

LAYS THEODORO LOPES

**LIBERDADE PROVISÓRIA NOS CRIMES DE  
TRÁFICO**

BACHARELADO EM DIREITO

FIC-MG

2011

LAYS THEODORO LOPES

# **LIBERDADE PROVISÓRIA NOS CRIMES DE TRÁFICO**

Monografia apresentada a banca examinadora da Faculdade de Direito, das Faculdades Integradas de Caratinga-FIC, como exigência parcial de obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do professor Almir Lugon.

FIC – CARATINGA

2011



Jesus encontra uma multidão reunida, e uma mulher pronta para ser apedrejada, e o que eu acho interessante é que essa multidão estava juridicamente amparada, ela foi pega em adultério e a lei era clara, que toda pessoa que fosse pega em adultério, merecia ser morta e diante de todos para que isso servisse de exemplo. (...) Jesus ao perceber a situação, faz justamente aquilo que incomodou na sua época, ele reinterpreta a lei, e acho fantástico que naquele momento enquanto aquela multidão estava amparada em seus motivos de matar e de ser injusta, Jesus chega na sua simplicidade oferece para aquela mulher apenas um olhar(...)

Padre Fábio de Melo

Agradeço a minha mãe por todo amor, carinho e apoio.

Dedico este trabalho ao meu Pai,  
sei que ele está sempre ao meu  
lado, minha riqueza, meu exemplo

## RESUMO

O presente tema tem como escopo a discussão sobre a inconstitucionalidade do artigo 44 da Lei nº 11.343/06, tomando como base o princípio jurídico da presunção de inocência em face do direito de liberdade do indivíduo. A Lei dos Crimes Hediondos, Lei 8.072/90, em seu art. 2º, II, passou a considerar insuscetíveis de liberdade provisória os crimes hediondos, a prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo. Todavia, com a vigência da Lei 10.826/03, Estatuto do Desarmamento, a discussão sobre a constitucionalidade da vedação legal da liberdade provisória adquiriu novo sentido em razão do disposto em seu art. 21, que passou a considerar insuscetíveis de liberdade provisória os crimes previstos nos arts. 16, 17 e 18, que tratam de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, comércio ilegal de arma de fogo e tráfico internacional de arma de fogo respectivamente. Contra essa vedação expressa, genérica e antecipada, foi ajuizada uma ação direta de inconstitucionalidade, na qual foi reconhecida a ofensa aos princípios constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal previsto na Constituição Federal, art. 5º, LVII e LIV. Neste mesmo contexto histórico, a Lei 11.343/06, em seu art. 44, dispôs que os crimes previstos em seus arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 são inafiançáveis e insuscetíveis de liberdade provisória, entre outros benefícios que também são expressamente vedados. Aumentando a polêmica sobre o assunto, a Lei 11.464/07, retirou a vedação do inciso II do art. 2º, da Lei 8.072/90, que proibia a concessão de liberdade provisória nos crimes hediondos e equiparados. Diante dessa previsão, e sendo o crime de tráfico de drogas equiparado a hediondo, surge o questionamento sobre a possibilidade de liberdade provisória nesses crimes, eis que sendo norma posterior teria derogado a Lei de Drogas. A manutenção da privação da liberdade antes do devido processo legal, importa na anulação do princípio da presunção de inocência, por não permitir a apreciação judicial de sua razoabilidade, necessidade e adequação.

**Palavras-chave:** Inconstitucionalidade; liberdade provisória; princípio da presunção de inocência; tráfico de drogas.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>09</b>
<b>CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS .....</b>	<b>11</b>
<b>CAPITULO I - A LIBERDADE PROVISÓRIA.....</b>	<b>17</b>
1.1 CONCEITO.....	17
1.2 RAÍZES HISTÓRICAS DO INSTITUTO.....	19
1.3 REQUISITOS PARA A CONCESSÃO.....	23
1.4 ESPÉCIES DE LIBERDADE PROVISÓRIA.....	24
1.4.1 Liberdade provisória sem fiança.....	24
1.4.2 Liberdade provisória com fiança.....	26
1.4.3 Medidas cautelares diversas da prisão.....	27
<b>CAPITULO II – PRISÕES CAUTELARES.....</b>	<b>31</b>
2.1 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS.....	32
2.1.1 Princípio da Presunção de Inocência.....	32
2.1.2 Princípio da Proporcionalidade.....	33
2.1.3 Princípio da Judicialidade e Motivação.....	33
2.1.4 Princípio da Provisoriedade.....	34
2.1.5 Princípio do Contraditório.....	35
2.1.6 Princípio da Provisionalidade.....	35
2.2 PRESSUPOSTOS E FUNDAMENTOS.....	36
<b>CAPITULO III - A LIBERDADE PROVISÓRIA NO TRÁFICO DE DROGAS.....</b>	<b>38</b>
3.1 BREVE INTRODUÇÃO AO TEMA.....	38
3.2 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À CONCESSÃO.....	40
3.2 DA POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO.....	44
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>62</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>66</b>



## INTRODUÇÃO

Com esta pesquisa pretende-se confrontar os princípios do devido processo legal, da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana, com a vedação legal da liberdade provisória prevista no artigo 44, da Lei de Drogas, Lei nº 11.343/06.

Com base nesses princípios percebe-se que as prisões cautelares devem ser a exceção, porquanto a liberdade se afigura como regra do ordenamento jurídico. Não se almeja com isso, a defesa da liberdade provisória a todos, mas sim àqueles que preencham todos os requisitos para sua concessão e com base nos princípios constitucionais.

Busca-se, ainda, a solução em torno da vedação da liberdade provisória aos crimes de tráfico de drogas prevista nos artigos 33, caput e § 1º, e 34 a 37 da Lei nº 11.343/06, uma vez que após a supressão do artigo 2º da Lei nº 8.072/90, pela Lei nº 11.464/07, retirando a vedação da liberdade provisória nos crimes hediondos e equiparados, a qual se inclui o tráfico de drogas. Diante desta controvérsia, o presente estudo pretende fornecer argumentos que viabilizem a pacificação do tema, demonstrando, ainda, como têm decidido os tribunais pátrios.

Assim demonstra-se neste trabalho, que a liberdade provisória passou a ser um eficaz instrumento social, garantidor da aplicação dos princípios constitucionais e da garantia a plena liberdade do cidadão, com base no art. 5º, inciso LXVI, da Constituição Federal.

Sob o ponto de vista acadêmico a presente pesquisa tem relevância no fato de contribuir para o aprofundamento do conhecimento sobre os princípios constitucionais que tratam liberdade provisória, e a apreciação judicial de sua razoabilidade, necessidade e adequação.

Analisaremos os institutos da liberdade provisória, com suas peculiaridades e características, bem como da fiança, que àquela está necessariamente atrelada, sob uma perspectiva legal e histórico-evolutiva de ambas.

Em seguida, teremos como objeto de exame as prisões cautelares, abordando os casos em que serão cabíveis e os princípios constitucionais inerentes para que não haja nenhum excesso, sendo a prisão a exceção e a liberdade a regra.

Tem-se então como marco teórico da presente pesquisa as idéias sustentadas por Alberto Silva Franco em seu livro “Crimes Hediondos”:

Por outro lado, não há possibilidade de confusão, em nível constitucional e, por via de consequência, na legislação ordinária entre os conceitos de liberdade provisória e fiança. O inciso LXVI do art. 5º. da Constituição Federal é de clareza solar: ‘ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, *com ou sem fiança*’. O texto constitucional deixa à mostra, para quem quiser ler que o instituto da liberdade provisória tem uma área de significado bem mais extensa do que a fiança, na medida em que guarda aplicabilidade em relação a infração penal que não comporta fiança. E nisso o legislador constituinte seguiu à risca a doutrina brasileira. Não obstante ocorra ‘a relação de gênero e espécie’ entre a liberdade provisória e a fiança, não há possibilidade de fundir ou confundir os dois conceitos. Daí ‘a possibilidade de concessão de liberdade provisória até mesmo nos casos em que a infração penal seja inafiançável’.<sup>1</sup>

Por fim analisaremos a liberdade provisória no delito de tráfico de drogas, os argumentos favoráveis e contrários à concessão, princípios inerentes, bem como a alteração pela Lei 12.403/2011.

---

<sup>1</sup> FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.456-457.

## CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

A liberdade provisória concede ao indivíduo o direito de aguardar em liberdade o transcorrer do processo até o trânsito em julgado da sentença, pode ser com ou sem fiança, encontra-se prevista na Constituição Federal e no Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 5º, LXVI, da Constituição Federal – ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.<sup>2</sup>

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Parágrafo único. Se 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 de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.<sup>3</sup>

A liberdade provisória é uma contracautela que substitui a custódia provisória, se destina a eliminar os danos ao direito de liberdade que poderiam originar-se da prisão cautelar. É um estado de liberdade, circunscrito em condições e reservas, que impede ou substitui a prisão cautelar, atual ou iminente.

Nas palavras do professor Mirabete:

[...] É, pois, um estado de liberdade que pode estar gravado nas condições e reservas que tornam precário e limitado o seu gozo. Tem a denominação de liberdade 'provisória' porque:

a) pode ser revogada a qualquer tempo, salvo no caso de não ser vinculada;

b) vigora apenas até o trânsito em julgado da sentença final que, se condenatória, torna possível a execução da pena e, se absolutória, transforma a liberdade em definitiva.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Vade Mecum**. 9. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 10.

<sup>3</sup> BRASIL. Código de Processo Penal. **Vade Mecum**. 9. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 641.

<sup>4</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 13. Ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 402.

A liberdade provisória deve ser analisada em um contexto mais amplo, destaca-se os princípios do devido processo legal, da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana, além do § 1º do artigo 5º da Constituição Federal, no sentido de que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Quanto à liberdade provisória na Lei de Drogas (Lei n. 11.343/2006), o artigo 44, dispõe: “Os crimes previstos nos artigos 33, *caput* e §1.º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de *sursis*, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.” Tal dispositivo nada mais fez do que reiterar a vedação da Lei 8.072/90, art. 2º, inciso II, em sua redação originária. A Lei 8.072/90 não inclui o crime de tráfico de drogas entre os por ela chamados de ‘hediondos’, sequer alterando-lhe a cominação de pena, mas se refere a ele por força do artigo 2º, apenas para efeitos processuais ou de execução (anistia, graça, indulto, fiança, liberdade provisória, livramento condicional). Considerando-o assim equiparado aos hediondos.

Com a vigência da Lei nº 10.826/2003, Estatuto do Desarmamento, a discussão adquiriu novo impulso em razão do disposto em seu art. 21, que passou a considerar insuscetíveis de liberdade provisória os crimes previstos nos arts. 16, 17 e 18, que tratam de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, comércio ilegal de arma de fogo e tráfico internacional de arma de fogo, respectivamente. Contra essa vedação expressa, genérica e antecipada, foi ajuizada uma ação direta de inconstitucionalidade, na qual foi reconhecida a ofensa aos princípios constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal previsto na Constituição Federal, art. 5º, LVII e LIV.

Em 28 de março de 2007, a Lei nº 11.464, deu nova redação ao art. 2º da Lei 8.072/1990, e retirou a vedação antes expressa no inciso II do art. 2º, que proibia a concessão de liberdade provisória nos crimes mencionados. O dispositivo continha o seguinte teor:

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

## II – fiança e liberdade provisória.<sup>5</sup>

No entanto retirando a proibição genérica, *ex lege*, de liberdade provisória, em se tratando de crimes hediondos, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo, a Lei derogou o art. 44 da Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas), de maneira que a vedação antecipada e genérica ao benefício da liberdade provisória não pode subsistir no ordenamento jurídico vigente.

A manutenção da privação da liberdade, antes do devido processo legal, importa na anulação do princípio da presunção de inocência, por não permitir a apreciação judicial de sua razoabilidade, necessidade e adequação.

O princípio da presunção de inocência, ou da não culpa, é uma das mais importantes garantias constitucionais, constantes na Carta de 1988, pois é em razão dele que o cidadão acusado em um processo criminal, assume a sua posição de sujeito de direito na relação processual. De acordo com o previsto no art. 5º, LVII da Constituição Federal de 1988, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”<sup>6</sup>, assim a manutenção da privação da liberdade antes do devido processo legal, importa a anulação deste princípio.

À luz do princípio da “presunção de inocência”, as prisões decretadas anteriormente à condenação só se justificam como medida excepcional, a ser decretada apenas quando a liberdade do acusado for impeditiva do bom andamento do processo. Do mesmo modo não se admite qualquer forma de prisão cautelar aplicada como antecipação da punição.

Diante da alteração trazida pela Lei nº 11.464/2007 permitindo a liberdade provisória na Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90), que é posterior à Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006), surgem duas posições. A primeira considera que a Lei de Drogas é especial em relação à Lei de Crimes Hediondos, assim, persiste a vedação à liberdade provisória nos casos mencionados no artigo 44 da Lei de Drogas, não sendo relevante a inovação trazida pela Lei nº 11.464/2007. Justificam, ainda, a manutenção da vedação ao benefício através da inafiançabilidade prevista pela Constituição Federal a esses crimes, consoante se infere do artigo 5º, inciso LXIII. É a posição que vem sendo adotada de forma minoritária no STF:

---

<sup>5</sup> BRASIL. **Lei 8.072**, de 25 de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm)>. Acesso em: 24 abril 2011.

<sup>6</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Vade Mecum**. 9. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 10.

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL. PRISÃO EM FLAGRANTE POR TRÁFICO DE DROGAS. LIBERDADE PROVISÓRIA: INADMISSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. 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. O art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90 atendeu ao comando constitucional, ao considerar inafiançáveis os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos. Inconstitucional seria a legislação ordinária que dispusesse diversamente, tendo como afiançáveis delitos que a Constituição da República determina sejam inafiançáveis.<sup>7</sup>

Concluindo:

Desnecessidade de se reconhecer a inconstitucionalidade da Lei n. 11.464/07, que, ao retirar a expressão 'e liberdade provisória' do art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90, limitou-se a uma alteração textual. A proibição da liberdade provisória decorre da vedação da fiança, não da expressão suprimida, a qual, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, constituía redundância. Mera alteração textual, sem modificação da norma proibitiva de concessão da liberdade provisória aos crimes hediondos e equiparados, que continua vedada aos presos em flagrante por quaisquer daqueles delitos. 2. A Lei n. 11.464/07 não poderia alcançar o delito de tráfico de drogas, cuja disciplina já constava de lei especial (Lei n. 11.343/06, art. 44, caput), aplicável à espécie vertente. 3. Irrelevância da existência, ou não, de fundamentação cautelar para a prisão em flagrante por crimes hediondos ou equiparados: Precedentes.<sup>8</sup>

A segunda posição defende que a Lei nº 11.464/2007, ao excluir dos crimes hediondos e equiparados a vedação à liberdade provisória, sendo posterior à nova Lei de Drogas, revogou, tacitamente, o artigo 44 desta lei, que proibia o benefício aos crimes lá relacionados. Adepto desse entendimento Luiz Flávio Gomes utiliza o critério da cronologia para revolver o conflito.

Ademais, à época da edição da Lei nº 8.072/90, que vedava a progressão de regime para os crimes hediondos, a doutrina e a jurisprudência afirmavam que a vedação era aplicável ao crime de tráfico de drogas, regulado pela Lei 6.368/76, por

---

<sup>7</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 103715**. Relatora Ministra Carmem Lúcia. Publicado em 24 de março de 2011. Acesso em: 24 de abril de 2011.

<sup>8</sup> Idem.

ser norma posterior, desconsiderando o seu caráter especial. Ora, para aumentar o rigor punitivo utilizava-se o critério da cronologia das leis, devendo-se manter a congruência do raciocínio jurídico para aplicá-lo, agora, de forma a conferir o benefício da liberdade provisória aos acusados de crime tráfico de drogas.

A liberdade provisória deve ser analisada em um contexto mais amplo. Destaca-se os princípios do devido processo legal, da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana, além do § 1º do artigo 5º da Constituição Federal, no sentido de que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Deve-se atentar, ainda, que a vedação legal da liberdade provisória fere os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da presunção de inocência, da ampla defesa e do devido processo legal, porquanto retira a liberdade do acusado antes mesmo de aferir a sua culpa no ilícito penal.

Neste sentido se posiciona o Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - TRÁFICO DE DROGAS - PRISÃO EM FLAGRANTE - LIBERDADE PROVISÓRIA - VEDAÇÃO LEGAL - AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA - HABEAS CORPUS CONCEDIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM - ACÓRDÃO MANTIDO COM BASE NA JURISPRUDÊNCIA DA SEXTA TURMA DESTA CORTE - 1- Inexistindo divergência na Sexta Turma deste Tribunal quanto à possibilidade de concessão de liberdade provisória a acusado de crime hediondo ou equiparado, nas hipóteses em que não estejam presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, não há razão para modificar a decisão agravada, que deve ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos. 2- Agravo regimental a que se nega provimento.<sup>9</sup>

No mesmo sentido está a jurisprudência do STF

1. A jurisprudência desta Corte está sedimentada no sentido de que a gravidade do crime não justifica, por si só, a necessidade da prisão preventiva. Precedentes. 2. A referência hipotética à mera possibilidade de reiteração de infrações penais, sem nenhum dado concreto que lhe dê amparo, não pode servir de supedâneo à prisão preventiva. Precedente. 3. A vedação da concessão de liberdade provisória ao preso em flagrante por tráfico de entorpecentes, veiculada pelo artigo 44 da lei n. 11.343/06, consubstancia afronta escancarada aos princípios da presunção da inocência, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana [arts. 1º, III, e 5º, LIV e LVII, da CB/88]. Daí a necessidade de adequação desses princípios à norma veiculada no artigo 5º, inciso XLII, da CB/88. 4. A

---

<sup>9</sup> BRASIL. Superior Tribunal Justiça. **AgRg-REsp 995.624**. Relator Min. Og Fernandes. Publicado em 04 de abril de 2011. Acesso em: 24 de abril de 2011.

inafiançabilidade, por si só, não pode e não deve constituir-se em causa impeditiva da liberdade provisória.<sup>10</sup>

Prossegue a mesma jurisprudência afirmando:

5. Não há antinomia na Constituição do Brasil. Se a regra nela estabelecida, bem assim na legislação infraconstitucional, é a liberdade, sendo a prisão a exceção, existiria conflito de normas se o artigo 5º, inciso XLII estabelecesse expressamente, além das restrições nele contidas, vedação à liberdade provisória. Nessa hipótese, o conflito dar-se-ia, sem dúvida, com os princípios da dignidade da pessoa humana, da presunção de inocência, da ampla e do devido processo legal. 6. É inadmissível, ante tais garantias constitucionais, possa alguém ser compelido a cumprir pena sem decisão transitada em julgado, além do mais impossibilitado de usufruir benefícios da execução penal. A inconstitucionalidade do preceito legal é inquestionável. Ordem concedida a fim de que a paciente aguarde em liberdade o trânsito em julgado da sentença condenatória.<sup>11</sup>

Concluindo a Lei de Tóxicos acabou por não resolver o problema das drogas e o que é pior, esse mal tem piorado muito. Procurando então reprimir o tráfico, que o legislador vedou a concessão da liberdade provisória. No Processo Penal Cautelar e na Prisão Cautelar, destaca-se que somente através de um processo é possível impor uma pena a alguém que tenha praticado um crime ferindo assim o princípio da presunção de inocência. A prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória é medida excepcional e somente deverá ocorrer quando necessária.

Pelo todo exposto analisa-se neste trabalho se a vedação legal da liberdade provisória nos crime de trafico de drogas, disposta no artigo 44, Lei nº 11.343, fere o princípio da presunção de inocência.

---

<sup>10</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 100872**. Relator Min. Eros Grau. Publicado em 30 de abril de 2010. Acesso em: 24 de abril de 2011.

<sup>11</sup> Idem.



## CAPITULO 1 - A LIBERDADE PROVISÓRIA

### 1.1 – CONCEITO

A liberdade provisória é concedida ao individuo para que ele tenha o direito de aguardar em liberdade o transcorrer do processo mas, restringe direitos do acusado e impõe diversos deveres processuais. A liberdade provisória possui natureza de medida cautelar. Segundo Távora e Alencar liberdade provisória:

[...] é um estado de liberdade, circunscrito em condições e reservas, que impede ou substitui a prisão cautelar, atual ou iminente. É uma forma de resistência, uma contracautela, para garantir a liberdade ou a manutenção da mesma, ilidindo o estabelecimento de algumas prisões cautelares. A Constituição assegura que ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir liberdade provisória, com ou sem fiança. É um direito, e não um favor.<sup>12</sup>

Mirabete também destaca a possibilidade do instituto em impedir a prisão ao afirmar que a liberdade provisória “substitui a custódia provisória, atual ou iminente, com ou sem fiança”.<sup>13</sup>

Para José Frederico Marques:

[...] a liberdade provisória é uma medida cautelar em prol da liberdade pessoal do réu ou indiciado, no curso do procedimento admitida, para fazer cessar prisão legal do acusado, ou para impedir a detenção deste em casos em que o cárcere *ad custodiam* é permitido. Como tal, assegura a liberdade pessoal do indiciado ou réu mediante restrições e ônus impostos àqueles que a obtêm.<sup>14</sup>

Paulo Rangel enfatiza que “a liberdade provisória é um direito que não pode ser negado se estiverem presentes os motivos que a autorizam”<sup>15</sup>.

O Código de Processo Penal, na nova redação dada pela lei 12.403/2011, em seu artigo 321, diz que:

Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as

---

<sup>12</sup>TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 3.ed. Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 523.

<sup>13</sup>MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 402.

<sup>14</sup>MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Forense, 1965. v. IV, p.41.

<sup>15</sup>RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007, p.659.

medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código.<sup>16</sup>

E em seu artigo 310, inciso III, *in verbis*

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

**III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.**<sup>17</sup> (grifos nossos)

Após o flagrante, o juiz deverá homologá-lo ou relaxar a prisão caso haja alguma ilegalidade. Se o flagrante for homologado o juiz deverá fundamentadamente decretar a prisão preventiva com fulcro nos requisitos do artigo 312, que dizem respeito à garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, para assegurar a aplicação da lei penal, ou quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria. Se ausentes os requisitos concederá a liberdade provisória com ou sem fiança.

O fundamento constitucional da liberdade provisória está inserido em seu art. 5º, LXVI, segundo qual “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”<sup>18</sup>, atentando-se também para o princípio da presunção de inocência disposto no art. 5º, inciso LVII, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”<sup>19</sup>.

A liberdade provisória perdura até que ocorra o descumprimento de alguma das condições impostas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, ou até que transite em julgado a sentença. Se a sentença for condenatória o réu dará início ao cumprimento da pena, se for absolutória tornará a liberdade definitiva.

---

<sup>16</sup>BRASIL. Lei 12.403, de 04 de maio de 2011. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm)>. Acesso em: 06 de agosto de 2011.

<sup>17</sup>BRASIL. Lei 12.403, de 04 de maio de 2011. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm)>. Acesso em: 06 de novembro de 2011.

<sup>18</sup>BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Vade Mecum**. 9. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 10.

<sup>19</sup> Ibdem.

## 1.2 - RAÍZES HISTÓRICAS DO INSTITUTO

O instituto da liberdade provisória esteve ligado desde o início à exigência de comparecimento do acusado ao processo, ante ao receio de eventual fuga, razão pela qual eram necessárias garantias para a concessão da liberdade. A supressão da liberdade antes de proferida a decisão penal condenatória, bem como a sua concessão, após a prisão em flagrante, verifica-se desde o princípio da sociedade politicamente organizada, sendo constatadas tanto em Atenas, como em Roma.

A análise de registros históricos permite concluir que a primeira modalidade de garantia exigida pelo Estado foi a caução fidejussória, consistente na apresentação de fiadores, os quais assumiriam a responsabilidade de apresentar o réu no dia do julgamento, sob pena de perderem a quantia previamente depositada e de serem responsabilizados criminalmente, no caso de conveniência com o acusado, se houver condenação.

Já à época das Ordenações Afonsinas, em meados do século XIV, o Brasil já dispunha de diversos instrumentos para a obtenção da liberdade provisória, quais sejam as cartas de seguro, homenagem, palavra de fiéis carcereiros e fiança, de natureza fidejussória, por meio das quais era garantida a apresentação do preso no dia do julgamento. A liberdade provisória neste tempo constituía uma exceção à regra da prisão, concedida mediante certas garantias, não sendo um direito do preso, tal como é hoje, mas uma mera faculdade do Poder Público.

A Constituição do Império, de 1824, não contemplou qualquer outra modalidade de liberdade provisória que não a fiança:

Ainda com culpa formada, ninguém será conduzido á prisão, ou nella conservado estando já preso, se prestar fiança idonea, nos casos, que a Lei aadmitte: e em geral nos crimes, que não tiverem maior pena, do que a de seis mezes de prisão, ou desterro para fóra da Comarca, poderá o Réo livrar-se solto.<sup>20</sup>

Em 1932 foi promulgado o Código de Processo Criminal de Primeira Instância que pôs fim às dúvidas acerca da revogação das demais modalidades de obtenção

---

<sup>20</sup>BRASIL. **Constituição do Império de 1824**, Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm)> Acesso em 23 de outubro de 2011.

de liberdade no curso do processo, sendo a fiança a única cabível, já transformada, então, de garantia fidejussória em garantia real.

Como exceção à regra geral da prisão, o artigo 100 daquele diploma processual previa que o réu podia livrar-se solto independentemente do pagamento de fiança nos casos de crimes para os quais não era prevista pena de prisão superior a 6 (seis) meses ou desterro para fora da comarca.

Portanto, já nesta época era prevista a hipótese em que o *livramento* se dava para o réu solto, ou seja, para aquele cujo delito não se impunha custódia imediata, não obstante o aprisionamento e a lavratura do flagrante, em face da pequena pena cominada, que indicava a menor reprovabilidade da conduta.

Cumprе colacionar, por oportuno, que o termo livramento acima empregado não revela contradição, como explica Pacelli de Oliveira:

[...] o livramento ali indicado, longe de revelar qualquer contradição em termos, refere-se à culpa decorrente do fato imputado ao acusado. Assim, e bem por isso, é perfeitamente possível afirmar-se que o réu tanto se livraria (da culpa) solto, em algumas hipóteses, quanto preso, fosse provisoriamente, fosse em decorrência de sentença condenatória definitiva.<sup>21</sup>

As prisões sustentavam-se, assim, em juízos de antecipação de culpabilidade, de uma presunção de culpa de quem fosse preso em flagrante delito, constituindo ônus do imputado a busca do livramento da culpa, já anunciada. Desse modo, admitia-se que até mesmo os inocentes deveriam se livrar da culpa, tão somente porque indiciados.

O Código de Processo Penal de 1941, instituído pelo Decreto-Lei nº 3.689, cuja gênese deu-se durante a ditadura getulista, teve como referencial o Código Penal Italiano de 1930, que bem serviu ao regime fascista então vigorante e, dessa maneira, ao incorporar em seu espírito os ditames e o ideário oriundo de tais regimes, marcadamente autoritaristas, terminou por somente permitir a liberdade mediante afiançamento, salvo se presente excludente de ilicitude, na forma de seu artigo 310. Também continha em sua redação dispositivos em que era aplicada a prisão preventiva, conforme a pena de seu crime.

---

<sup>21</sup>OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Regimes constitucionais da liberdade provisória**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.45.

O diploma Processual Penal, assim, não inovou quanto à liberdade provisória, mantendo a tradição da legislação colonial e imperial, de modo que a restituição da liberdade do aprisionado em flagrante somente estava autorizada mediante apresentação de fiança, consistente no depósito de dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, títulos da dívida pública ou em hipoteca (artigo 330), cuja perda, parcial, será decretada na hipótese de descumprimento de qualquer das condições estipuladas por ocasião da soltura (quebramento) e no seu valor integral, quando, condenado, o réu não se apresentar à prisão (artigos 341 e 344).

A fiança, somente era cabível em caso de imputação de certos delitos, com menor apenação e, por isso, de menor gravidade. Consequência: se afiançável o crime, prestada a fiança, o réu era posto em liberdade provisória, devendo cumprir algumas exigências; se inafiançável o crime, como regra, o réu permanecia preso até o julgamento final.

A rigidez do sistema processual retratado, no que se refere ao tema em estudo, sofreu a primeira alteração em 1973, com a Lei 5.941, quando houve flexibilização e se permitiu ao réu primário e de bons antecedentes a interposição, em liberdade, de recurso de apelação (artigo 594) e de recurso contra a decisão de pronúncia (artigo 408), cabíveis, até então, somente para o afiançado.

Muito embora seja indubitável a flexibilização, a Lei trouxe grande contradição ao sistema, autorizando a liberdade de quem já fora condenado, enquanto não se concedia a garantia ao mesmo réu aprisionado em flagrante, primário e de bons antecedentes, quando inexistente apreciação judicial acerca da imputação.

Desta forma, não houve grande evolução com a Lei 5.941/73, o que somente viria a ocorrer em 1977, com a entrada em vigor da Lei 6.416, que imprimiu relevante alteração no instituto em comento, com exigência de fundamentação cautelar como único instrumento hábil a legitimar a prisão anterior à decisão transitada em julgado, ao inserir o parágrafo único no artigo 310, *in verbis*: “Igual procedimento será adotado quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (arts. 311 e 312)”<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup>BRASIL. **Lei 6.416**, de 24 de maio de 1977. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6416.htm#art310p](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6416.htm#art310p)>. Acesso em: 06 de novembro de 2011.

A expressão “igual procedimento” refere-se, logicamente, ao que consta no *caput* do referido dispositivo legal, que estabelece que o juiz *deve* conceder a liberdade provisória ao constatar, pelo auto de prisão em flagrante, ter o agente praticado fato criminoso amparado por excludente da ilicitude, apesar de constar da redação do artigo a expressão *poderá*. Não se trata de mera faculdade do juiz, mas sim de um dever se presentes os motivos que ensejam a medida, de modo que o agente tem direito de aguardar o julgamento em liberdade.

A Lei 6.416/77 rompeu o sistema codificado no que tange a uma das mais significativas funções da prisão em flagrante, que até então era utilizada como antecipação da culpabilidade.

O crime ser ou não afiançável torna-se questão sem relevância alguma para a concessão do direito. A liberdade provisória, a partir de então, passa a ser um direito subjetivo processual, cabível para qualquer tipo de crime, independentemente da sua gravidade, diferentemente da fiança, somente possível para crimes mais leves.

Assim, tem-se que o preso em flagrante tão somente será mantido sob custódia se, pelo exame do auto de prisão em flagrante, constatar-se a ocorrência de razões que autorizem a decretação de sua prisão preventiva (artigo 312 do Código de Processo Penal). A prisão cautelar, conseqüentemente, passa a constituir exceção no nosso sistema processual penal.

O advento da Constituição Federal de 1988, impregnada de garantias, sobretudo com enfeixe sobre aqueles que se encontram sujeitos à persecução criminal, com destaque para a presunção a inocência, terminou por afastar o ideário inquisitivo vigente quando da elaboração do Código de Processo Penal, alçando à condição de regra, aquilo que era, anteriormente exceção, a liberdade.

Nessa esteira de considerações, conclui-se que a privação da liberdade é medida excepcional, dependendo sempre de motivação idônea da autoridade judicial competente, apta a justificar a segregação em concretos elementos de convicção, sem esquecer-se das bases constitucionais.

As modificações do sistema geral de prisões no Brasil chegam então ao ápice, com a Lei 12.403/11, que, atendendo a uma questão discutida em vários setores da sociedade civil, cria uma série de alternativas ao juiz com inúmeras medidas cautelares diversas da prisão, concedendo a liberdade provisória atrelada ou não às medidas cautelares quando não estiverem previstos os requisitos

constantes no art. 312, conforme disposto no artigo 310, ambos do Código de Processo Penal.

Essas modificações trazidas pela Lei 12.403/11, corrigiram distorções em relação a fiança, passando a revalorizá-la, e trazendo com elas outras medidas cautelares alternativas à prisão. Como consequência restringindo mais à aplicação da prisão cautelar.

### 1.3 REQUISITOS PARA A CONCESSÃO

De acordo com o artigo 310 da Lei 12.430/11, o juiz deverá ao receber o auto de prisão em flagrante, relaxar a prisão ilegal; ou converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Nota-se que será concedida a liberdade provisória se a prisão, primeiramente, for legal de acordo com o artigo 306 do Código de Processo Penal, que segue:

“Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

§ 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

§ 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas.”<sup>23</sup>

O relaxamento de prisão tem guarida constitucional, conforme artigo 5º, inciso LXV, da Constituição Federal de 1988, e tem cabimento quando houver alguma ilegalidade ou vício na efetivação ou formalização da prisão em flagrante delito, sendo o conduzido liberado.

Após o juiz deverá analisar os fundamentos da prisão preventiva nos termos do artigo 312 da lei 12.403/11, que são, a garantia da ordem pública, a garantia da aplicação da lei penal, e conveniência da instrução criminal. Esses requisitos

---

<sup>23</sup>BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del3689.htm>>. Acesso em: 06 de novembro de 2011.

deverão ter demonstração concreta e firme de que tais condições realmente existem.

Ausentes tais requisitos o juiz deverá conceder a liberdade provisória, cumulada ou não com medidas cautelares previstas no artigo 329 e os critérios previstos no artigo 282, de acordo com o artigo 321 todos da lei 12.403/11.

#### 1.4 - ESPÉCIES DE LIBERDADE PROVISÓRIA

A Lei 12.403/11 estabeleceu dois regimes de liberdade provisória no Código de Processo Penal, classifica-se em com fiança e sem fiança. Como medida cautelar, toda liberdade provisória será vinculada, devendo o réu cumprir determinados deveres sob pena de revogação e voltar ao cárcere além de outras medidas cautelares que poderão ser cumuladas

##### 1.4.1 - Liberdade provisória sem fiança

A liberdade provisória sem fiança é cabível após a prisão em flagrante, quando inadequada ou incabível a preventiva, com a imposição de qualquer outra medida cautelar, por julgar o juiz, desnecessária a fiança.

O artigo 310 do Código de Processo Penal, dispõe que, o magistrado, ao receber o auto de prisão em flagrante deverá fundamentadamente, caso não haja o relaxamento da prisão ilegal e não verificar a ocorrência de quaisquer das razões que autorizam a decretação da prisão preventiva (artigo 312 do Código de Processo Penal), conceder liberdade provisória. Nesta hipótese pode haver a concessão da liberdade provisória, impondo-se ao beneficiário as cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

Pela regra do art. 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal, caberá a liberdade provisória quando o réu tiver cometido o delito previsto no artigo 23 do Código Penal, *in verbis*:

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:  
I - em estado de necessidade;  
II - em legítima defesa;



III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.<sup>24</sup>

Constatando o magistrado que o infrator atuou amparado por uma excludente da ilicitude, deverá conceder, liberdade provisória, sem necessidade de pagamento de fiança, já que, provavelmente, apesar de ser o fato típico, não será ilícito e, assim, não haverá crime a ser punido. Neste caso, o beneficiado apenas deverá se comprometer a comparecer para todos os atos do inquérito e do processo, para os quais seja devidamente intimado. Neste caso teremos a liberdade provisória sob o vínculo mais tênue, que consistirá somente no comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.

Quando se tratar de crime afiançável, e a situação econômica de penúria do réu indicar a necessidade, poderá também ser dispensado o recolhimento da fiança nos termos do art. 350 do Código de Processo Penal.

No âmbito dos Juizados Especiais há mais uma hipótese em que o réu livrar-se-á solto. Conforme prevê a Lei 9.099/95 “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”<sup>25</sup>.

O Código de Trânsito Brasileiro prevê, também, situação em que não haverá prisão em flagrante ao dispor que “ao condutor de veículo, nos casos de acidentes de trânsito de que resulte vítima, não se imporá a prisão em flagrante, nem se exigirá fiança, se prestar pronto e integral socorro àquela”<sup>26</sup>

A liberdade provisória sem fiança poderá ser vinculada também às medidas do artigo 319 do Código de Processo Penal, sem precisar o réu de realizar um implemento pecuniário.

A regra é que o agente permaneça em liberdade durante todo o processo penal, de modo que o acusado despojado de sua liberdade em função do flagrante, a readquire desde que não ocorra nenhuma das hipóteses autorizadoras da prisão preventiva (garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da

---

<sup>24</sup>BRASIL, **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de Dezembro de 1940. Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 06 de novembro de 2011.

<sup>25</sup>BRASIL, **Lei 9.099**, de 26 de setembro de 1995. Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm)>. Acesso em: 06 de novembro de 2011.

<sup>26</sup>BRASIL, **Lei 9.503**, de 23 de setembro de 2007. Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm)>. Acesso em: 06 de novembro de 2011.

instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal), ou descumpra nenhuma das medidas cautelares impostas ao mesmo.

Vale ressaltar que a inafiançabilidade proibirá apenas a concessão de liberdade provisória com fiança, não havendo também qualquer proibição à aplicação de outras medidas cautelares do artigo 319 do Código de Processo Penal. Sendo assim se o magistrado não entender cabível a decretação ou conversão da prisão preventiva, é possível a concessão de liberdade provisória sem fiança, aplicando isolada ou cumulativamente, as medidas cautelares alternativas à prisão.

#### 1.4.2 - Liberdade provisória com fiança

A fiança será aplicada como forma de vincular o acusado ao processo. O valor será depositado para garantir que o réu não se ausentará e ainda que cumprirá os deveres processuais que lhe são previstos, inclusive o de não voltar a cometer novos delitos, conforme artigo 319, inciso VIII, do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:  
VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;<sup>27</sup>

Alem disso deverá também ser observado o artigo 281, inciso I, do Código de Processo Penal, assegurando o comparecimento do mesmo a todos os atos do processo.

Com a alteração do Código de Processo Penal, em seu artigo 341, inciso II, poderá haver quebra da fiança, quando o acusado deliberadamente praticar atos de obstrução ao andamento do processo.

A fiança poderá ser prestada conforme o artigo 334 do Código de Processo Penal, que diz que enquanto não transitar sentença penal condenatória. Podendo ser mantida enquanto houver necessidade, devendo o magistrado a substituir ou revogar quando verificar motivo para que subsista ou poderá decretá-la novamente, nos termos do artigo 282, §5º do Código de Processo Penal.

---

<sup>27</sup>BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del3689.htm>>. Acesso em: 06 de novembro de 2011.

A liberdade provisória com fiança somente será cabível nas infrações afiançáveis. Sendo então de acordo com a Lei 12.403/11, inafiançáveis os crimes previstos no artigo 323 e 324, os demais serão suscetíveis de fiança.

Segundo a nova redação do Código de Processo Penal, em seu artigo 322, *caput*, o delegado poderá conceder fiança nos casos de infração afiançável, cuja pena privativa de liberdade não seja superior a quatro anos. A autoridade policial tem até vinte e quatro horas após a realização da prisão para, encaminhar ao juiz competente o auto de prisão em flagrante devendo no momento da comunicação já ter decidido sobre o cabimento ou não da fiança e o seu valor. Devendo com base no artigo 132 da instrução normativa 11 do Superintendente da Polícia Federal, fundamentar em caso de indeferimento da fiança. Embora o artigo 335 do Código de Processo Penal, diga que o réu em caso de omissão ou negativa do delegado prestará a fiança mediante simples petição ao juiz competente, na verdade, o que ocorre é o pedido de liberdade provisória mediante fiança ao magistrado.

Já nas penas superiores a quatro anos a concessão de fiança é de competência exclusiva do juiz, que poderá concedê-la no prazo de 48 horas, nos termos do artigo 322, parágrafo único. Não podendo então o magistrado impor a liberdade provisória com fiança de ofício, durante a fase do inquérito.

#### 1.4.3 – Medidas cautelares diversas da prisão

A alteração da lei 12.403/11 no Código de Processo Penal ampliou o rol de medidas cautelares, que dão ao juiz uma variedade de opções que podem substituir a prisão cautelar. Medidas essas que estão previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, que são o comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; suspensão do exercício de função pública ou de

atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; e monitoração eletrônica.

Serão aplicadas tais medidas para neutralizar o *periculum in mora* ou *periculum libertatis*, ou seja, o risco à ordem pública à conveniência da instrução criminal, e o risco de fuga. Evitando-se assim a decretação da prisão preventiva, sendo esta decretada somente em *ultima ratio*, tornando-a medida excepcional.

Além disso deve-se observar a existência de prova de materialidade e indícios de autoria, preenchendo o requisito do *fumus comissi delicti*, pois ausente tal requisito, não é possível aplicar medidas cautelares alternativas nem a prisão preventiva. Cabe destacar que o *fumus comissi delicti* deverá estar acompanhado do *periculum libertatis* para a aplicação das medidas cautelares e da prisão preventiva.

As medidas cautelares podem ser aplicadas isoladas ou cumulativamente adaptando-se ao caso concreto, de acordo com o bom senso e o critério do magistrado. Admitindo assim o princípio da adaptabilidade, que conforme José R. dos Santos Bedaque trata-se de “adaptar a própria prestação jurisdicional e seus instrumentos ao objetivo desejado. Como este varia em cada situação apresentada ao órgão jurisdicional, não se justifica manter-se inalterável o tipo de tutela”<sup>28</sup>

Além das medidas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, continuam em vigor as medidas cautelares previstas em legislação especial. Como nos termos do artigo 22 da Lei 11.340/06, que dá proteção à mulher, afastando o agressor do lar, entre outras medidas, bem como a Lei de Trânsito brasileiro (Lei 9.503/97), que suspende a habilitação ou proíbe sua obtenção nos termos do artigo 294.

O magistrado aplicará as medidas cautelares de ofício de acordo com o artigo 282, §2º, do Código de Processo Penal, com exceção apenas na liberdade

---

<sup>28</sup>SANTOS BEDAQUE, José Roberto dos. **Direito e processo: influência do direito sobre o processo**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p.44.

provisória com fiança, que poderá ser concedida pelo delegado nos crimes cuja a pena máxima cominada não supere quatro anos, com base no artigo 322, do Código de Processo Penal.

Vale ressaltar que as medidas cautelares não poderão ser decretadas de ofício no curso da investigação criminal, somente a requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial. Já na fase judicial a decretação poderá dar-se de ofício.

Com relação a duração das medidas cautelares, devemos observar o princípio da proporcionalidade, da duração razoável do processo, e a característica provisória das medidas cautelares, não devendo assim se prolongar indefinidamente. Deverá observar-se o caso em concreto, sendo proporcional à sua gravidade, devendo porém ser de menor duração, para evitar-se assim o excesso de prazo na duração da medida.

Neste sentido o STF

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. MATÉRIA NÃO EXAMINADA PELO TRIBUNAL A QUO. REITERAÇÃO. EXCESSO DE PRAZO. CONFIGURAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 1. A alegação de falta de fundamentação para a prisão preventiva, porque não conhecida pelo STJ em razão de ser reiteração de outro pedido, não deve ser conhecida nesta Corte. 2. Configurado o excesso de prazo da prisão preventiva, que perdura por sete anos sem que o paciente seja levado a julgamento pelo Tribunal do Júri, impõe-se reconhecer o constrangimento ilegal a que submetido, pouco importando a circunstância de encontrar-se em prisão domiciliar em virtude de seu precário estado de saúde. Ordem concedida.<sup>29</sup>

A medida cautelar, portanto será mantida enquanto for estritamente necessária para neutralizar os riscos do artigo 282 do Código de Processo Penal. Devendo o magistrado alterá-la impondo medidas mais eficazes ao caso, ou revogando-a caso se mostre desnecessária, com base no artigo 282, § 5º, do Código de Processo Penal “O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.”<sup>30</sup>

---

<sup>29</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 183334**. Relator Eros Grau. Publicado em 24 de novembro de 2006. Acesso em: 12 de outubro de 2011.

<sup>30</sup>BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del3689.htm>>. Acesso em: 06 de novembro de 2011.

A prisão preventiva aplicável no caso de descumprimento da obrigação imposta, diferenciando-se da prisão preventiva tradicional, é chamada de prisão preventiva substitutiva, prevista no artigo 312, parágrafo único. Pois o juiz, antes de decretar a preventiva poderá substituir uma medida cautelar por outra ou cumulá-la, conforme artigo 282, §4º, do Código de Processo Penal, que assim assevera

No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).<sup>31</sup>

Não se aplicará no entanto para a prisão preventiva substitutiva as condições de admissibilidade do artigo 313 do Código de Processo Penal, observando somente as condições de admissibilidade das medidas cautelares em geral.

Note-se que com a introdução das medidas cautelares diversas da prisão em nosso sistema, exige-se que a prisão cautelar seja a *última ratio*, privilegiando o *status libertatis* do réu, só decretando a prisão preventiva quando restarem insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão. Isto demonstra a intenção do sistema de tornar a prisão cautelar medida excepcional e privilegiar a liberdade provisória.

---

<sup>31</sup> BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del3689.htm>>. Acesso em: 06 de novembro de 2011.

## 2.0 PRISÕES CAUTELARES

O caput, do artigo 283, da Lei 12.403/11, prevê:

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.<sup>32</sup>

Portanto existem três prisões cautelares em nosso ordenamento jurídico, que são a prisão em flagrante, a prisão preventiva, e a prisão temporária.

Nas palavras do professor Aury Lopes Jr. “o flagrante é uma medida precária, mera detenção que não está dirigida a garantir o resultado final do processo, e que pode ser praticado por um particular ou pela autoridade policial.”<sup>33</sup>

O flagrante é uma medida pré-cautelar, pois visa a colocar o acusado à disposição do juiz para que possa adotar ou não, uma verdadeira medida cautelar. É a única espécie de prisão processual tratada no Código de Processo Penal, passível de ser decretada independente de ordem judicial.

A prisão preventiva pode ser decretada no curso do inquérito ou do processo, inclusive após sentença condenatória recorrível. Ela visa proteger a persecução penal. A chamada *persecutio criminis* incluiu dois momentos, a fase de investigação e a fase da ação penal. A prisão preventiva pode ser decretada a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial, segundo a nova redação dada ao artigo 311 do Código de Processo Penal, e devem estar presentes seus pressupostos, que são a prova de materialidade e os indícios de autoria, nos termos do artigo 312 do Código de Processo Penal, Não se pode admitir uma medida tão agressiva ao *status libertatis*, se não houver ao menos um mínimo de provas a indicar a autoria e a materialidade delitiva. Além disso, a prisão preventiva deverá ter um juízo de tipicidade e antijuridicidade, não podendo haver dúvida sobre o caráter criminoso do fato e

---

<sup>32</sup>BRASIL. **Lei 12.403**, de 04 de maio de 2011. Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm)>. Acesso em: 06 de novembro de 2011.

<sup>33</sup>LOPES JUNIOR, Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei 12.403/11**. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2011, p.36.

quanto aos elementos do crime. Não devendo ser aplicada nos crimes em que o agente praticou sob o manto de uma excludente de antijuridicidade.

A prisão temporária é uma prisão cautelar que tem como finalidade auxiliar a investigação de infrações penais graves. Ela é uma espécie de prisão processual de caráter cautelar, e por isso exige a presença dos pressupostos necessários, ou seja, o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*. Ela será decretada quando se mostrar imprescindível para as investigações de um fato delituoso e sempre que houver a presença de elementos indicando a plausibilidade de ocorrência de um dos crimes. A prisão temporária deverá ser aplicada, até o recebimento da denúncia, durante o inquérito policial ou até mesmo antes dele a pedido do Ministério Público, podendo ser decretada somente pelo magistrado, porém não será de ofício, devendo ser provocado pelo Ministério Público ou pela autoridade policial. Será cabível a prisão temporária segundo o artigo 1º, inciso III da lei 7.960/89, e ainda nos crimes hediondos e equiparados.

## 2.1- PRINCÍPIOS APLICÁVEIS

### 2.1.1- Princípio da Presunção de Inocência

Está previsto na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LVII, que diz “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”<sup>34</sup>. Por este princípio se proíbe a antecipação dos efeitos da futura sentença penal condenatória transitada em julgado.

Embora a decretação da prisão processual não parta do pressuposto de culpa do réu, ele será encarcerado ou terá sua liberdade restringida parcialmente pela verossimilhança da prática de um crime.

A prisão cautelar tem o objetivo de proteger e tutelar os fins do processo penal e não os fins da pena, não violando o princípio de presunção de inocência se for decretada de maneira excepcional e sempre com caráter cautelar, para proteção dos fins do processo penal que podem ser resumidos na aplicação da pena, na busca da verdade real e, indiretamente, na proteção da sociedade contra outras

---

<sup>34</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Vade Mecum**. 9. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 10.



lesões praticadas pelo réu. Portanto somente poderá ser aplicada a prisão cautelar se houver o *periculum libertatis* e o *fumus comissi delicti*, pois sem eles haverá uma antecipação da pena, violando assim o princípio da presunção de inocência.

### 2.1.2 Princípio da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade vai orientar a conduta do juiz frente ao caso concreto, pois deverá analisar a gravidade da medida imposta com a finalidade pretendida, observando o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*. Nesse sentido Gustavo Badaró:

(...)deverá haver uma proporcionalidade entre a medida cautelar e a pena a ser aplicada (...) O juiz deverá também verificara probabilidade de que ao final se tenha que executar uma pena privativa de liberdade. (...) Se a prisão preventiva, ou qualquer outra prisão cautelar, for mais gravosa que a pena que se espera ser ao final imposta, não será dotada do caráter de instrumentalidade e acessoriedade, não se pode admitir que a medida provisória seja mais severa que a medida definitiva que a irá substituir e que ela deve preservar.<sup>35</sup>

Sendo assim o magistrado deverá ponderar, aplicando as medidas cautelares isoladas ou cumulativas, deixando as prisões cautelares como *ultima ratio*.

Deverá observar primeiramente se a medida é adequada, analisando se é idônea e apropriada a atingir os fins propostos. Nas palavras do professor Scarance Fernandes, “pelo princípio da adequação, impõe-se ao juiz que, na aplicação das providências cautelares, procure, entre as previstas, aquela mais ajustada ao caso”<sup>36</sup>

Após deverá ser analisado o princípio da necessidade. Este princípio determina que somente se decrete uma medida cautelar quando for imprescindível para a defesa de determinado bem jurídico e se não houver outra forma menos gravosa de proteger o bem jurídico tutelado.

### 2.1.3 Princípio da Judicialidade e Motivação

---

<sup>35</sup> BADARÓ, Gustavo. Direito processual penal.Elsevier, 2007, Rio de Janeiro, 2007, p.150-152.

<sup>36</sup> FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3 Ed., ver., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.323.

O princípio da judicialidade e motivação estão previstos na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LXI, que diz “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”<sup>37</sup>

A prisão cautelar somente poderá ser decretada por ordem judicial fundamentada. Já a prisão em flagrante por ser medida pré-cauteladora o seu controle jurisdicional se dará em momento imediatamente posterior, em que o juiz homologará ou relaxará o flagrante, e homologando concederá a liberdade provisória ou a converterá em preventiva.

Pelo princípio da motivação se permite o controle do ato pelo interessado, inclusive mediante recurso, bem como a qualquer pessoa, buscando o convencimento da justiça da decisão. Dispõe o artigo 315 do Código de Processo Penal. “A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada.”<sup>38</sup>

Portanto mesmo que sucinta, a fundamentação deve indicar concretamente o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*. Não podendo ser aceitas fundamentações baseando-se em dados abstratos e não palpáveis. Devendo também ser específica a cada um dos afetados pela medida, pois deve o magistrado indicar as particularidades e circunstâncias pessoais em relação a cada investigado ou acusado.

#### 2.1.4 Princípio da Provisoriabilidade

As medidas cautelares visam assegurar e tutelar o processo tão somente enquanto houver um perigo a este. Neste sentido as medidas cautelares não deverão durar para sempre, mais apenas enquanto forem necessárias, e mesmo assim durante um prazo razoável. As medidas deverão ser, portanto provisórias. Neste sentido a Constituição Federal em artigo 5º, inciso LXXVIII, *in verbis*, “a todos,

---

<sup>37</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Vade Mecum**. 9. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 10.

<sup>38</sup> **Decreto-Lei nº 3.689**, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del3689.htm>>. Acesso em: 06 de novembro de 2011.

no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”<sup>39</sup>.

Têm se utilizado para a determinação da razoabilidade do prazo três critérios que são: a complexidade do assunto, a atividade processual do interessado e a conduta das autoridades judiciais. Assim passados os prazos fixados em lei estes critérios serão analisados para se verificar se o excesso de prazo é razoável ou não. Analisando sempre o caso em concreto.

#### 2.1.5 Princípio do contraditório

O artigo 282, §3º, do Código de Processo Penal, alterado pela Lei 12.403/11, dispõe que “o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.”<sup>40</sup> Este princípio tem como finalidade assegurar que o acusado tenha oportunidade de trazer elementos que possam contraditar os fundamentos da medida cautelar, permitindo ao magistrado tomar uma decisão mais consistente.

Dispõe também de acordo com o princípio do contraditório o artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, que “o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo”<sup>41</sup>.

#### 2.1.6 Princípio da provisionalidade

O princípio se baseia no argumento de que cessada o suporte fático legitimador da medida cautelar aplicada e observado a ausência do *periculum libertatis* e o *fumus comissi delicti*, deve-se cessar a prisão, impondo-se a imediata soltura. Destacando-se o artigo 282, §4º e §5º do Código de Processo Penal, *in verbis*:

---

<sup>39</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Vade Mecum**. 9. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 10.

<sup>40</sup>BRASIL. **Lei 12.403**, de 04 de maio de 2011. Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm)>. Acesso em: 06 de novembro de 2011.

<sup>41</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Vade Mecum**. 9. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 10.

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

(...)

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).

§ 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).<sup>42</sup>

Quaisquer das prisões e medidas cautelares poderão ser revogadas ou substituídas, a qualquer tempo, no curso do processo ou não, desde que desapareçam os motivos que a legitimam, bem como poderão ser novamente decretadas desde que surja a necessidade.

## 2.2 – PRESSUPOSTOS E FUNDAMENTOS

As medidas cautelares devem ter concomitantemente dois requisitos essenciais. O primeiro é o *fumus comissi delicti*, ou seja, os elementos que indicam a prática de um delito por parte do réu. Deverá este trazer o juízo de probabilidade da prática do delito pelo investigado, não sendo tão profundo quanto o julgamento do mérito, mais deve ser um juízo provável e não somente possível. Pois o juízo do possível é neutro, podendo tanto ser em um sentido como em outro. Já o juízo do provável, existem mais indicadores no sentido da ocorrência, do que em sentido contrário. Nas palavras do professor Sergio M. Pitombo:

“Juízo possível consiste naquele que, logicamente, não é contraditório. Inexistem razões fortes, pró, ou contra. Emerge neutral, assim: é possível que o homem seja homicida, mas é possível que não o seja. Juízo provável é o verossímil. Aproxima-se da verdade, sem, necessariamente, ser verdadeiro. Parte de razões fortes, porém, ainda não decisivas. Não bastante suficientes. Surge aneutral, assim: é provável que o homem seja homicida, por causas das provas colhidas, mas talvez não seja”<sup>43</sup>

---

<sup>42</sup>BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del3689.htm>>. Acesso em: 06 de novembro de 2011.

<sup>43</sup>PITOMBO, Sérgio M. de Moraes. Do seqüestro no processo penal brasileiro. São Paulo: José Bushatsky, 1973, p. 134/135.

O segundo é o *periculum libertatis*, deve demonstrar que a medida é urgente e necessária, que de acordo com o artigo 282, inciso I, do Código de Processo Penal, serão o perigo para a aplicação da lei penal (risco de fuga), para a investigação ou a instrução criminal (garantia da prova), e para evitar à prática de novas infrações penais. Como ensina o professor Frederico Marques “a prisão cautelar tem por objeto a garantia imediata da tutela de um bem jurídico para evitar as conseqüências do *periculum in mora*”<sup>44</sup>

---

<sup>44</sup>MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2. ed. Campinas: Millennium, 2000, p.49

## CAPITULO 3- A LIBERDADE PROVISÓRIA NO TRÁFICO DE DROGAS

### 3.1 - BREVE INTRODUÇÃO AO TEMA

A possibilidade ou não de concessão de liberdade provisória no delito de tráfico de drogas é um dos temas sobre o qual repousam intensa polêmica no atual cenário do direito processual penal brasileiro, sendo constantes as divergências em sede doutrinária e jurisprudencial.

No afã de propiciar uma melhor compreensão do tema, imperioso proceder-se a uma exposição histórico-evolutiva, ainda que laconicamente, das leis que, regentes do instituto em epígrafe, se sucederam no tempo com o desiderato de regulá-lo.

É o que se fará a seguir.

Com aumento da criminalidade e diante da forte influência de notícias veiculadas pelos meios de comunicação em massa, gerou-se na população um sentimento de medo e insegurança, que culminou em uma resposta do Constituinte, com a inserção de restrição aos direitos e, de certa maneira, às garantias fundamentais relativamente aos delitos considerados, por ele, de maior gravidade, conforme se depreende do seguinte dispositivo constitucional:

(...) a lei considerará inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por ele respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.<sup>45</sup>

O Constituinte rotulou os crimes considerados mais graves, dentre os quais incluiu o tráfico ilícito de drogas, dispensando-lhes tratamento mais rigoroso, logrando conceder ao legislador ordinário a iniciativa de elencar como hediondas outras infrações penais.

Nesse diapasão, com objetivo de regulamentar o supracitado dispositivo constitucional, surge a Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/90).

A Lei em seu artigo 1º define quais são os crimes hediondos e, no artigo 2º, na sua redação original, seguindo a política delineada pela Constituição Federal,

---

<sup>45</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Vade Mecum**. 9. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 10.

vedou aos autores dos respectivos delitos, além da fiança, graça e anistia, a concessão da liberdade provisória, nos seguintes termos:

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;<sup>46</sup>

A atual Lei de Drogas, em conformidade com o ideário punitivo e repressivo adotado pela Lei de Crimes Hediondos, vedou, além de outras garantias, a liberdade provisória no tráfico de drogas de forma específica. Senão vejamos:

Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1o, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.<sup>47</sup>

Desta feita, diante da vedação expressa tanto da Lei 8.072/90 (lei geral), quanto da Lei 11.343/06 (lei especial), não se cogitava a concessão de liberdade provisória quando a conduta criminosa consistia na mercancia de entorpecentes.

A proibição da liberdade provisória para o tráfico, vale ressaltar, não surgiu apenas com os respectivos diplomas legais, na medida em que já sob a égide da Lei 6.368/76, ainda que ela não tenha previsto expressamente a vedação, era esse o caminho trilhado pela jurisprudência.

Com as Leis, apenas restou consolidado o que já se observava na prática dos nossos tribunais.

Em 2007, todavia, mudou-se esse cenário, com a edição Lei 11.464, que alterou o inciso II, do artigo 2º, da Lei 8.072/90, que passou a ter a seguinte redação:

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

II – fiança.<sup>48</sup>

---

<sup>46</sup>BRASIL. Lei 8.072, de 25 de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm)>. Acesso em: 06 de novembro de 2011.

<sup>47</sup>BRASIL. Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm)>. Acesso em: 06 de novembro de 2011.

<sup>48</sup>BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm)>. Acesso em: 06 de novembro de 2011.

Passaram a vigor em concomitância a Lei 8.072/90, que com a alteração da Lei 11.464/07 e segundo o entendimento de alguns, passou a admitir concessão da liberdade provisória para os autores de crimes hediondos e equiparados, e a Lei 11.343/06 que veda a concessão da liberdade provisória especificadamente para o tráfico de drogas.

A partir da dúvida quanto à aplicação de um ou outro diploma legal surgiram diversas interpretações, de modo a harmonizar a sua convivência no ordenamento jurídico pátrio, muito se controvertendo acerca da possibilidade de concessão ou não da liberdade provisória neste crime, tema central o presente trabalho, dividindo-se doutrina e jurisprudência em seus entendimentos.

### 3.2 - ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À CONCESSÃO

A nova Lei n.º 12.403/2011 trouxe novas medidas cautelares processuais penais ao ordenamento jurídico, diferentes da prisão, mas todas elas tem como pressuposto a soltura do flagrado do cárcere. A liberdade provisória, pura e simples, é a base, então, de todas essas medidas cautelares, sendo *conditio sine qua non*. Tanto que o artigo 321 do Código de Processo Penal, em sua nova redação, dispõe que, como consequência da ausência dos requisitos da preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, e se for o caso, impor as medidas cautelares previstas no artigo 319 do mesmo codex. O novo artigo 310, caput e seus incisos I e III do Código de Processo Penal devem ser interpretados em combinação e em harmonia com o artigo 321 desse mesmo estatuto. Assim sendo, em tese, a medida cautelar diversa da prisão mais benéfica ao agente, sob a égide da Lei n.º 12.403/2011, é a liberdade provisória pura e simples, ou seja, sem condições.

Nesse sentido, se a liberdade provisória é absolutamente vedada pela Lei de Drogas, todas as medidas cautelares que a tem como pressuposto lógico necessário permanecem proibidas.

Há quem entenda que mesmo se desconsiderar o supramencionado artigo 44, da Lei n.º 11.343/06, em se tratando de crimes hediondos ou equiparados, que aí se inclui o tráfico de drogas, previsto no artigo 2.º, II, da Lei n.º 8.072/90, há proibição de concessão de fiança, sendo assim, não caberá a liberdade provisória ou outras medidas cautelares processuais penais, tais quais as previstas na Lei n.º



12.403/2011, visto que são todas menos gravosas que a fiança, que teve sua relevância resgatada, com a nova lei.

Neste sentido

A inafiançabilidade traduz a impossibilidade do acusado livrar-se da prisão durante o curso da instrução criminal mediante os vínculos com o processo definidos nessa espécie de liberdade provisória. A inafiançabilidade que decorre diretamente da Constituição não obsta a concessão de liberdade provisória, desde que os vínculos do acusado com o processo, determinados nessa hipótese, sejam mais gravosos do que o pagamento da fiança. Se a Magna Carta considerou insuscetíveis de fiança determinados crimes, a lei ordinária não poderá permitir hipóteses de liberdade provisória em que os vínculos do acusado sejam menos gravosos do que a própria fiança, pena de contrariar a proibição constitucional, por torná-la inócua.<sup>49</sup>

Outro argumento ventilado para negar a concessão de liberdade provisória no crime de tráfico de drogas é a aplicação do critério da especialidade (*lex specialis derogat legi generali*), de modo que a Lei 11.464/07 não se aplica ao aludido delito, pois que há lei especial disciplinando o tema, a Lei 11.343/06.

Maria Helena Diniz explanando sobre o assunto aduz que:

Uma norma é especial se possuir em sua definição todos os elementos típicos da norma geral e mais alguns de natureza objetiva ou subjetiva, denominados *especializantes*. A norma especial acresce um elemento próprio à descrição legal do tipo previsto na norma geral, tendo prevalência sobre esta, afastando-se assim o *bis in idem*, pois o comportamento só se enquadrará na norma especial, embora também esteja previsto na geral. O tipo geral está contido no tipo especial.<sup>50</sup>

A lei de natureza geral, por abranger e compreender um todo, somente é aplicada quando não houver no ordenamento jurídico uma norma de caráter mais específico acerca da matéria.

Carlos Maximiliano, ao tratar da incompatibilidade de normas no sistema jurídico, ensina que:

(...) se existe antinomia entre a regra geral e a peculiar, específica, esta no caso particular, tem supremacia. Preferem-se as disposições que se relacionam mais direta e especialmente com o assunto de que se trata – em

---

<sup>49</sup> ROCHA, Luiz Otávio, BAZ, Marco Antônio Garcia. **Fiança criminal e liberdade provisória**. 2ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais.

<sup>50</sup> DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p.74.

toda disposição de Direito, o gênero é derogado pela espécie, e considera-se de importância preponderante o que respeita diretamente à espécie.<sup>51</sup>

Assim, por se tratar a Lei de Drogas de norma especial em relação à Lei de Crimes Hediondos, subsistiria a proibição da liberdade provisória quanto aos sujeitos ativos do crime de tráfico de drogas, prevista no artigo 44 da Lei, mesmo após posterior edição da Lei 11.464/07, a qual, nesse caso, seria diploma genérico.

Neste sentido:

A vedação de concessão de liberdade provisória, na hipótese de acusados da prática de tráfico ilícito de entorpecentes, encontra amparo no art. 44 da Lei 11.343/06 (nova Lei de Tóxicos), que é norma especial em relação ao parágrafo único do art. 310 do CPP e à Lei de Crimes Hediondos, com a nova redação dada pela Lei 11.464/2007. Referida vedação legal é, portanto, razão idônea e suficiente para o indeferimento da benesse, de sorte que prescinde de maiores digressões a decisão que indefere o pedido de liberdade provisória, nestes casos.<sup>52</sup>

A Lei 11.343/2006 é especial em relação à Lei dos Crimes Hediondos, não existindo antinomia no sistema jurídico.<sup>53</sup>

A Lei n. 11.464/07 não poderia alcançar o delito de tráfico de drogas, cuja disciplina já constava de lei especial (Lei n. 11.343/06, art. 44, caput), aplicável ao caso vertente.<sup>54</sup>

O derradeiro argumento é construído a partir da mudança de entendimento do STF acerca da vedação da liberdade provisória em determinados crimes previstos na Lei 10.826/03, que institui o Estatuto do Desarmamento, com vistas a elidir posicionamento no sentido de que esse novo entendimento aplicar-se-ia também ao crime de tráfico de drogas.

O Estatuto do Desarmamento vedava a concessão de liberdade provisória aos crimes de posse ou porte ilegal de arma de uso restrito (artigo 16), comércio ilegal de arma de fogo (artigo 17) e tráfico internacional de armas (artigo 18), ao

---

<sup>51</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 16. ed. Rio de Janeiro, p.135. Forense, 1996, p.135.

<sup>52</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 183334**. Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Publicado em 9 de junho de 2011. Acesso em: 05 de outubro de 2011.

<sup>53</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 97463**. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Publicado em 20 de novembro de 2009. Acesso em: 05 de outubro de 2011.

<sup>54</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 98548**. Relator Min. Cármen Lúcia. Publicado em 11 de dezembro de 2009. Acesso em: 10 de outubro de 2011.

dispor que “os crimes previstos nos arts. 16, 17 e 18 são insuscetíveis de liberdade provisória”.<sup>55</sup>

O STF apreciando a ADI-3112 declarou tal vedação incompatível com o texto constitucional, ante clarividente afronta aos princípios da presunção da inocência e do devido processo legal, de forma que tais infrações passaram a admitir liberdade provisória.

Não obstante tenha o Pretório Excelso entendido dessa maneira no que tange aos crimes previstos no Estatuto do Desarmamento, respectivo posicionamento não poderia ser estendido ao crime de tráfico de drogas.

O Constituinte entendeu por bem restringir a concessão de determinados direitos a autores de crimes de suma gravidade, submetendo-os a tratamento penal mais rigoroso.

Dentre esses delitos, inseriu o tráfico de drogas, para o qual previu a inafiançabilidade e, em conformidade com o entendimento que ora se expõe conseqüentemente, restaria vedada também a concessão de liberdade provisória, com fundamento no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal de 1988.

O direito à liberdade somente pode ser mitigado nas hipóteses em que o Texto Maior assim admitir e, desse modo, andou mal o legislador ordinário ao vedar a liberdade provisória em relação àqueles crimes previstos na Lei 10.826/03. Muito embora incontroversa gravidade dessas condutas, respectivo dado não é razão suficiente para se proibir a liberdade provisória, pois que nada dispôs a Constituição Federal de 1988 a respeito do assunto.

Assim sendo, subsistiria razão para a vedação *in abstracto* da liberdade provisória para o delito de tráfico de drogas, dada a rotulação hedionda e, por conseguinte a inafiançabilidade, que lhe destinou o Constituinte, previsão inexistente em sede constitucional no que tange às infrações penais previstas no Estatuto do Desarmamento.

Ademais, é imperiosa uma interpretação teleológica do ordenamento, a fim de se perquirir o que realmente pretendeu o Constituinte ao determinar a inafiançabilidade para aqueles delitos considerados de maior gravidade. E, assim, não seria razoável entender que uma vez vedada a liberdade provisória com fiança

---

<sup>55</sup>BRASIL. **Lei 10.826**, de 22 de dezembro de 2003. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2007/Lei/L11464.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11464.htm)>. Acesso em: 06 de novembro de 2011.

constitucionalmente, fosse facultado ao legislador ordinário admitir a liberdade provisória sem fiança ou a aplicação de outras medidas cautelares legalmente.

### 3.3 - DA POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO

Em que pese sustentação da admissibilidade da vedação abstrata e apriorística da liberdade provisória no tráfico de drogas, ousamos, *data vênia*, discordar, afastando os argumentos em que se ampara respectivo entendimento e apresentando novas razões, de modo a corroborar a possibilidade de concessão de liberdade no respectivo delito.

Primeiramente, oportuno deixar claro que fiança e liberdade provisória não são institutos que estão necessariamente atrelados.

A liberdade provisória é o gênero do qual se extrai duas espécies: com fiança ou sem fiança.

Fiança, no processo penal, é uma caução destinada a garantir o cumprimento das obrigações processuais do acusado. É, assim, um meio para a obtenção da liberdade provisória.

A alteração do Código de Processo Penal, pela Lei 12.403/11, nos traz que, a pessoa presa em flagrante, deverá ter a sua prisão relaxada em caso de ilegalidade. Não sendo ilegal deverá o magistrado, converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, se presentes os requisitos legais previstos no artigo 311 a 313 do Código de Processo Penal. Não sendo caso de conversão em preventiva, deverá conceder liberdade provisória com ou sem fiança, podendo cumular se for o caso, as medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal.

A inafiançabilidade prevista no artigo 2.º, II, da Lei n.º 8.072/90, que trata de crimes hediondos e equiparados, trará a esses delitos apenas a possibilidade de liberdade provisória sem fiança, cumulada ou não às medidas cautelares.

A partir de uma interpretação histórico-evolutiva do artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição da República, não se pode concluir que há vedação expressa, tampouco tácita, à concessão de liberdade provisória nos crimes hediondos e equiparados e, além disso, é a própria Constituição Federal que reconhece também existência do regime de liberdade provisória sem fiança ao dispor que “ninguém será

levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”<sup>56</sup>.

E mais.

Pacelli de Oliveira, a título de exposição, aponta outra questão relevante ao destacar que o Texto Maior no artigo 5º, inciso XLII, versa que a prática do racismo constitui crime inafiançável, previsão que, portanto, independe de chancela legal nesse sentido. Já quanto os crimes hediondos e equiparados o texto constitucional utilizou-se da expressão: “a lei considerará inafiançáveis”.<sup>57</sup>

Desse modo, se a lei respectiva viabilizar aos autores do crime de tráfico de drogas, terrorismo, tortura e aqueles considerados hediondos, a concessão de alguma modalidade de liberdade provisória, não restam alternativas, em razão do princípio da legalidade.

A alegação de inafiançabilidade estabelecida constitucionalmente para vedar a concessão de liberdade provisória é, portanto, totalmente impertinente, não só porque fiança e liberdade são institutos que não estão sempre e necessariamente interligados, mas também porque a própria Constituição Federal remeteu a matéria à regulamentação legal, como se conclui a partir da comparação da redação dos incisos LXII e LXIII, do seu artigo 5º. Neste sentido o ministro Ayres Britto

Nessa vertente de idéias, o fato em si da inafiançabilidade dos crimes hediondos e dos que lhes sejam equiparados parece não ter a antecipada força de impedir a concessão judicial da liberdade provisória, jungido que está o juiz à imprescindibilidade do princípio tácito ou implícito da individualização da prisão (não somente da pena). Pelo que a inafiançabilidade da prisão, mesmo em flagrante (inciso XLIII do art. 5º da CF), quer apenas significar que a lei infraconstitucional não pode prever como condição suficiente para a concessão da liberdade provisória o mero pagamento de uma fiança. Noutros termos, 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). Equivale ainda a dizer: se é vedado levar à prisão ou nela manter alguém legalmente beneficiado com a cláusula da afiançabilidade, a recíproca não é verdadeira: a inafiançabilidade de um crime não implica, necessariamente, vedação do benefício à liberdade provisória, mas apenas sua obtenção pelo simples dispêndio de recursos financeiros ou bens materiais. Tudo vai depender da concreta aferição judicial da periculosidade do agente, atento o juiz aos vetores do art. 312 do Código de Processo Penal.

---

<sup>56</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Vade Mecum**. 9. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 10.

<sup>57</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Vade Mecum**. 9. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 10.

Concluindo o ministro que

Daqui se segue que nem a inafiançabilidade exclui a liberdade provisória nem o flagrante pré-exclui a necessidade de fundamentação judicial para a continuidade da prisão. Pelo que, nada obstante a maior severidade da Constituição para com os delitos em causa, só posso concluir que tal resposta normativa de maior rigor penal não tem a força de minimizar e muito menos excluir a participação verdadeiramente central do Poder Judiciário em tema de privação da liberdade corporal do indivíduo. Em suma: a liberdade de locomoção do ser humano é bem jurídico tão superlativamente prestigiado pela Constituição que até mesmo a prisão em flagrante delito há de ser “imediatamente” comunicada ao juiz para decidir tanto sobre a regularidade do respectivo auto quanto a respeito da necessidade da sua prossecução. Para o que disporá das hipóteses de incidência do art. 312 do CPP, nelas embutido o bem jurídico da “Ordem Pública”, um dos explícitos fins dessa tão genuína quanto essencial atividade estatal que atende pelo nome de “Segurança Pública” (art. 144 da CF/88). Ordem Pública, por sinal, que está a exigir do Supremo Tribunal Federal uma interpretação que lhe dê claro teor semântico e franca operatividade.<sup>58</sup>

O estabelecimento da vedação à concessão da liberdade provisória nos delitos hediondos e equiparados adveio por obra do legislador ordinário, que o fez na redação original do artigo 2º, inciso II, da Lei 8.072/90. E, nessa esteira, a Lei 11.343/06, no artigo 44, corroborou a proibição da liberdade provisória no tráfico de drogas.

Com edição da Lei 11.464/07, no entanto, alterando o artigo 2º, inciso II, da Lei 8.072/90, aboliu-se a vedação da liberdade provisória para crimes hediondos e equiparados, ao suprimir da redação de tal inciso a expressão “liberdade provisória”, mantendo-se apenas a inafiançabilidade.

Há, nesse caso, uma sucessão de leis processuais e materiais no tempo, cujo critério para solucionar o conflito é o cronológico (*lex posteriori derogat legi priori*), que, na precisa lição de Maria Helena Diniz “significa que, de duas normas de mesmo nível ou escalão, a última prevalece sobre a anterior.”<sup>59</sup> Donde se conclui que lei posterior revoga ou derroga (revogação parcial) a anterior, expressa ou tacitamente.

*In casu*, a Lei 11.464/07, geral e posterior, derogou parte do artigo 44 da Lei 11.343/06, especial e anterior.

Como explica Luiz Flavio Gomes:

---

<sup>58</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC **106.963**. Relator Min. Ayres Britto. Publicado em 11 de outubro de 2011. Acesso em: 13 de novembro de 2011.

<sup>59</sup>DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 73.

Em outras palavras: desapareceu do citado art. 44 a proibição da liberdade provisória, porque a lei nova revogou (derrogou) a antiga, seja porque com ela é incompatível, seja porque cuidou inteiramente da matéria.<sup>60</sup>

O critério aplicável, assim, é o cronológico (lei posterior afasta a anterior), e não o da especialidade (lei especial derroga lei geral), equivocando-se o STF em muitas de suas decisões.

É de todo evidente que a Corte fez confusão entre o instituto de sucessão de leis (conflito de leis no tempo) e o conflito aparente de leis, sem atentar para evidentes diferenças entre ambos:

A diferença entre o conflito aparente de leis penais (ou de normas penais) e a sucessão de leis penais (conflito de leis penais no tempo) é a seguinte: o primeiro pressupõe (e exige) duas ou mais leis em vigor (sendo certo que por força do princípio *ne bis in idem* uma só norma será aplicável); no segundo (conflito de leis penais no tempo) há uma verdadeira sucessão de leis, ou seja, a posterior revoga (ou derroga) a anterior. Uma outra distinção: o conflito aparente de leis penais é regido pelos princípios da especialidade, subsidiariedade e consunção. O que reina na sucessão de leis penais é o da posterioridade.<sup>61</sup>

Quando uma lei nova geral cuida de mesmo assunto contemplado em lei especial antiga de maneira absolutamente diversa o critério aplicável, sem dúvida alguma, é o cronológico, que implica na revogação ou derrogação da lei anterior. Maria Helena Diniz explanando sobre o tema profetiza:

(...)quando a nova norma vier a regular diversa e inteiramente a matéria regida pela anterior, está poderá ser tida como revogada, seja geral ou especial, pois haverá aniquilamento total das leis reguladoras da matéria, sem distinguir entre gerais e especiais, como condição inelutável para a implantação de um regime jurídico integral diferente.<sup>62</sup>

A Lei de Introdução ao Código Civil, instituída pelo Decreto- Lei nº 4.657/42, a despeito de seu *nomen juris*, veicula normas de aplicação a todo o nosso ordenamento jurídico e preconiza que “a lei posterior revoga a anterior quando

---

<sup>60</sup> GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches. **Legislação criminal especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. v. 6.

<sup>61</sup> GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches. **Legislação criminal especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. v. 6.

<sup>62</sup> DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 75.

expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.”<sup>63</sup>.

Ou seja, a existência de incompatibilidade conduz à revogação ou derrogação da lei geral pela especial, ou lei especial pela geral, que é o que ora se verifica.

Outro não é o entendimento de Pacelli de Oliveira que, aplicando a regra ao tema que ora se estuda, aduz que “tratando-se de lei posterior, a legislação anterior com ela incompatível restaria revogada, de tal modo que também para os crimes de tráfico de drogas deve ser cabível concessão de liberdade provisória”<sup>64</sup>.

A aplicação do critério da especialidade ocorre quando, em havendo duas ou mais leis vigentes para disciplinar determinada matéria, prevalece a especial em relação à geral, o que, no entanto, não ocorre na situação em comento. Houve, nesse caso, derrogação de parte do artigo 44 da Lei 11.343/06, no que se refere à proibição da liberdade provisória, pela Lei 11.464/07, que cuidou inteiramente da matéria, de modo incompatível com a previsão anterior.

Assim, no que se refere à concessão de liberdade provisória nos crimes hediondos e equiparados existe somente uma lei vigente, qual seja a Lei 8.072/90, com a nova redação estabelecida pela Lei 11.464/07 (nova lei geral dos crimes hediondos e equiparados), que possibilita a concessão de liberdade provisória nos referidos delitos.

A Lei 11.464/07, lei geral sobre crimes hediondos e equiparados, é posterior e, assim, derroga parte do artigo 44 da Lei 11.343/06, anterior e especial, ao disciplinar de forma inteiramente diversa o direito à obtenção de liberdade provisória nos crimes hediondos e equiparados, caso do tráfico.

Vejamos alguns trechos de ementas que indicam que é esse o entendimento dos nossos Tribunais:

Sendo princípio assente que a lei posterior revoga a lei anterior, a Lei nº 11.464/2007, que é geral, derogou parte do art. 44 da Lei nº 11.343/2006, que é especial. Consequentemente, desapareceu do art. 44 citado a

---

<sup>63</sup> BRASIL, **Lei 4.657**, de 04 de setembro de 1942. Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm)>. Acesso em: 13 de novembro de 2011.

<sup>64</sup> OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 492.



proibição da liberdade provisória, porque a lei nova revogou (derrogou) a antiga.<sup>65</sup>

A expressa denegação de liberdade prevista no art. 44 da Lei nº 11.343/06, que mereceria igual tratamento conciliatório com o art. 312 CPP, veio a ser derrogada pela nova redação do art. 2º, II da Lei nº 8.072/90 (redação dada pela Lei nº 11.464/07).<sup>66</sup>

A hipótese é de sucessão de leis materiais penais no tempo, eis que ocorreu derrogação tácita de parte do art. 44 da Lei 11.343/06 (lei especial) pela Lei 11.464/07 (lei geral), porque esta cuidou inteiramente da matéria, sendo incompatível com aquela.<sup>67</sup>

Ainda que se considere, em indesejável detrimento de toda a fundamentação exposta, que o critério da especialidade deve reger a matéria, de modo a tornar plenamente aplicável a vedação abstrata à concessão da liberdade provisória prevista no artigo 44 da Lei 11.343/06, aludido dispositivo legal não poderá ser utilizado entre nós, como se verá nas linhas abaixo, diversos princípios de estatura constitucional, o que se revela inadmissível em um Estado Democrático de Direito.

Caso optasse o legislador por perpetuar a restrição prevista na Lei 11.343/06, imprimindo ao tráfico de drogas um tratamento diverso e mais rigoroso daquele dispensado aos demais crimes considerados mais graves, o teria feito de forma expressa, a exemplo do que se sucedeu no seguinte dispositivo da Lei de Execução Penal

A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.<sup>68</sup>

No entanto, como o legislador, na Lei 11.464/07, não efetivou nenhuma ressalva, o tráfico de drogas encontra-se também excluído da vedação legal de concessão de liberdade provisória, que abrange, portanto, todos os crimes hediondos e os delitos a eles equiparados.

---

<sup>65</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **HC 1.0000.10.000047-0/000**. Relator Desembargadora Maria Celeste Porto. Publicado em 24 de março de 2010. Acesso em: 13 de novembro de 2011.

<sup>66</sup>BRASIL. Tribunal Regional Federal. **RCCR 18565**. Relator Desembargador Federal Néfi Cordeiro. Publicado em 17 de abril de 2008. Acesso em: 13 de novembro de 2011.

<sup>67</sup>BRASIL. Tribunal Regional Federal. **RCCR 18565**. Relator Desembargador Federal Tourinho Neto. Publicado em 18 de abril de 2008. Acesso em: 13 de novembro de 2011.

<sup>68</sup>BRASIL. **Lei nº 7.210**, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm)>. Acesso em 13 de novembro de 2011.

O argumento de que o tráfico de drogas é infração extremamente grave, que fomenta os mais diversos tipos de criminalidade, muito embora verdadeiro, não é suficiente por si só para negar a concessão de liberdade provisória aos autores desse delito. A natureza da infração penal não justifica, *de per se*, a necessidade de segregação cautelar. Isto é,

A necessidade da prisão, e assim a definição da presença das razões cautelares autorizadas pela lei, somente há de ser aferida no plano da realidade concreta, e nunca pela maior gravidade do delito, até porque ao final, será sempre possível a desclassificação da infração imputada na denúncia.

A vedação da concessão da liberdade provisória feita abstratamente, ou seja, por força de lei, sem qualquer consideração dos elementos concretos levados aos autos, implica a transferência da tutela dos direitos e garantias individuais exclusivamente para o órgão da acusação e, por vezes, até para a própria autoridade policial.<sup>69</sup>

O Pretório Excelso se coaduna a respectivo entendimento, conforme se observa no seguinte trecho da ementa constante no julgamento do HC nº 101718/PA:

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.<sup>70</sup>

Como já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça (STJ) “argumentos abstratos, desprovidos de qualquer suporte fático, não podem respaldar a prisão cautelar, a qual somente poderá ser justificada por motivação válida e aliada a um dos requisitos legalmente previstos.”<sup>71</sup>

Neste sentido em recente decisão

---

<sup>69</sup> OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 488.

<sup>70</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 101.718 PA**. Relator Min. Ellen Gracie, Decisão Proferida pelo Ministro Gilmar Mendes, julgado em 21/09/2011, publicado em 26 de setembro de 2011. Acesso em: 13 de novembro de 2011.

<sup>71</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 60.185**. Relator Min. Laurita Vaz. Publicado em 07 de maio de 2007. Acesso em: 13 de novembro de 2011.

A alusão à gravidade do delito ou o uso de expressões de mero apelo retórico não valida a ordem de prisão cautelar. Isso porque eventual ameaça que o agente representaria à ordem pública só é de ser aferida com a própria tessitura dos fatos. 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.<sup>72</sup>

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.<sup>73</sup>

A Constituição Federal de 1988 ocupa o ápice da pirâmide normativa na visão Kelseniana, consistindo-se no fundamento de validade de todas as normas do sistema.

Assim, todas as normas infraconstitucionais devem estar em consonância com a Constituição, não podendo contrariar as exigências formais para sua edição (inconstitucionalidade formal), tampouco o seu conteúdo (inconstitucionalidade material).

A vedação abstrata à concessão da liberdade provisória no tráfico, prevista no artigo 44 da Lei 11.343/06 não passa pelo filtro da constitucionalidade, na medida em que incontroversa a violação a diversos ditames insculpidos constitucionalmente.

A Lei de Drogas parte do pressuposto de que a prisão de quem é sujeito ativo do delito de tráfico é sempre de estrita necessidade, considerando essa alegação suficiente para evidenciar a imprescindibilidade da segregação, o que, todavia, não prospera em um Estado Democrático de Direito.

A vedação à concessão de liberdade provisória somente no delito de tráfico de drogas, em detrimento dos demais crimes hediondos e equiparados, consiste em patente injustiça que ofende os princípios mais mezinhos da nossa ordem constitucional, como o da isonomia e o da razoabilidade.

Não há razão para proibir a liberdade provisória no tráfico de drogas e permiti-la nos demais crimes hediondos e equiparados, nem mesmo o frágil argumento da gravidade do delito subsiste, uma vez que há outros crimes, como latrocínio e

---

<sup>72</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 106.790**. Relator Min. Ayres Britto. Publicado em 06 de outubro de 2011. Acesso em: 13 de novembro de 2011.

<sup>73</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 106.963**. Relator Min. Ayres Britto. Publicado em 11 de outubro de 2011. Acesso em: 13 de novembro de 2011.

estupro, arrolados no artigo 1º da Lei 8.072/90 como infrações hediondas, que são de maior gravidade, praticados inclusive, muitas vezes com requintes de crueldade. Nem mesmo a Lei 9.455/97, que define os repugnantes crimes de tortura, prevê a vedação à liberdade provisória aos autores desses delitos, dispondo apenas, no seu artigo 1º, parágrafo sexto, que “o crime de tortura é inafiançável e insuscetível de graça ou anistia”.<sup>74</sup>

Deve-se, então, primar pela aplicação do princípio da isonomia que “significa em resumo tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade.”<sup>75</sup>

E, assim, se todos os crimes hediondos e assemelhados comportam liberdade provisória sem fiança, o tráfico de drogas não foge à regra, sob o enfoque dos princípios da igualdade e da razoabilidade, que justificam a medida, afinal onde há a mesma razão, deve haver o mesmo direito.

Acerca do princípio da razoabilidade, adverte Gilmar Mendes:

No âmbito do direito constitucional, que o acolheu e reforçou, a ponto de impô-lo à obediência não apenas das autoridades administrativas, mas também de juízes e legisladores, esse princípio acabou se tornando consubstancial à própria idéia de Estado de Direito pela sua íntima ligação com os direitos fundamentais, que lhe dão suporte e, ao mesmo tempo, dele dependem para se realizar.<sup>76</sup>

O expediente utilizado pelo legislador de vedar a concessão de liberdade provisória àqueles delitos considerados mais graves, como forma de conferir-lhes tratamento penal mais rígido, suprimindo do magistrado a aferição, no caso concreto, da necessidade ou não da custódia, está dissociado da atual ordem constitucional e dos motivos que culminaram na alteração da Lei de Crimes Hediondos pelo Congresso Nacional.

Como destaca Paulo Rangel “vedar a liberdade, em pleno Estado Democrático de Direito, seria um *contra sensu* inadmissível na civilização moderna e um verdadeiro retrocesso social”<sup>77</sup>, Távora e Alencar complementam enfatizando

---

<sup>74</sup>BRASIL. Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9455.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9455.htm)>. Acesso em 13 de novembro de 2011.

<sup>75</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 157.

<sup>76</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 121.

<sup>77</sup> RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007, p. 677.

consistir em “uma indevida intromissão do Legislativo nas atividades típicas do Judiciário”<sup>78</sup>.

É vedado ao Poder Público, sobretudo na seara processual penal, agir imoderadamente, pois que a atividade estatal, principalmente quando o tema é a liberdade individual, encontra-se condicionada ao princípio da razoabilidade, que limita a ação normativa do Poder Legislativo, proibindo o excesso e o arbítrio de poder.

Esse entendimento é prestigiado pela jurisprudência do STF que reiteradas vezes já advertiu “que o Legislativo não pode atuar de maneira imoderada, nem formular regras cujo conteúdo revele deliberações absolutamente dissociadas dos padrões de razoabilidade”<sup>79</sup>.

O legislador não pode, de maneira alguma, substituir o juiz na aferição da existência, ou não, da necessidade, em cada situação concreta, do instrumento de tutela cautelar penal.

Ademais, o magistrado tem a prerrogativa de valer-se do controle difuso de constitucionalidade, ao constatar excessos ou mesmo um atropelo do legislador que, em seu sentir, venham a desaguar em afronta ao Texto Maior, no desempenho do seu relevante mister de aplicar a lei ao caso concreto.

Como facilmente se verifica no tema em referência, a Lei de Drogas, mais precisamente em seu artigo 44, fornece os mais amplos subsídios para que o julgador exerça o controle concreto e difuso de constitucionalidade, recusando-se a lançar mão de tal dispositivo, o qual terá, pois, sua eficácia suspensa, todavia apenas relativamente ao caso *sub judice*, até que haja eventual decisão em sentido contrário de instância superior.

Nesse caso, o aludido dispositivo legal, embora plenamente vigente, por ser considerado pelo julgador eivado de inconstitucionalidade, ante a flagrante violação à Constituição Federal de 1988, não goza, assim, de validade e deve deixar de ser aplicado.

Como adverte Gomes:

---

<sup>78</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 528

<sup>79</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 100.362**. Relator Min. Celso de Melo. Publicado em 07 de outubro de 2009. Acesso em: 13 de novembro de 2011.

Não se pode, entretanto, confundir a vigência (formal) de uma lei com sua validade (esta última consiste na sua compatibilidade com a Constituição e com o Direito internacional). Uma lei para entrar em vigor (para ter vigência) basta ser aprovada pelo Parlamento, sancionada e publicada no Diário Oficial. Uma vez publicada e passado o período de vacância, caso exista, inicia sua vigência. Não havendo nenhuma vacância (vacatio) a ser observada, a lei começa a ter vigência de forma imediata (assim que publicada).

Mas nem toda lei vigente é válida. O modelo do Estado constitucional e democrático de Direito, que é garantista, rompe com o velho esquema do positivismo clássico e passa a distinguir a vigência da validade. Somente pode ser válida a lei (vigente) que conta com compatibilidade vertical com a Constituição (ou seja: a lei que atende às exigências formais e materiais decorrentes da Magna Carta), bem como com o Direito Internacional.<sup>80</sup>

A colenda Segunda Turma do STF julgou que impedir que um preso em flagrante por tráfico obtenha liberdade provisória expressa “afronta aos princípios da presunção de inocência, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana”<sup>81</sup>, ressaltando o ministro relator que parece inquestionável a inconstitucionalidade do artigo 44 da Lei 11.343/06, corroborando entendimento já sinalizado pela Corte em outros processos sujeitos à sua apreciação.

Vejamos cada um desses princípios.

Versa a Constituição Federal que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”<sup>82</sup>

O acusado, assim, é presumido inocente até que haja o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, idéia que, visando a tutela da liberdade individual, consiste em princípio basilar do Estado Democrático de Direito, consubstanciando uma das maiores garantias do indivíduo diante do poder do Estado.

O fato de estar o acusado respondendo a um processo penal, por si só, já indica constrangimento e, nesse sentido, toda medida restritiva de direitos deve ser aplicada na exata medida de sua necessidade, devendo-se, sempre, optar, na condução da persecução criminal, pelo caminho que implique menores prejuízos ao suposto infrator.

---

<sup>80</sup> GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches. **Legislação criminal especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. v. 6.

<sup>81</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 100.872**. Relator Min. Eros Grau. Publicado em 06 de outubro de 2009. Acesso em: 13 de novembro de 2011.

<sup>82</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Vade Mecum**. 9. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 10.

Vedar a concessão de liberdade provisória aprioristicamente, tal como ocorre no tráfico de drogas, consiste em afronta ao texto constitucional que desvirtua o princípio da presunção da inocência:

A presunção aqui [no tráfico, diante do art. 44 da Lei 11.343/06] não é de inocência, mas sim de culpa. Tanto é assim que a discussão entre absolvição e condenação resume-se nos autos a uma questão de técnica, quase corporativa, entre provas exclusivamente colhidas pelos policiais e provas referendadas pelos operadores do direito.

Azar do acusado que estava no local errado e na hora errada. E como para esse crime – equiparado a hediondo – a lei proíbe vários benefícios legais, como a liberdade provisória, a figuração nos autos já significa, por si, uma punição.<sup>83</sup>

Desta feita, eventual submissão do acusado à segregação antes do trânsito em julgado de decreto condenatório, somente é legítima se razões bastantes indicarem a suficiência da medida, em decisão prolatada por autoridade judiciária competente, que deverá ser devidamente fundamentada e lastrear-se em elementos concretos e justificadores da privação imposta, com cabal demonstração de sua imperiosa necessidade, dada a excepcionalidade de que se reveste.

Como entendem Távora e Alencar:

o cerceamento cautelar da liberdade só pode ocorrer em situações excepcionais e de estrita necessidade. Neste diapasão, a regra é a liberdade e o encarceramento, antes de transitar em julgado a sentença condenatória, deve figurar como medida de estrita exceção.<sup>84</sup>

O princípio consiste em norma de caráter constitucional que tem, como informa Eugênio Pacelli de Oliveira, “no mínimo, eficácia constitucional para revogar disposições legais com ela incompatíveis; não bastasse o próprio parágrafo único do art. 5º, da Constituição Federal que determina a aplicação imediata das normas que instituem direitos e garantias fundamentais.”<sup>85</sup>

O princípio do devido processo legal encontra-se previsto no artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, rol dos direitos e garantias individuais, que estabelece

---

<sup>83</sup> RAUPP, Mariana. **O (in)visível tráfico de drogas: um estudo de sociologia das práticas jurídicas**. Revista brasileira de ciências criminais, ano 17, n. 80, p. 346-369, set/out, 2009, p.363.

<sup>84</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 44.

<sup>85</sup> OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 38.

no inciso LIV que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”<sup>86</sup>.

Respectivo princípio corresponde a uma das mais importantes garantias fundamentais do indivíduo, uma vez que encerra os demais princípios constitucionais aplicáveis ao processo penal, como ampla defesa e contraditório (artigo 5º, inciso LV), juiz natural (artigo 5º, incisos LIII e XXXVII), inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente (artigo 5º, inciso LVI), presunção da inocência (artigo 5º, inciso LVII).

Assegura desse modo, um processo justo ao acusado, com fiel respeito a todas as etapas legalmente previstas e observância às garantias constitucionais.

Hodiernamente, em razão do recrudescimento da criminalidade, aliado à consternação social, que promovem intenso clamor público, constata-se maior rigor do Estado na persecução criminal.

Nessa esteira, vem se adotando uma política criminal mais rígida em relação às infrações penais consideradas mais graves, com vistas a coibir a ação delituosa, proibindo, por exemplo, a concessão da liberdade provisória, o que acaba por infringir uma série de dispositivos constitucionais e, assim, por via oblíqua, afronta o princípio do devido processo legal.

É assertiva incontroversa que, nos dias atuais, a concessão de liberdade provisória não se pauta em critérios discricionários, como se fosse mera faculdade do juiz. Trata-se, por um outro viés, de um direito subjetivo do acusado que preenche os requisitos exigidos, nos termos do artigo 310, Código de Processo Penal. Ou seja, não caracterizados, *in concreto*, os requisitos da preventiva, a regra é liberdade do suspeito autor, que tem direito de se defender livre.

A conduta do juiz que entende de forma diversa implica ameaça às garantias fundamentais resguardadas na Carta Magna de 1988, ofendendo diversos princípios açambarcados pelo princípio do devido processo legal, tal como o da presunção da inocência.

E, assim, coloca-se em risco o próprio Estado Democrático de Direito.

De acordo com artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana constitui-se em um dos fundamentos da República

---

<sup>86</sup>BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Vade Mecum**. 9. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 10.



Federativa do Brasil, alicerce do Estado, vez que o escopo constitucional precípua é a proteção e promoção do ser humano, centro do Direito.

O princípio da dignidade da pessoa humana é de amplíssima aplicação, incidindo em todos os ramos do direito, assumindo feição peculiar no direito penal, que lida com o bem maior do indivíduo, sua liberdade, sendo de suma importância, portanto, no processo penal, a fiel observância dos direitos e garantias assegurados constitucionalmente.

Ou seja, o Estado no exercício do *jus puniendi*, primando pela restauração da paz social, deve dispensar ao suposto infrator um tratamento digno, sem se distanciar das balizas constitucionais estabelecidas no artigo 5º, da Constituição da República, sob pena de desrespeitar o princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, insertas no referido dispositivo constitucional, estão uma série de garantias, dentre as quais, aquela que considera que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória (inciso LVII), de modo que a segregação do acusado antes da sentença irrecorrível apenas se legitima em situações excepcionais.

Nessa esteira, manter o acusado encarcerado tão somente pelo fato de ter ele cometido o crime de tráfico de drogas, sem que razões concretas apontem a imprescindibilidade de tal medida, consiste em clarividente afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Portanto, são diversos os preceitos constitucionais violados pela previsão do artigo 44 da Lei 11.343/06.

Não são poucos os juízes e desembargadores que concordam com o tratamento penal mais áspero instituído pelo legislador aos traficantes e, seguindo essa orientação, negam a esses supostos criminosos a concessão da liberdade provisória.

Mas não o fazem com supedâneo no artigo 44 da Lei 11.343/06, pois que como sobejamente demonstrado respectivo argumento é por demais frágil e cede, facilmente, ante diversas normas constitucionais.

Com intuito de justificar a necessidade da excepcional privação da liberdade individual, há, no caso concreto, um procura desenfreada por parte desses operadores jurídicos de alguma das hipóteses que justificam a decretação da prisão preventiva, previstas no artigo 312, Código de Processo Penal.

Versa o mencionado dispositivo legal que:

A prisão preventiva poderá ser decretada como 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 indício suficiente de autoria.<sup>87</sup>

Garantia da ordem pública é expressão de difícil definição, sendo frequentes oscilações tanto doutrinárias, quanto jurisprudenciais.

Prevalece o entendimento segundo o qual a preventiva, decretada sob respectivo fundamento, tem por escopo evitar que o acusado continue a delinquir no curso da persecução penal. Assim, ante evidente ameaça de que o suposto infrator, se solto, continuará delinquindo, restará caracterizada a necessidade da custódia cautelar, pois que não se pode esperar o trânsito em julgado do decreto condenatório.

O conceito é, portanto, de uma amplitude tremenda e, justamente em função disso é a hipótese mais utilizada para se negar a liberdade provisória aos traficantes.

Argumenta-se de forma vazia e inconsistente, sem qualquer referência a situações concretas, que se faz necessária a prisão preventiva, como garantia da ordem pública, com vistas a evitar a repetição de tais atos.

Alguns doutrinadores chegam inclusive a sustentar que essa prisão preventiva é incompatível com a Constituição Federal de 1988 ferindo a presunção da inocência, a exemplo de Tourinho Filho que ressalta:

'Perigosidade do réu', 'os espalhafatos da mídia', 'reiteradas divulgações pelo rádio ou televisão', tudo, absolutamente tudo, ajusta-se àquela genérica expressão 'ordem pública'. E a prisão preventiva, nesses casos, não passa de uma execução sumária. O réu é condenado antes de ser julgado, uma vez que tais situações nada têm de cautelar.<sup>88</sup>

Ocorre que, respectivo princípio não é absoluto e diante de situações de excepcionalidade extrema pode sofrer uma flexibilização em prol de um bem maior, qual seja a segurança pública.

Mas como advertem Távora e Alencar:

É necessário que se comprove esse risco [de que o infrator se solto continuará a delinquir]. As expressões usuais, porém evasivas, sem

---

<sup>87</sup> BRASIL. **Lei 11.343**, de 23 de agosto de 2006. Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm)>. Acesso em: 06 de novembro de 2011.

<sup>88</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. III. p.509.

nenhuma demonstração probatória, de que o indivíduo é um criminoso contumaz, possuidor de uma personalidade voltada para o crime etc., não prestam, sem verificação a autorizar o encarceramento.<sup>89</sup>

Desse modo, imperioso que o delinquente, acaso permaneça em liberdade, represente, em razão disso, verdadeiro risco ao corpo social, não consistindo razões hábeis a legitimar a decretação da preventiva a mera referência de ameaça à ordem pública, ou a alusão à gravidade da infração, e, tampouco a repercussão do crime.

A prisão preventiva limita o bem máximo do indivíduo, sua liberdade e, assim, não pode ser decretada com fulcro em meras suposições, há que se comprovar com base em elementos fáticos a imprescindibilidade da segregação cautelar.

A prática do tráfico, por si só, muito embora seja incontroversa a sua gravidade, é fundamentação inidônea para autorizar a prisão preventiva, assim como a presunção judicial da periculosidade do acusado.

Justificativa plausível ocorreria se, por exemplo, restasse patente nos autos a integração do acusado a uma organização criminosa habituada ao tráfico de entorpecentes, ante a real possibilidade de reiteração de crimes.

Não é outro o entendimento da Suprema Corte conforme se exemplifica a seguir:

A referência hipotética à mera possibilidade de reiteração de infrações penais, sem nenhum dado concreto que lhe dê amparo, não pode servir de supedâneo à prisão preventiva. Precedente.<sup>90</sup>

A jurisprudência desta Corte fixou-se no sentido de que o fundamento da garantia da ordem pública é inidôneo quando alicerçado na gravidade do crime.<sup>91</sup>

O mesmo entendimento se aplica às demais razões que ensejam a decretação da preventiva, que devem estar sempre respaldadas em dados do caso concreto, não sendo suficiente a mera alegação de necessidade da medida:

A prisão cautelar, por conveniência da instrução criminal, também não se sustenta quando fundada na simples afirmação de sua necessidade, sem indicação de elementos fáticos que a ampare.<sup>92</sup>

---

<sup>89</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 479.

<sup>90</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 102.223**. Relator Min. Eros Grau. Publicado em 30 de abril de 2010. Acesso em: 13 de novembro de 2011.

<sup>91</sup> Idem.

A prisão cautelar para garantia da aplicação da lei penal não se sustenta quando fundada na simples afirmação de sua necessidade, sem indicação de elementos fáticos que a ampare.<sup>93</sup>

Não bastassem todos esses argumentos que sinalizam a inconstitucionalidade da vedação apriorística e absoluta à concessão de liberdade provisória no tráfico, consubstanciada no artigo 44 da Lei 11.343/06, regra legal de conteúdo material idêntico a esse, prevista no artigo 21 do Estatuto do Desarmamento, foi declarada inconstitucional pelo Pretório Excelso.

A proibição abstrata da liberdade provisória, sem atentar às peculiaridades do caso concreto, conforme se demonstrou no curso desse trabalho, tem sido repelida pela jurisprudência do Supremo, o que se corrobora com a declaração da inconstitucionalidade do artigo 21 do aludido Estatuto, demonstrando que os ministros do STF não acreditam em uma disposição legal que restringe a liberdade provisória.

Veja o seguinte trecho do informativo nº 465 do STF:

Quanto o art. 21 da lei impugnada que prevê serem insuscetíveis de liberdade provisória os delitos capitulados no art. 16 (posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito), 17 (comercio ilegal de arma de fogo) e 18 (tráfico internacional de arma de fogo) entendeu-se haver afronta aos princípios constitucionais da presunção da inocência e do devido processo legal (CF, art. 5º, LVII e LXI). Ressaltou-se, no ponto, que, não obstante a interdição da liberdade provisória tenha sido estabelecida para crimes de suma gravidade, liberando-se a franquia para os demais delitos, a Constituição não permite a prisão ex lege, sem motivação, a qual viola, ainda, os princípios da ampla defesa e do contraditório.<sup>94</sup>

A alegação de que respectivo entendimento não seria aplicável ao tráfico de drogas, porque o Constituinte, no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal de 1988, rotulou tal infração penal como sendo inafiançável, em decorrência de sua maior gravidade, o que não sucedera com os crimes previstos no Estatuto do Desarmamento, é de todo impertinente.

---

<sup>92</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 92.368**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=600717>>. Acesso em: 13 de novembro de 2011.

<sup>93</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 102.223**. Relator Min. Eros Grau. Publicado em 30 de abril de 2010. Acesso em: 13 de novembro de 2011.

<sup>94</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Plenário: ADI e Estatuto do Desarmamento**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo465.htm>>. Acesso em 13 de novembro de 2011.

A inconstitucionalidade da previsão legal que veda a concessão de liberdade provisória não está condicionada a existência ou não do caráter de inafiançabilidade de determinado delito.

A gravidade do crime pouco importa, seja ele inafiançável ou não, a previsão abstrata de proibição à liberdade provisória será evitada de inconstitucionalidade, uma vez que, em quaisquer situações, é inquestionável a afronta de vários princípios constitucionais com essa vedação apriorística.

Portanto, a argumentação desenvolvida com a finalidade de afastar a vedação abstrata e apriorística à concessão da liberdade provisória é a mesma em ambas as situações, seja no tráfico de drogas, sejam naqueles delitos previstos no Estatuto do Desarmamento.

Entretanto, na contramão da louvável evolução jurisprudencial acerca do tema, o STJ, em recente decisão, negou liberdade provisória a autor do crime de tráfico de drogas, ocasião em que alegou a Ministra Relatora Laurita Vaz que:

É firme a orientação da Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a vedação expressa da liberdade provisória nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes é, por si só, motivo suficiente para impedir a concessão da benesse ao réu preso em flagrante por crime hediondo ou equiparado, nos termos do disposto no art. 5.º, inciso XLIII, da Constituição da República, que impõe a inafiançabilidade das referidas infrações penais. Precedentes desta Turma e do Supremo Tribunal Federal.<sup>95</sup>

Consoante se vê, a ilustre Ministra, fulcrada em ultrapassada fundamentação oriunda do STF nega a concessão do direito constitucionalmente assegurado, deixando entrever que a pacificação no tratamento jurisprudencial do tema é um ideal que demandará ainda algum tempo.

---

<sup>95</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 216613**. Relator Min. Laurita Vaz. Publicado em 14 de dezembro de 2011. Acesso em: 13 de novembro de 2011.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os anseios da sociedade diante dos delitos de alta gravidade, que geram sentimento de medo e insegurança, não podem por si só justificar a decretação da prisão cautelar, bem como a vedação expressa e apriorística dos benefícios não vedados pelo constituinte.

Na esteira da repressão aos delitos considerados graves, a Lei de Crimes Hediondos, Lei nº 8.072/90, concedeu um tratamento mais gravoso aos delitos considerados hediondos e equiparados, dentre eles o Tráfico de Entorpecentes, vedando a concessão da liberdade provisória, o que foi além da restrição constitucional, uma vez que a própria Constituição Federal prevê expressamente os casos em que se vedará a possibilidade da concessão da liberdade provisória com fiança, não vedando assim a possibilidade da concessão da liberdade provisória sem fiança.

A Lei de Drogas, seguindo o diploma legal anteriormente citado, no seu artigo 44, vedou expressamente a concessão da liberdade provisória no Tráfico de Entorpecentes, aos delitos previstos nos artigos 33, caput e § 1º, e 34 a 37, da mesma Lei.

No entanto, com o advento da lei 11.464/07, que ocasionou na nova redação do artigo 2º, II, da Lei 8.072/90, derogou o referido dispositivo, possibilitando, então, a concessão da liberdade provisória aos crimes hediondos e equiparados, sendo que dentre eles, encontrasse o Tráfico de Entorpecentes. Percebe-se, assim, uma verdadeira sucessão de leis no tempo e, aplicando-se o princípio da posterioridade, houve a revogação do artigo 44.

Diante desta evolução legislativa, aqueles que buscam fundamento na validade da vedação abstrata argumentam que a inafiançabilidade prevista para a prática do tráfico na norma constitucional, consubstancia com a inteligência do artigo 44 da Lei de Drogas, bem como a regra da especialidade, que considera a Lei do Tráfico de Entorpecentes especial em detrimento da alteração legislativa ocasionada pela Lei 11.464/07, não sendo esta apta a revogar o referido artigo.

Por outro lado, contrariando o entendimento anterior, os doutrinadores apontam para a inconstitucionalidade da vedação legal, tendo em vista que a vedação abstrata e apriorística ferem os princípios constitucionais, sobretudo da

presunção de inocência. Além disso, com o advento da Lei 11.464/07, houve uma sucessão de leis no tempo, isto é, lei posterior revoga lei anterior que dispõe de tratamento diverso, assim, o artigo 44 da Lei nº 11.463/06, restaria revogado.

A Suprema Corte, por vezes, manifesta-se no sentido de não ser possível a concessão da liberdade provisória no Tráfico de Entorpecentes, em razão do critério da especialidade, apoiando-se, ainda, na inafiançabilidade prevista constitucionalmente para esses delitos. No entanto, o STF vem revendo seu posicionamento, de forma a reconhecer a inconstitucionalidade da vedação abstrata à concessão da liberdade provisória e, conseqüentemente, o posicionamento de alguns ministros vem para consagrar a possibilidade da concessão desta liberdade, tendo em vista a flagrante afronta à Constituição e seus preceitos, devido à negativa do direito à liberdade tão-somente baseada na literalidade do artigo 44, da Lei nº 11.463/06.

O respectivo fundamento revela-se o mais certo, tendo em vista que a privação da liberdade é medida cautelar, excepcional, devendo somente ser decretada em situações de absoluta necessidade. O nosso sistema processual penal baseia-se no acusatório, isso significa que ao acusado é garantida a ampla defesa e o contraditório, pois em nenhum momento poderá ser presumida a sua culpabilidade.

A prisão cautelar, então, só será mantida se houverem os requisitos e pressupostos da prisão preventiva a que se refere o artigo 312 do Código de Processo Penal (prova da existência material do crime e indício suficiente de autoria). A prisão preventiva, portanto, é a exceção no sistema penal brasileiro, destinando-se tão-somente a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal.

A vedação abstrata e apriorística à concessão da liberdade provisória no Tráfico de Entorpecentes ofendem os princípios constitucionais, como a proporcionalidade, o devido processo legal, a razoabilidade, isonomia e, fundamentalmente, a presunção de inocência.

Além disso, a Suprema Corte já declarou inconstitucional uma regra de conteúdo idêntico, encampada pelo artigo 21 do Estatuto do Desarmamento.

Restou demonstrado que o conflito existente entre a liberdade do acusado e a aplicabilidade de medidas mais gravosas aos crimes considerados hediondos, fez com que o legislador ordinário ultrapassasse os limites previstos na Constituição

Federal, aplicando a vedação da liberdade provisória não só nos crimes hediondos e equiparados, bem como na Lei de Drogas.

Diante disso, a pessoa acusada pela prática do delito de tráfico, que causa indignação social, não poderá ter negada a sua liberdade provisória tão-somente pela previsão legal equivocada, principalmente, em virtude do princípio constitucional da não-culpabilidade, já que nosso sistema jurídico consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se presumisse a estes a sua culpabilidade.

O princípio da presunção de inocência consagra a necessidade por parte do Estado de tratar o indivíduo submetido à persecução criminal nos limites legais. É nessa esteira, que a liberdade provisória vem a possibilitar a restituição da liberdade àqueles acusados presos em flagrante, na ausência dos requisitos que permitem a decretação da prisão preventiva, permitindo restituir o direito à liberdade do indivíduo, concedendo-lhe o direito a responder o processo em liberdade quando o mesmo não oferecer risco à aplicação da lei, e nem a sociedade. Percebe-se claramente a inconstitucionalidade da vedação legal, por ser abstrata e apriorística, baseando-se tão-somente na lesividade e no clamor público existente a cerca dos crimes hediondos.

Em virtude disso, razão não assiste àqueles que são contrários a concessão da liberdade provisória no Tráfico de Entorpecentes, com argumento de que a lei de Drogas é uma lei especial em relação a Lei de Crimes Hediondos e , sendo assim, de acordo com o princípio da especialidade, o artigo 44 da Lei 11.343/06 não restaria revogado pela lei 11.464/07.

Restou provado que a vedação abstrata afronta sensivelmente os princípios constitucionais. Não se trata de impunidade ou tratamento mais benéfico àqueles que praticam crimes repugnados pela sociedade devido a sua hediondez, mas na verdade, trata-se da necessidade de justificativa da prisão cautelar, tendo em vista que a Constituição Federal prima pela idoneidade da motivação, pois a exceção deve ser a prisão, assim como a regra é a presunção de inocência.

No tocante a privação da liberdade, não cabe ao legislador infraconstitucional estabelecer regras mais gravosas a despeito das garantias fundamentais dos indivíduos, não há que se tirar do judiciário, analisando o caso concreto, a possibilidade da concessão da liberdade provisória no Tráfico de Entorpecentes.



A gravidade de um delito em momento algum será apta a conduzir, por si só, a supressão da liberdade do acusado do delito de tráfico, sem o apoio da motivação idônea da autoridade judiciária competente. O legislador não pode assim, substituir a atividade do juiz, no que concerne a aferição da necessidade da medida cautelar, tendo em vista que cada caso concreto enseja uma medida diversa, ou seja, não cabe ao juiz fundamentar a restrição de um direito baseando-se em argumentos genéricos, que se resumem em negar a liberdade provisória com fulcro na vedação abstrata da Lei.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### Bibliografia básica

ARANJO, Marcelo de Jesus Monteiro. **A liberdade provisória e seu tratamento constitucional**. 2º Revista da Justiça Federal, Sexto Capítulo. Disponível em: <[http://www.pi.trf1.gov.br/Revista/revistajf2\\_cap6.htm](http://www.pi.trf1.gov.br/Revista/revistajf2_cap6.htm)>. Acesso em 12 de abril de 2011.

AVENA, Norberto. **Processo penal: esquematizado**. 2. ed. São Paulo: Método, 2010.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

BADARÓ, Gustavo. **Direito processual penal**. Elsevier, 2007, Rio de Janeiro, 2007.

BRASIL. **Constituição do Império de 1824**, Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm)> Acesso em 23 de outubro de 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Vade Mecum**. 9. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del2848.htm>>. Acesso em: 24 de abril de 2011.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del3689.htm>>. Acesso em: 06 de novembro de 2011.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657**, de 04 de setembro de 1942. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del4657.htm>>. Acesso em: 04 de maio de 2011.

BRASIL. **Lei 6.416**, de 24 de maio de 1977. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6416.htm#art310p](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6416.htm#art310p)>. Acesso em: 06 de novembro de 2011.

BRASIL. **Lei nº 7.210**, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm)>. Acesso em 13 de novembro de 2011.

BRASIL. **Lei 8.072**, de 25 de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm)>. Acesso em: 24 de abril de 2011.

BRASIL, **Lei 9.099**, de 26 de setembro de 1995. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm)>. Acesso em: 06 de novembro de 2011.

BRASIL. **Lei nº 9.455**, de 7 de abril de 1997. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9455.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9455.htm)>. Acesso em 13 de novembro de 2011.

BRASIL, **Lei 9.503**, de 23 de setembro de 2007. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm)>. Acesso em: 06 de novembro de 2011.

BRASIL. **Lei nº 10.826**, de 22 de setembro de 2006. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2003/L10.826.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.826.htm)>. Acesso em: 24 de abril de 2011.

BRASIL. **Lei 11.343**, de 23 de agosto de 2006. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm)>. Acesso em: 24 de abril de 2011.

BRASIL. **Lei 12.403**, de 04 de maio de 2011. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm)>. Acesso em: 06 de agosto de 2011.

BRASIL. Superior Tribunal Justiça. **AgRg-REsp 995.624**. Relator Min. Og Fernandes. Publicado em 04 de abril de 2011. Acesso em: 24 de abril de 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 60.185**. Relator Min. Laurita Vaz. Publicado em 07 de maio de 2007. Acesso em: 13 de novembro de 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 98548**. Relator Min. Cármen Lúcia. Publicado em 11 de dezembro de 2009. Acesso em: 10 de outubro de 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 216613**. Relator Min. Laurita Vaz. Publicado em 14 de dezembro de 2011. Acesso em: 13 de novembro de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 92.368**. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=600717>>. Acesso em: 13 de novembro de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 97463**. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Publicado em 20 de novembro de 2009. Acesso em: 05 de outubro de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 100.362**. Relator Min. Celso de Melo. Publicado em 07 de outubro de 2009. Acesso em: 13 de novembro de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 100.872**. Relator Min. Eros Grau. Publicado em 06 de outubro de 2009. Acesso em: 13 de novembro de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 101.718 PA**. Relator Min. Ellen Gracie, Decisão Proferida pelo Ministro Gilmar Mendes, julgado em 21/09/2011, publicado em 26 de setembro de 2011. Acesso em: 13 de novembro de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 102.223**. Relator Min. Eros Grau. Publicado em 30 de abril de 2010. Acesso em: 13 de novembro de 2011

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 103715**. Relatora Ministra Carmem Lúcia. Publicado em 24 de março de 2011. Acesso em: 24 de abril de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 106.963**. Relator Min. Ayres Britto. Publicado em 11 de outubro de 2011. Acesso em: 13 de novembro de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 106.790**. Relator Min. Ayres Britto. Publicado em 06 de outubro de 2011. Acesso em: 13 de novembro de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 183334**. Relator Eros Grau. Publicado em 24 de novembro de 2006. Acesso em: 12 de outubro de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Plenário: ADI e Estatuto do Desarmamento**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo465.htm>>. Acesso em 13 de novembro de 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **HC 1.0000.10.000047-0/000**. Relator Desembargadora Maria Celeste Porto. Publicado em 24 de março de 2010. Acesso em: 13 de novembro de 2011.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. **RCCR 18565**. Relator Desembargador Federal Néfi Cordeiro. Publicado em 17 de abril de 2008. Acesso em: 13 de novembro de 2011.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. **RCCR 18565**. Relator Desembargador Federal Tourinho Neto. Publicado em 18 de abril de 2008. Acesso em: 13 de novembro de 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3 Ed., ver., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Liberdade provisória para os crimes de tráfico de drogas e estatuto de desarmamento**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 15, n. 174, p. 2-3, maio 2007.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. **A liberdade provisória na reforma penal**. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em 30 de março de 2011

GOMES, Luiz Flávio, (Coord.). **Nova Lei de Drogas comentada artigo por artigo: Lei 11.343/06 de 23.08.2006**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. **Liberdade provisória no delito de tráfico de droga**. Disponível em: <[http://www.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20070911113541965](http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20070911113541965)>. Acesso em 22 de abril de 2011.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches. **Legislação criminal especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. v. 6.

GOMES, Luiz Flávio. **Vigência e Validade da lei**. Disponível em: <[http://www.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20070205061657277&mode=print](http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20070205061657277&mode=print)>. Acesso em 27 de abril de 2011.

JESUS, Damásio de. **O princípio da presunção de inocência**. São Pulo: Jus Vigilantibus, 2008. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/33266>>. Acesso em: 13 de abril de 2011.

LOPES JUNIOR, Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei 12.403/11**. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2011, p.36.

MARCÃO, Renato. **Art. 44 da Lei 11.343/2006 (lei de drogas): a liberdade provisória em crime de tráfico de drogas na visão do Supremo Tribunal Federal**. In Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, ano 18, n. 211, p. 01-02, jul., 2010.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Forense, 1965. v. IV.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MEDEIROS, Pedro Paulo Guerra de. **Liberdade provisória sob a égide da nova Lei Antidrogas no 11.343/06**. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em 12 de abril de 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 157.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves Nunes. **A polêmica sobre liberdade provisória para o tráfico de drogas**. Revista Consultor Jurídico, 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-fev-04/polemica-liberdade-provisoria-trafico-drogas>>. Acesso em 10 de março de 2011.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PEREIRA Laydiane de Castro. **Da possibilidade da concessão de liberdade provisória aos acusados da prática do delito de tráfico ilícito de entorpecentes**. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em: 18 de abril de 2011.

PITOMBO, Sérgio M. de Moraes. **Do seqüestro no processo penal brasileiro**. São Paulo: José Bushatsky, 1973.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

RAUPP, Mariana. **O (in)visível tráfico de drogas: um estudo de sociologia das práticas jurídicas**. Revista brasileira de ciências criminais, ano 17, n. 80, p. 346-369, set/out, 2009.

REZENDE, Guilherme F. **“A aplicação da liberdade provisória em tráfico de drogas”**. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em 10 de abril de 2011.

ROCHA, Luiz Otávio, BAZ, Marco Antônio Garcia. **Fiança criminal e liberdade provisória**. 2ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais.

SANTOS BEDAQUE, José Roberto dos. **Direito e processo: influência do direito sobre o processo**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 30a . ed. vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2008.