Ayres Brito, publicado em: 11 de outubro de 2011, disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>, acesso em: 12 de outubro de 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n° 601.384 RG / RS. Relator: Ministro Marco Aurélio, disponível em <http://www.stf.jus.br/>, publicado em 29 de outubro de 2009, acessado em 12 de outubro de 2011.

ANEXOS

HC 98103 / RS - RIO GRANDE DO SUL

HABEAS CORPUS

Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA

Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU

Julgamento: 16/03/2010 Órgão Julgador: Segunda Turma

Publicação

DJe-179 DIVULG 23-09-2010 PUBLIC 24-09-2010

EMENT VOL-02416-02 PP-00407

RMDPPP v. 7, n. 38, 2010, p. 105-111

Parte(s)

PACTE.(S) : CESAR EGIDIO MAIOLI SARTORI OU CEZAR EGIDIO MAIOLI SARTORI

IMPTE.(S) : JOSUÉ FELIPE ALVES ALTREITER

COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ementa

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL, PROCESSUAL PENAL E CONSTITUCIONAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SEGREGAÇÃO CAUTELAR. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE SITUAÇÃO FÁTICA. LIBERDADE PROVISÓRIA INDEFERIDA COM FUNDAMENTO NO ART. 44 DA LEI N. 11.343. INCONSTITUCIONALIDADE: NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO DESSE PRECEITO AOS ARTIGOS 1º, INCISO III, E 5º, INCISOS LIV E LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. Liberdade provisória indeferida com fundamento na vedação contida no art. 44 da Lei n. 11.343/06, sem indicação de situação fática vinculada a qualquer das hipóteses do artigo 312 do Código de Processo Penal. 2. Entendimento respaldado na inafiançabilidade do crime de tráfico de entorpecentes, estabelecida no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição do Brasil. afronta escancarada aos princípios da presunção de inocência, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana. 3. Inexistência de antinomias na Constituição. Necessidade de adequação, a esses princípios, da norma infraconstitucional e da veiculada no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição do Brasil. A regra estabelecida na Constituição, bem assim na legislação infraconstitucional, é a liberdade. A prisão faz exceção a essa regra, de modo que, a admitir-se que o artigo 5º, inciso XLIII, estabelece, além das restrições nele contidas, vedação à liberdade provisória, o conflito entre normas estaria instalado. 4. A inafiançabilidade não pode e não deve --- considerados os princípios da presunção de inocência, da dignidade da pessoa humana, da ampla defesa e do devido processo legal --- constituir causa impeditiva da liberdade provisória. 5. Não se nega a acentuada nocividade da conduta do traficante de entorpecentes. Nocividade aferível pelos malefícios provocados no que concerne à saúde pública, exposta a sociedade a danos concretos e a riscos iminentes. Não obstante, a regra consagrada no ordenamento jurídico brasileiro é a liberdade; a prisão, a exceção. A regra cede a ela em situações marcadas pela demonstração cabal da necessidade

da segregação ante tempus. Impõe-se, porém, ao Juiz o dever de explicitar as razões pelas quais alguém deva ser preso ou mantido preso cautelarmente. Ordem concedida a fim de que o paciente seja posto em liberdade, se por al não estiver preso.

Decisão

Após o voto do Relator, que denegava a ordem, o feito foi adiado em virtude de pedido de vista do Senhor Ministro Eros Grau.

Ausente, licenciado, neste julgamento, o Senhor Ministro Celso de Mello. 2ª Turma, 09.02.2010.

Decisão: Concedida a ordem contra o voto do Relator. Redigirá o acórdão O Senhor Ministro Eros Grau.

Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Celso de Mello. 2ª Turma, 16.03.2010.

HC 106963 / MG - MINAS GERAIS

HABEAS CORPUS

Relator(a): Min. AYRES BRITTO

Julgamento: 27/09/2011 Órgão Julgador: Segunda Turma

Publicação

PROCESSO ELETRÔNICO

DJe-195 DIVULG 10-10-2011 PUBLIC 11-10-2011

Parte(s)

PACTE.(S) : DANIELE REZENDE BARBOSA

IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ementa

Ementa: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA INDEFERIDO PELO JUÍZO PROCESSANTE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. REITERADA JURISPRUDÊNCIA DESTE STF. DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS. ORDEM CONCEDIDA. 1. Em tema de prisão cautelar, a garantia da fundamentação importa o dever da real ou efetiva demonstração de que a segregação atende a pelo menos um dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal. Sem o que se dá a inversão da lógica elementar da Constituição, segundo a qual a presunção de não culpabilidade é de prevalecer até o momento do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. 2. O Supremo Tribunal Federal entende que a alusão à gravidade do delito ou o uso de expressões de mero apelo retórico não validam a ordem de prisão cautelar. O juízo de que a liberdade de determinada pessoa se revela como sério risco à coletividade só é de ser feito com base no quadro fático da causa e, nele, fundamentado o respectivo decreto prisional. Necessidade de demonstração do vínculo operacional entre a necessidade da segregação processual do acusado e o efetivo acautelamento do meio social. 3. O fato em si da inafiançabilidade dos crimes hediondos e dos que lhes sejam equiparados não tem a antecipada força de impedir a concessão judicial da liberdade provisória, submetido que está o juiz à imprescindibilidade do princípio tácito ou implícito da individualização da prisão (não somente da pena). A prisão em flagrante não pré-exclui o benefício da liberdade provisória, mas, tão-só, a fiança como ferramenta da sua obtenção (dela, liberdade provisória). 4. Ordem concedida para assegurar à paciente o direito de responder a ação penal em liberdade. Ressalvada a expedição de nova ordem de prisão, embasada em novos e válidos fundamentos.

Decisão

Habeas Corpus concedido para assegurar à paciente o direito de responder a ação penal em liberdade. Ressalvada a expedição de nova ordem de prisão, embasada em novos e válidos fundamentos, nos termos do voto do Relator. Decisão unânime.

Ausentes,
justificadamente, os Senhores Ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa. 2ª
Turma, 27.09.2011.

HC 101503 / RJ - RIO DE JANEIRO

HABEAS CORPUS

Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI

Julgamento: 10/08/2010 Órgão Julgador: Primeira Turma

Publicação

DJe-200 DIVULG 21-10-2010 PUBLIC 22-10-2010

EMENT VOL-02420-02 PP-00435

Parte(s)

PACTE.(S) : FLÁVIO MELLO DOS SANTOS

IMPTE.(S) : MARIANO DE MORAIS NUNES E OUTRO(A/S)

COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ementa

EMENTA: PENAL. PROCESUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. ART. 35 DA LEI 11.343/2006. LIBERDADE PROVISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. ART 5º, XLIII, DA CONSTITUIÇÃO. INAFIANÇABILIDADE. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL. PRISÃO CAUTELAR. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. NOVO TÍTULO A RESPALDAR A SEGREGAÇÃO DO PACIENTE. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. MATÉRIA NÃO SUSCITADA NO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. I - A superveniência de sentença condenatória torna prejudicado o exame do pedido referente ao excesso de prazo da prisão cautelar e à ausência de seus requisitos autorizadores. II - A proibição da liberdade provisória nos crimes hediondos e equiparados decorre da própria inafiançabilidade imposta pelo art. 5º, XLIII, da Constituição Federal à legislação ordinária. Precedentes. III - A alegação de que a custódia do paciente viola o princípio da presunção de inocência não foi submetida à apreciação do Tribunal a quo, o que impede seu exame por esta Corte sob pena de supressão de instância. IV - Habeas Corpus não conhecido.

Decisão

Por maioria de votos, a Turma não conheceu do pedido de habeas corpus, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. 1ª Turma, 10.08.2010.

HC 103399 / SP - SÃO PAULO

HABEAS CORPUS

Relator(a): Min. AYRES BRITTO

Julgamento: 22/06/2010 Órgão Julgador: Primeira Turma

Publicação

DJe-154 DIVULG 19-08-2010 PUBLIC 20-08-2010

EMENT VOL-02411-04 PP-00813

Parte(s)

PACTE.(S) : GEOVANI JOSÉ DA SILVA JUNIOR

IMPTE.(S) : LUCIANA APARECIDA AMORIM

COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ementa

EMENTA: HABEAS CORPUS. PACIENTE PRESO EM FLAGRANTE POR RECEPÇÃO (ART. 180 DO CP), POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (ART. 12 DA LEI 10.826/03) E TRÁFICO DE ENTORPECENTES E RESPECTIVA ASSOCIAÇÃO (ARTS. 33 E 35 DA LEI 11.343/06). PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA INDEFERIDO. OBSTÁCULO DIRETAMENTE CONSTITUCIONAL: INCISO XLIII DO ART. 5º (INAFIANÇABILIDADE DO DELITO DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES). JURISPRUDÊNCIA DA PRIMEIRA TURMA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ORDEM DENEGADA. 1. Se o crime é inafiançável e preso o acusado em flagrante delito, o instituto da liberdade provisória não tem como operar. O inciso II do art. 2º da Lei 8.072/90, quando impedia a "fiança e a liberdade provisória", de certa forma incidia em redundância, dado que, sob o prisma constitucional (inciso XLIII do art. 5º da CF/88), tal ressalva era desnecessária. Redundância que foi reparada pelo art. 1º da Lei 11.464/07, ao retirar o excesso verbal e manter, tão-somente, a vedação do instituto da fiança. 2. Manutenção da jurisprudência desta Primeira Turma, no sentido de que "a proibição da liberdade provisória, nessa hipótese, deriva logicamente do preceito constitucional que impõe a inafiançabilidade das referidas infrações penais: [...] seria ilógico que, vedada pelo art. 5º, XLIII, da Constituição, a liberdade provisória mediante fiança nos crimes hediondos, fosse ela admissível nos casos legais de liberdade provisória sem fiança" (HC 83.468, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence). 3. Correto esse entendimento jurisprudencial, na medida em que o título prisional em que o flagrante consiste opera por si mesmo; isto é, independentemente da presença dos requisitos do art. 312 do CPP. Há uma presunção constitucional de periculosidade da conduta protagonizada pelo agente que é flagrado praticando crime hediondo ou equiparado. A Constituição parte de um juízo apriorístico (objetivo) de periculosidade de todo aquele que é surpreendido na prática de delito hediondo, o que já não comporta nenhuma discussão. Todavia, é certo, tal presunção opera tão-somente até a prolação de eventual sentença penal condenatória. Novo título jurídico, esse, que há de ostentar fundamentação específica quanto à necessidade, ou não, de manutenção da custódia processual, conforme estabelecido no parágrafo único do art. 387 do CPP. Decisão, agora sim, a ser proferida com base nas coordenadas do art. 312 do CPP: seja para o

acautelamento do meio social (garantia da ordem pública), seja para a garantia da aplicação da lei penal. Isso porque o julgador teve a chance de conhecer melhor o acusado, vendo-o, ouvindo-o; enfim, pôde aferir não só a real periculosidade do agente, como também a respectiva culpabilidade, elemento que foi necessário para fazer eclodir o próprio decreto condenatório. 4. Isso não obstante, esse entendimento jurisprudencial comporta abrandamento quando de logo avulta a irregularidade do próprio flagrante (inciso LXV do art. 5º da CF/88), ou diante de uma injustificada demora da respectiva custódia, nos termos da Súmula 697 do STF ("A proibição de liberdade provisória nos processos por crimes hediondos não veda o relaxamento da prisão processual por excesso de prazo"). O que não é o caso dos autos. 5. Ordem denegada.

Decisão

A Turma indeferiu o pedido de habeas corpus, nos termos do voto do Relator. Unânime. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. 1ª Turma, 22.06.2010.

HC 104862 / SC - SANTA CATARINA

HABEAS CORPUS

Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA

Julgamento: 24/05/2011 Órgão Julgador: Primeira Turma

Publicação

DJe-160 DIVULG 19-08-2011 PUBLIC 22-08-2011

EMENT VOL-02570-02 PP-00257

Parte(s)

RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA

PACTE.(S) : MARCOS ANTÔNIO MIRANDA VIEIRA

IMPTE.(S) : CÉSAR CASTELLUCCI LIMA

COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ementa

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO EM FLAGRANTE POR SUPOSTA PRÁTICA DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. LIBERDADE PROVISÓRIA: INADMISSIBILIDADE. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. ALEGAÇÕES DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CAUTELAR IDÔNEA. SUPERVENIÊNCIA DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. NOVO TÍTULO PRISIONAL. PRISÃO MANTIDA POR NOVO FUNDAMENTO. PREJUÍZO DA IMPETRAÇÃO. HABEAS CORPUS PREJUDICADO. 1. A proibição de liberdade provisória, nos casos de crimes hediondos e equiparados, decorre da própria inafiançabilidade imposta pela Constituição da República à legislação ordinária (Constituição da República, art. 5º, inc. XLIII). Precedentes. 2. Indeferimento do eventual direito do Paciente de apelar em liberdade devidamente fundamentado na garantia da ordem pública, considerada a habitualidade criminosa e a possibilidade objetiva de reiteração delituosa, que não é desmentida pelos elementos constantes dos autos. 3. A superveniência de sentença penal condenatória com novo fundamento para a manutenção da prisão constitui novo título prisional, cuja apreciação não pode ser inaugurada neste Supremo Tribunal. Precedentes. 4. Habeas corpus prejudicado.

Decisão

A Turma julgou prejudicada a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Relatora. Unânime. Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. 1ª Turma, 24.5.2011.