

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS	11
CAPÍTULO I- LIBERDADE PROVISÓRIA	13
1.1 Liberdade provisória com fiança.....	15
1.2 Liberdade provisória sem fiança.....	19
CAPÍTULO II- CRIMES DE TÓXICO.....	23
2.1 Combate às drogas e os crimes de tóxico	23
2.2 Equiparação a crime hediondo.....	29
CAPÍTULO III- POSSIBILIDADE DE LIBERDADE PROVISÓRIA NOS CRIMES DE TÓXICO	31
3.1 Vedação contida no artigo 44 da Lei 11.343/06.....	31
3.2 Possibilidade de concessão de liberdade provisória nos crimes de tóxico e princípio da razoabilidade.....	33
3.2 Posicionamento jurisprudencial	34
CONSIDERAÇÕES FINAIS	37
REFERÊNCIAS.....	39

INTRODUÇÃO

Os crimes de tóxicos são regulados pela Lei 11.343/06. Alguns Tribunais têm indeferido pedidos de concessão de liberdade provisória em crimes como o de tráfico, sob a argumentação de que o contido no artigo 44 do diploma legal veda a concessão do benefício

Tal entendimento não deve prosperar já que a capitulação de forma errônea fará com que o réu permaneça preso, retomando ao nosso dia-a-dia prisão obrigatória há tempos suprimida do ordenamento jurídico pátrio e do ordenamento jurídico de qualquer outro Estado Democrático de Direito.

O devido processo legal vem representar a base legal para o bom emprego de todos os demais princípios, dentre eles a ampla defesa e o contraditório, qualquer que seja o ramo do direito processual.

Evitar que magistrados e Tribunais lesionem as garantias constitucionais, analisando a possibilidade de conceder liberdade provisória a acusados de praticar em tese crimes de tóxico sem aplicar a razoabilidade é fazer com que o acusado permaneça recluso por simples conveniência e interesse.

Com isso surge o problema a ser pesquisado, no qual consiste no seguinte questionamento: embora o artigo 44 da Lei 11.343/06 traga a vedação legal sobre a possibilidade de concessão de liberdade provisória ao preso que cometeu crime de tóxico, diante da análise do caso concreto é possível conceder o benefício?

A solução apontada ao longo das pesquisas consiste na afirmativa de que a Lei 11.343/06, conhecida como Lei de Tóxico, em seu artigo 44 impõe a vedação legal sobre a concessão de liberdade provisória nesses tipos de delito. No entanto, entende-se ser cabível a concessão de liberdade provisória nesses casos, primando pela liberdade como regra e a prisão como exceção em nosso ordenamento jurídico e que a gravidade do crime por si só não é argumento plausível para a manutenção da prisão. É função do magistrado agir dentro dos critérios da razoabilidade no momento da tomada de sua decisão. Assim, diante de um caso concreto essa se torna imprescindível e a concessão da liberdade provisória nos crimes de tóxico possível.

Atentando à possibilidade de concessão de liberdade provisória nos crimes de tóxico os Tribunais tem entendido ser possível, diante da análise do caso concreto, conforme se verifica da jurisprudência do supremo Tribunal Federal que se segue, na qual se tem por marco teórico da presente monografia:

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. [...] Liberdade provisória indeferida com fundamento na vedação contida no art. 44 da Lei n. 11.343/06, sem indicação de situação fática vinculada a qualquer das hipóteses do artigo 312 do Código de Processo Penal. 4. Entendimento respaldado na inafiançabilidade do crime de tráfico de entorpecentes, estabelecida no artigo 5º, inciso XLIII da Constituição do Brasil. Afronta escancarada aos princípios da presunção de inocência, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana. 5. Necessidade de adequação, a esses princípios, da norma infraconstitucional e da veiculada no artigo 5º, inciso XLIII da Constituição do Brasil. A regra estabelecida na Constituição, bem assim na legislação infraconstitucional, é a liberdade. A prisão faz exceção a essa regra, de modo que, a admitir-se que o artigo 5º, inciso XLIII estabelece, além das restrições nele contidas, vedação à liberdade provisória, o conflito entre normas estaria instalado [...].¹

Prossegue o ministro Eros Grau na sua argumentação favorável à concessão da medida:

[...] 6. A inafiançabilidade não pode e não deve --- considerados os princípios da presunção de inocência, da dignidade da pessoa humana, da ampla defesa e do devido processo legal --- constituir causa impeditiva da liberdade provisória. 7. Não se nega a acentuada nocividade da conduta do traficante de entorpecentes. Nocividade aferível pelos malefícios provocados no que concerne à saúde pública, exposta a sociedade a danos concretos e a riscos iminentes. Não obstante, a regra consagrada no ordenamento jurídico brasileiro é a liberdade; a prisão, a exceção. A regra cede a ela em situações marcadas pela demonstração cabal da necessidade da segregação ante tempus. Impõe-se porém ao Juiz o dever de explicitar as razões pelas quais alguém deva ser preso ou mantido preso cautelarmente. Ordem concedida a fim de que o paciente seja posto em liberdade, se por al não estiver preso.²

¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL HC 97346, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 25/05/2010, DJe-116 DIVULG 24-06-2010 PUBLIC 25-06-2010 EMENT VOL-02407-02 PP-00369 LEXSTF v. 32, n. 379, 2010, p. 280-286). Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000166311&base=baseAcordaos>. Acesso em 08 abr. 2011.

² *Ibidem*. Acesso em 08 abr. 2011.

Ainda que não exista um entendimento unânime jurisprudencial é de suma importância a análise do caso concreto para que se possa conceder ou não a medida, e não negá-la pura e simplesmente por base no artigo 44 da Lei de Tóxico.

A metodologia utilizada se valerá da investigação das jurisprudências dos tribunais pátrios, para que se possa verificar como os mesmos têm se posicionado diante do tema.

A pesquisa também se revela de natureza transdisciplinar, considerando o cruzamento de informações diretamente ligada em diferentes ramos do direito, tais como: Direito Constitucional, Direito Processual Penal e Direito Penal. Ressaltando que aborda sobre pesquisa teórico- dogmática com emprego do entendimento dos doutrinadores que tratam do tema em questão, qual seja, a possibilidade de liberdade provisória nos crimes de tóxico.

Os capítulos da monografia serão divididos da seguinte forma: o primeiro será dedicado à liberdade provisória e suas espécies, com e sem fiança. No segundo capítulo, daremos ênfase aos crimes de tóxico, falando se sua equiparação aos crimes hediondos. Já no terceiro capítulo voltaremos à possibilidade de concessão de liberdade provisória nos crimes de tóxico por meio do uso do princípio da razoabilidade, trazendo o entendimento jurisprudencial nesse sentido.

Sendo assim, a aludida pesquisa é de natureza transdisciplinar, tendo em vista a análise de conteúdo do Direito Constitucional, do Direito Processual Penal e do Direito Penal

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Toda pessoa que comete um ilícito penal deve responder judicialmente a um processo nessa esfera, ficando ressalvada a existência de excludentes de tipicidade e ilicitude. Dessa maneira, ao ser processado a Constituição Federal dá a todos a garantia da existência de um devido processo legal, para que nenhuma injustiça seja cometida.

O devido processo legal vem representar a base legal para o bom emprego de todos os demais princípios, dentre eles a ampla defesa e o contraditório, qualquer que seja o ramo do direito processual.

Vicente Greco Filho diz:

Uma das garantias mais importantes que nos foram legadas pelas declarações universais de direitos é, inegavelmente, a do devido processo legal para a imposição de penas criminais. O sistema constitucional brasileiro não só estabelece tal garantia mas, também, cerca-a de requisitos básicos importantíssimos, como a ampla defesa e o contraditório, sobre os quais se discorrerá mais adiante.³

Dentro dessa perspectiva de garantia do devido processo legal tem-se no direito penal o instituto da liberdade provisória, nos moldes do artigo 5º, LXVI da CF: “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;”⁴

Na definição de Fernando Capez, liberdade provisória pode ser assim entendida:

Instituto processual que garante ao acusado o direito de aguardar em liberdade o transcorrer do processo até o trânsito em julgado da sentença, vinculado ou não a certas obrigações, podendo ser revogado a qualquer tempo, diante do descumprimento das condições impostas.⁵

³ FILHO, Vicente Grego. *Manual de Processo Penal*. 8ed., São Paulo: Saraiva. 2004.p.52.

⁴ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - Vade Mecum/ obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, 7 Ed. 2009.p.10

⁵ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 11 ed., São Paulo: Saraiva, 2004. p.248.

Os crimes de tóxico são regulados pela Lei 11.343/06. O tráfico de drogas é um mal que assola nossa sociedade, no qual tem contribuído de forma considerável pelo aumento da marginalidade. Com isso o artigo 44 da lei, proibiu a concessão de liberdade provisória para os praticantes desse tipo de delito. “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.”⁶

A razoabilidade consiste em uma forma de saber que não serão cometidos excessos, conforme diz Celso Antonio Bandeira de Melo: “ora, um ato que excede ao necessário para bem satisfazer o escopo legal não é razoável.”⁷

A razão de ser da concessão da medida está em não ocasionar injustiças dentro do processo penal.

⁶ LEI 11.343/06. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm. Acesso em 25 abr. 2011.

⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 21ed., São Paulo.: Malheiros. 2006. p.269.

CAPÍTULO I- LIBERDADE PROVISÓRIA

Toda pessoa que comete um ilícito penal deve responder judicialmente a um processo nessa esfera, ficando ressalvada a existência de excludentes de tipicidade e ilicitude.

Dessa maneira, ao ser processado a Constituição Federal dá a todos a garantia da existência de um devido processo legal, para que nenhuma injustiça seja cometida.

A Constituição da República preocupou-se mais em estabelecer garantias para o processo penal do que para o processo civil, tanto que, em relação a este último, além das garantias gerais, os princípios constitucionais são inferidos, de regra, mediante a interpretação do sistema e não por meio de textos expressos.⁸

O devido processo legal vem representar a base legal para o bom emprego de todos os demais princípios, dentre eles a ampla defesa e o contraditório, qualquer que seja o ramo do direito processual.

Novamente Vicente Greco Filho diz:

Uma das garantias mais importantes que nos foram legadas pelas declarações universais de direitos é, inegavelmente, a do devido processo legal para a imposição de penas criminais. O sistema constitucional brasileiro não só estabelece tal garantia mas, também, cerca-a de requisitos básicos importantíssimos, como a ampla defesa e o contraditório, sobre os quais se discorrerá mais adiante.⁹

Dentro dessa perspectiva de garantia do devido processo legal tem-se no direito penal o instituto da liberdade provisória, nos moldes do artigo 5º, LXVI da CF: “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;”¹⁰

⁸ FILHO, Vicente Grego. *Manual de Processo Penal*. 8ed., São Paulo: Saraiva. 2004. p.71.

⁹ Ibidem. p.52.

¹⁰ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - Vade Mecum/ obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, 7 Ed. 2009.p.10

Na definição de Fernando Capez, liberdade provisória pode ser assim entendida:

Instituto processual que garante ao acusado o direito de aguardar em liberdade o transcorrer do processo até o trânsito em julgado da sentença, vinculado ou não a certas obrigações, podendo ser revogado a qualquer tempo, diante do descumprimento das condições impostas.¹¹

Cabe ressaltar que não cabe liberdade provisória nas prisões temporárias, pois como o próprio nome diz esse tipo de prisão tem caráter transitório, não justificando o instituto.

O objetivo da liberdade provisória é permitir que o réu responda ao processo em liberdade sob algumas condições determinadas em lei, contidas nos artigos 327 e 328 do CPP.

Art. 327 - A fiança tomada por termo obrigará o afiançado a comparecer perante a autoridade, todas as vezes que for intimado para atos do inquérito e da instrução criminal e para o julgamento. Quando o réu não comparecer, a fiança será havida como quebrada.

Art. 328 - O réu afiançado não poderá, sob pena de quebramento da fiança, mudar de residência, sem prévia permissão da autoridade processante, ou ausentar-se por mais de 8 (oito) dias de sua residência, sem comunicar àquela autoridade o lugar onde será encontrado.¹²

A razão de ser da liberdade provisória está respaldada na confiança que a lei dá ao indivíduo de comparecer a todos os atos processuais sem que tenha que estar sob custódia.

Por sua vez a liberdade provisória se divide em duas espécies: com e sem fiança, as quais serão estudadas a seguir.

A lei processual penal também estabelece os casos em que não será concedida a fiança:

Art. 323 - Não será concedida fiança:
I - nos crimes de racismo;

¹¹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 11 ed.,. São Paulo: Saraiva, 2004. p.248.

¹² CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. - Vade Mecum/ obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, 7 Ed. 2009.p.642.

- II - nos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como crimes hediondos;
- III - nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

Esse artigo vai de encontro aos mandamentos constitucionais, que prevêm penas mais severas para os crimes de racismo e para aqueles que atentam contra a ordem constitucional ou Estado Democrático de Direito:

Para Flavio Martins

Esse dispositivo, absolutamente dispensável, apenas repetiu o que já está no artigo 5o, da Constituição. O crime de racismo, crimes hediondos e equiparados e o crime de grupos armados contra o estado democrático são inafiançáveis, por determinação constitucional.¹³

Igualmente o artigo 324 do CPP, expressa os casos em que não será concedida a fiança.

Art. 324 - Não será, igualmente, concedida fiança:

- I - aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se referem os arts. 327 e 328 deste Código;
- II - em caso de prisão civil ou militar;
- IV - quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312).

Nota-se que nesses casos estando presente as condições expressas nos dispositivos não será, em tese, concedida a fiança.

1.1 Liberdade provisória com fiança

A liberdade provisória com fiança, é aquela que se exige do réu uma caução destinada a garantir as obrigações processuais do réu.

Trazendo o conceito de fiança, Fernando da Costa Tourinho Filho expressa:

¹³ MARTINS, Flavio. *COMENTÁRIOS À NOVA LEI DE PRISÕES (Lei 12.403, de 4 de maio de 2011)* Disponível em <http://www.confrariadojuri.com.br/artigos/cautelares.pdf>. Acesso em 18 setembro de 2011.

Fiança, para o legislador processual penal, é uma garantia real ou caução. É uma contra cutela com o objetivo de deixar o indiciado ou réu em liberdade mediante uma caução que consiste em depósito em dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, títulos da dívida pública, estadual, federal ou municipal ou até mesmo a hipoteca inscrita em primeiro lugar. Prestada a caução, o indiciado ou réu obterá a sua liberdade provisória, até o pronunciamento final da causa ou decisão passada em julgado.¹⁴

Para Guilherme de Souza Nucci a fiança pode ser assim entendida:

Fiança é uma garantia real, consistente no pagamento em dinheiro ou na entrega de valores ao Estado, para assegurar o direito de permanecer em liberdade, no transcurso de um processo criminal. Considera-se fiança uma espécie do gênero caução, que significa garantia ou segurança.¹⁵

Os casos em que poderá ser concedida a liberdade provisória com o arbitramento da fiança encontram-se no artigo 322 do CPP o qual limita a concessão do benefício a crimes cuja pena não seja superior a quatro anos

Art. 322. A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos.

Parágrafo único. Nos demais casos, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas.

O delegado de policia ao fazer a autuação e verificar o enquadramento dentro do estabelecido pelo dispositivo legal, poderá arbitrar a fiança, desde que a pena não ultrapasse quatro anos. Trata-se de inovação trazida pela Lei 12.043/11, visto que a redação do artigo trazia, anteriormente a possibilidade de arbitramento da fiança somente em infrações punidas com detenção ou prisão simples.

Para Eugenio Pacceli

Os requisitos para a concessão da fiança também foram alvo das alterações trazidas pela Lei, no que se refere à

¹⁴ FILHO, Fernando da Costa Tourinho. *Manual de Processo Penal*. 13 ed., São Paulo: Saraiva. 2010. p.687.

¹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza *Manual de processo penal e execução penal*. 5. ed., ver e atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p.619.

Concessão pela autoridade policial. Até então, deve a infração ser apenada com pena de prisão simples ou detenção. Com a sua vigência, mesmo em se tratando de fiança arbitrada por autoridade policial, será possível em crimes punidos com pena privativa de liberdade, desde que não superior a quatro anos.¹⁶

Para Flávio Martins essa inovação trata-se uma mudança radical:

MUDANÇA RADICAL: o delegado pode arbitrar fiança agora nas infrações penais com pena máxima não superior a 4 anos. Antes, o delegado só podia arbitrar fiança nas infrações punidas com detenção ou prisão simples. Nos demais casos, a fiança só pode ser arbitrada pelo juiz.¹⁷

Eugenio Pacceli em comentário à Lei 12.043/11 observa que o ato demonstra uma vantagem prática para o instituto da fiança, da seguinte forma:

Constitui uma vantagem prática da fiança, é que ela poderá ser arbitrada imediatamente pela autoridade policial, nos casos de infração penal cuja pena máxima não seja superior a 4 (quatro) anos (art. 322). Se a autoridade policial recusar ou retardar a restituição da liberdade mediante fiança, o preso, ou qualquer pessoa em seu nome, poderá prestá-la, por simples petição ao juiz, que decidirá no prazo de 48 (quarenta e oito horas), nos termos do art. 335. A vantagem prática aqui é manifesta, dado que, uma vez prestada a fiança, a restituição da liberdade é imediata, independentemente do pronunciamento do juiz, que, em tese, somente receberia o auto de prisão em flagrante no prazo de vinte e quatro horas após a prisão (art. 306, §1º).¹⁸

O valor da fiança deverá se adequar às condições econômica do réu e da infração cometida. Essa é a determinação do artigo 325 CPP:

Art. 325 - O valor da fiança será fixado pela autoridade que a conceder nos seguintes limites:

¹⁶ PACCELI, Eugenio. *Comentários a Lei 12.403/11* Disponível em <http://pt.scribd.com/doc/61219718/Lei-12403-11-Pacelli-comentarios>. Acesso em 18 setembro de 2011.

¹⁷ MARTINS, Flavio. *COMENTÁRIOS À NOVA LEI DE PRISÕES (Lei 12.403, de 4 de maio de 2011)* Disponível em <http://www.confrariadojuri.com.br/artigos/cautelares.pdf>. Acesso em 18 setembro de 2011.

¹⁸ PACCELI, Eugenio. *Comentários a Lei 12.403/11* Disponível em <http://pt.scribd.com/doc/61219718/Lei-12403-11-Pacelli-comentarios>. Acesso em 18 setembro de 2011.

I - de 1 (um) a 100 (cem) salários mínimos, quando se tratar de infração cuja pena privativa de liberdade, no grau máximo, não for superior a 4 (quatro) anos;

II - de 10 (dez) a 200 (duzentos) salários mínimos, quando o máximo da pena privativa de liberdade cominada for superior a 4 (quatro) anos.

§ 1º Se assim recomendar a situação econômica do preso, a fiança poderá ser:

I - dispensada, na forma do art. 350 deste Código;

II - reduzida até o máximo de 2/3 (dois terços); ou

III - aumentada em até 1.000 (mil) vezes.

Ainda o artigo 326 do CPP determina :

Para determinar o valor da fiança, a autoridade terá em consideração a natureza da infração, as condições pessoais de fortuna e vida pregressa do acusado, as circunstâncias indicativas de sua periculosidade, bem como a importância provável das custas do processo, até final julgamento.

Desse modo, é imprescindível a verificação da situação econômica do réu para que a fiança seja prestada, podendo, inclusive ser dispensada e aplicada outra medida cautelar se necessário.

Esse tem sido o entendimento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

HABEAS CORPUS - ESTELIONATO - FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO E PARTICULAR - PRISÃO EM FLAGRANTE - CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA MEDIANTE FIANÇA - PACIENTE POBRE - PEDIDO DE CONVERSÃO EM MEDIDA CAUTELAR DIVERSA DA PRISÃO - POSSIBILIDADE - ORDEM CONCEDIDA. - Nos termos do art. 350, do CPP, verificada a situação de pobreza do paciente, é possível a dispensa do pagamento de fiança para a concessão de liberdade provisória, com sujeição do beneficiado às obrigações constantes dos artigos 327 e 328, c. c. a aplicação de outra medida cautelar diversa da prisão, dentre aquelas elencadas pelo art. 319, todos do diploma processual penal. V.V. HABEAS CORPUS - REDUÇÃO DO VALOR DA FIANÇA - POSSIBILIDADE - ADEQUAÇÃO À SITUAÇÃO ECONÔMICA DO PACIENTE - IMPOSIÇÃO DE NOVA CAUTELAR - COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL - ORDEM CONCEDIDA PARCIALMENTE. I - Nos termos do inciso II, § 1º, do art. 325 da Lei 12.403/2011, é possível a redução da fiança se recomendar a situação econômica do paciente. II - Se dispensada a fiança em sede de Habeas Corpus e necessária a imposição de nova medida cautelar, a competência é da Turma Julgadora.¹⁹

¹⁹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Numeração Única: 0473899-46.2011.8.13.0000 Relator: Des.(a) ADILSON LAMOUNIER Data do Julgamento: 23/08/2011. Acesso em 18 setembro de 2011.

A fiança é revestida de caráter definitivo, e poderá ser prestada tanto pelo indiciado ou réu ou por qualquer outra pessoa.

1.2 Liberdade provisória sem fiança

A liberdade provisória sem fiança encontra-se regulamentada no artigo 310 do CPP que assim determina:

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.²⁰

Fernando Capez expressa que:

Em algumas hipóteses não há necessidade de o agente prestar fiança para obter o benefício da liberdade provisória dentre eles quando não for necessária para a garantia da ordem pública, conveniência ou instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, não se vislumbra o *periculum in mora* para a manutenção da custódia.²¹

O parágrafo único do artigo citado determina que sendo verificada uma das hipóteses do artigo 23 do código penal que fala das excludentes de ilicitude, ou seja se o réu praticar um delito nas condições que são capazes de excluir a ilicitude do fato pode o juiz conceder liberdade provisória sem fiança.

Art. 23 - Não há crime quando o Agente pratica o fato:

²⁰ CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. - Vade Mecum/ obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, 7 Ed. 2009.p.642.

²¹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 11 ed.,. São Paulo: Saraiva, 2004. p.250.

- I - em estado de necessidade;
- II - em legítima defesa;
- III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.²²

Para Fernando da Costa Tourinho Filho:

Assim, será constatada em processo regular, uma excludente de ilicitude, o réu será absolvido (pois não há crime). Ora, se pelo auto de prisão em flagrante o juiz certificar-se de que o indiciado ou réu praticou o fato nas condições previstas no art. 23. I, II ou III do estatuto repressivo, por que e para que mantê-lo preso provisoriamente?²³

Nota-se que nesse caso a existência de vinculação para a concessão da liberdade provisória. “Poderá o juiz, após ouvido o Ministério Público, conceder ao indiciado, ou réu, a liberdade provisória sem fiança, sujeitando-o tão somente a obrigação de comparecer a todos os atos do processo.”²⁴

Inovação no trazida ao processo penal pela Lei 12.043/11, dando seguimento ao mandamento constitucional que garante o devido processo legal, de acordo com o contido no dispositivo acima citado, ao receber o auto de prisão em flagrante o juiz terá três caminhos a seguir, todos eles através de decisão fundamentada, quais sejam: o relaxamento ou homologação da prisão ou a concessão da liberdade provisória nos casos em que couber.

Deverá ser relaxada a prisão quando não esteja caracterizada a flagrância ou mesmo quando essa não atenda as condições e formalidades legais, tais como a existência de testemunhas, ou nota de culpa, bem como a comunicação ao Ministério Público, dentre outras.

Todavia, deve-se considerar que mesmo após o relaxamento da prisão, nada impede que se decrete uma prisão cautelar, caso caiba dentro do caso concreto.

²² CÓDIGO PENAL BRASILEIRO. Vade Mecum/ obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, 7 Ed. 2009.p.604.

²³ FILHO. Fernando da Costa Tourinho. *Manual de Processo Penal*. 13 ed., São Paulo: Saraiva. 2010. p.684.

²⁴ Ibidem. p.685.

“Mas isto não impede após o relaxamento da prisão, seja aplicada medida cautelar ou mesmo prisão preventiva, desde que dentro dos requisitos legais.”²⁵

Em existindo a homologação da prisão em flagrante, deverá o juiz, obrigatoriamente a fazer a análise da conversão em prisão preventiva, diante da existência dos elementos contidos no artigo 312 do CPP, o qual expressa:

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

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).²⁶

O grande diferencial trazido pela Lei 12.043/11 é a desnecessidade de vista do Ministério Público para que se realize a conversão, visto que ele já estará ciente da prisão, conforme preleciona ao artigo 306, *caput*, do CPP “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”

Caso seja homologada a prisão pode o juiz e o crime não esteja incluído dentre as hipóteses dos artigos 313 e 314 do CPP resta determinar a imediata soltura do autuado, por meio de liberdade provisória sem fiança, nos moldes do artigo 321 do CPP:

Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código.²⁷

²⁵ BUCH, João Marcos. *ANOTAÇÕES SOBRE A REFORMA DO PROCESSO PENAL NA LEI N.12.403, de 4 de maio de 2011, em vigor a partir de 5 de julho de 2011.* Disponível em http://tjsc25.tj.sc.gov.br/academia/arquivos/Anotacoes_sobre_a_Lei_12.403_de_4_de_maio_de_2011_referentes_a_prisao_e_liberdade_provisoria.pdf. acesso em 18 setembro de 2011.

²⁶ CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. - Vade Mecum/ obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, 7 Ed. 2009.p.642.

²⁷ *Ibidem*.p.643.

Da leitura do artigo supra observa-se que a liberdade provisória pode ser aplicada de cumulada com as medidas cautelares trazidas no artigo 319 do CPP, assim:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - 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;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - 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;

VII - 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;

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;

IX - monitoração eletrônica.²⁸

Essa também foi uma das inovações trazidas pela Lei 12.043/11, visto que anteriormente a liberdade provisória poderia ser concedida sem qualquer vinculação.

²⁸ CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. - Vade Mecum/ obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, 7 Ed. 2009.p.643.

CAPÍTULO II- CRIMES DE TÓXICO

2.1 Combate às drogas e os crimes de tóxico

Em 23 de agosto de 2006 passou a vigorar no país a nova lei de tóxico, Lei nº 11.343. Anteriormente a promulgação dessa lei os crimes de tóxico eram regidos pela 6.368/76. Nota-se que passaram-se quase trinta anos para que uma nova lei fosse promulgada nesse sentido.

É preciso que o ordenamento jurídico esteja em consonância com os anseios sociais, e dessa forma tornou-se imprescindível a edição do diploma legal, a fim de atender o princípio da adequação social.

O princípio da adequação social “[...] destina-se ao legislador, orientando-o na escolha de condutas a serem proibidas ou impostas, bem como na revogação de tipos penais.”²⁹

Desse modo, a dinâmica presente na sociedade faz com que novos entendimentos e interpretações sejam elas doutrinárias ou jurisprudenciais, venham aparecendo para que possam completar a lacuna deixada pela deficiência a partir da qual o legislador é obrigado a se submeter em quando do aprovar das leis.

O aparecimento da nova lei de entorpecentes, fez com que a questão do tráfico e uso de entorpecentes fosse tratada de forma mais ampla, dando uma interpretação mais harmônica com os atuais moldes sociais nos quais os indivíduos se implantam, tendo em vista que o dinamismo presente nas questões sociais, precisa do sempre gradativo ajustar legal.

O legislador buscou fazer com que a prevenção fosse a principal forma de combater os crimes de tóxico, bem como o dano causado no indivíduo que usa os entorpecentes.

Nesse intento tem-se o artigo 18 da Lei 11.343/06 o qual dispõe: “Constituem atividades de prevenção do uso indevido de drogas, para efeito desta Lei, aquelas

²⁹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. Niterói: Impetus, 2006. P. 61

direcionadas para a redução dos fatores de vulnerabilidade e risco e para a promoção e o fortalecimento dos fatores de proteção.”³⁰

A prevenção se dá em diversos aspectos, conforme expressa Renato Marcão:

Vê-se que os programas de prevenção comportam-se em três fases;

1. Prevenção primária; visa impedir o primeiro contato do indivíduo com a entorpecente.
2. Prevenção secundária: “busca evitar que aqueles que façam uso moderado de drogas passem a usá-las de forma mais analítico e prejudicial”
3. Prevenção terciária: “incidem quando ocorrem problemas de saúde de forma mais freqüente com o uso ou dependência de drogas, sendo que fazem parte deste momento todas as ações voltadas para a recuperação.”³¹

Os crimes e penas concernente às drogas obtiveram nova tipificação e pena. Assim dispõe o artigo 28 do diploma legal em comento:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.³²

Prosseguindo o dispositivo da seguinte forma:

§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

³⁰ Lei 11.343/06. disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em 15 outubro de 2011

³¹ MARCÃO, Renato. *Análise do art. 33 da Lei 11.343/06*. disponível em http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4398. Acesso em 16 de outubro de 2011.

³² Lei 11.343/06. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em 15 outubro de 2011.

§ 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

§ 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

I - admoestação verbal;

II - multa.

§ 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.³³

Na lei 6.368 que disciplinava sobre os delitos que envolviam substancias entorpecentes, tinha-se a incriminação do usuário como aquele que adquiria guardava e/ou trazia consigo drogas para consumo pessoal. Veja que atualmente o dispositivo citado tipifica como usuário aquele que adquiri, guarda, traz consigo, tem em depósito e transporta drogas.

Assim sendo, a Lei 11.343/06 gerou uma expansão na incriminação do usuário de drogas, inserindo outros verbos nos quais configuram o delito descrito.

Salienta-se que o parágrafo primeiro disciplina sobre o plantio, cultivo ou mesmo colheita de drogas, desde que seja para o uso pessoal se enquadrará nas penas previstas no dispositivo, que conforme o inciso I ao III são compostas por advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Nota-se que não há possibilidade de transacionar a pena, como se tinha na lei anterior, nem tampouco, é falado em pena privativa de liberdade.

Nesse ponto ponde Luiz Flavio Gomes:

Para atender a proposta de combate e prevenção ao tráfico e ao consumo de droga promovida pela Convenção da ONU, o legislador brasileiro, optou por não legalizar nem descriminalizar a conduta do usuário de drogas; tão-somente não aplicou na Lei 11.343/06 a previsão de pena privativa de liberdade do usuário, estipulando no artigo 28 como sanção somente advertência sobre os efeitos da droga, prestação de serviço à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.³⁴

³³ Lei 11.343/06. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm. Acesso em 15 outubro de 2011.

³⁴ GOMES, Luiz Flávio. Nova lei de drogas: descriminalização da posse de drogas para consumo pessoal. Disponível em Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1236. Acesso em 19 outubro de 2011.

A intenção principal do legislador foi a de não apenas punir o usuário e sim criar mecanismos que possam mostrá-lo os problemas ocasionados pelo uso de drogas.

Essas medidas educativas, assim chamadas pelo próprio parágrafo 6º do artigo citado, podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, sendo ainda facultado ao juiz trocar, a qualquer tempo, a pena alternativa transacionada ou imposta, caso tal medida não comprove ser a mais amoldada para o caso concreto.

Muito se tem discutido sobre a eficácia dessas medidas educativas. Embora o legislador tenha achegado a norma à realidade social, muitos se questionam se essas medidas atingem o objetivo esperado, conforme preconiza Luiz Flavio Gomes:

Em primeiro lugar o agente aceita uma medida alternativa (do art. 28). Após o seu descumprimento (injustificado) o juiz faz-lhe uma admoestação (advertência). Caso persista o descumprimento vem a multa (que é a última medida cabível). O juiz deve levar em consideração (para a fixação do número de dias-multa) exatamente o grau desse descumprimento (de rebeldia, de menosprezo do agente). Quanto maior for o afastamento do agente do seu compromisso com a justiça (quanto mais desleixado, quanto mais displicente etc.), maior deve ser o número de dias-multa.³⁵

A grande indústria do crime tem no tráfico ilícito de drogas sua atividade mais lucrativa. Pela reiterada ligação com várias outras práticas, o tráfico ilícito de drogas é um dos principais problemas da segurança pública. Desse modo, no artigo 33 da 11.343/06, tem-se o que seria o dispositivo mais esperado, diante de sua severidade no que tange aos crimes de tráfico de entorpecentes.

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:
Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.³⁶

³⁵ GOMES, Luiz Flávio; SANCHES, Rogério Cunha. *Posse de drogas para consumo pessoal: crime, infração penal "sui generis" ou infração administrativa?*. Disponível em: <[HTTP://www.lfg.com.br](http://www.lfg.com.br)>. Acesso em: 19 outubro de 2011.

³⁶ Lei 11.343/06. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em 15 outubro de 2011.

Nota-se que na Lei nº 11.343/06, o legislador tornou mais severo o tratamento dado aos traficantes de drogas. Com efeito, na Lei nº 6.368/76, as penas abstratamente conferidas para os delitos previstos no art. 12, *caput* e seu § 1º os quais correspondem ao artigo 33, *caput* e seu parágrafo 1º, da Lei nº 11.343/06, variavam de 3 a 15 anos de reclusão e 50 a 360 dias-multa, passando para de 5 a 15 anos de reclusão e 500 a 1.500 dias-multa.

Ainda, a lei abarcou também as substâncias usadas para a prática de delito de tráfico. Assim sendo, ainda que o indivíduo venha importar, exportar, vender, produzir e as outras condutas descritas no parágrafo 1º, I do artigo 33 estará sujeito às penas elencadas no *caput* do dispositivo.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.³⁷

Igualmente aquele que cultiva, planta, ou faz colheita sem que seja pra uso próprio de substâncias que possam ser usadas para a preparação de drogas ou usam um local ou bem, ou ainda consente que outra pessoa dele se utilize para auxiliar no tráfico de drogas incorrerá nas penas expressa no *caput* do artigo 33.

O parágrafo segundo do artigo 33 também incrimina aquele que induz, instiga ou auxilia alguém no uso indevido de drogas.

Há grande divergência se os “fogueteiros” ou “olheiros” se enquadrariam nessa conduta. Todavia, fazendo uma interpretação do dispositivo pode-se dizer que tal conduta se adéqua ao *caput* do artigo 33, visto que buscam a garantia que o tráfico se realize.

³⁷ Lei 11.343/06. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm. Acesso em 15 outubro de 2011.

Ora, aquele que exerce a atividade de segurança, de fogueteiro ou de olheiro do tráfico de drogas pratica o crime tipificado no artigo 33, *caput* da Lei 11.343/06, porque sua função é a de garantir a realização de qualquer das condutas ali descritas e, assim fazendo, concorre para que qualquer uma delas se concretize, conforme dispõem o art. 29 do CP.³⁸

Ainda que a pessoa venha oferecer droga, mesmo que não seja de forma habitual e para consumo em conjunto, também é considerado crime, conforme preceitua o parágrafo 3º do artigo 33 da Lei 11.343/06

§ 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:
Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.³⁹

A conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos foi expressamente proibida pelo parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06

Nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.⁴⁰

Os artigos 34 ao 37 da Lei 11.343/06 estabelece sanções para os que se associam para a prática delitiva em comento, sendo duramente apenados nesse sentido.

Como visto a lei buscou ser mais dura com os traficantes e mais branda com os usuários de entorpecentes, tendo em vista que para esses ficou evidenciado que deve se pautar em prevenção e assistência, sobretudo médica, para que o dependente de substâncias entorpecente possa se livrar do vício. Portanto, não basta apenas punir e sim educar e tratar.

³⁸ FERREIRA NETO, Decio. *Auxílio ao tráfico de drogas e a Lei nº 11.343/06*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1161, 5 set. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8881>>. Acesso em: 19 outubro 2011.

³⁹ Lei 11.343/06. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm. Acesso em 15 outubro de 2011.

⁴⁰ *Ibidem*. Acesso em 15 outubro de 2011.

Processualmente a lei 11.343/06 alterou de forma significativa os delitos que envolvem as substâncias entorpecentes, trazendo em seu bojo, no artigo 44 a proibição de liberdade provisória, sursis, graça, indulto e anistia. Ainda, para que o réu condenado nessa prática delituosa possa receber o benefício da progressão de regime, deverá cumprir dois terços da pena imposta.

2.2 Equiparação a crime hediondo

A lei 8.072/90 e, seu artigo 2º equipara o tráfico de entorpecentes aos crimes considerados hediondos, obedecendo a determinação constitucional estabelecida no artigo 5º, XLIII da Constituição da República de 1988:

Art. 5º

XLIII- A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;⁴¹

Esses delitos, juntamente com os descritos no artigo 1º da Lei 8.072/90, receberam essa classificação devido a sua gravidade.

Para Rogério Greco, diante da indefinição conceitual do que vem a ser crime hediondo, caberá à lei trazer em seu bojo o rol taxativo de tais condutas.

Não há um critério jurídico-doutrinário para fins de conceituação do que venha a ser “crime hediondo”, sendo, outrossim, o critério puramente legal. Isso significa que a lei será encarregada de apontar as infrações penais que entendem que devam gozar dessa qualidade de hediondas, havendo, aí, um nítido processo de etiquetamento ou seja de rotulação.⁴²

Importante ressaltar que quando foi promulgada a Lei 8.072/90, os crimes ali inseridos deveriam ser cumpridos em regime integralmente fechado, o que foi

⁴¹ CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Vade Mecum/ obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, 7 Ed. 2009.p.27.

⁴² GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal- Parte Especial-* v.3.6ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2009. p.102.

modificado pela Lei 11.464/97, a qual determinou que o regime de cumprimento de tais delitos deveriam ser inicialmente fechado, permitindo a progressão.

CAPÍTULO III- POSSIBILIDADE DE LIBERDADE PROVISÓRIA NOS CRIMES DE TÓXICO

Existem controvérsias quanto à possibilidade ou não de concessão da liberdade provisória nos crimes de tóxico ante o contido no artigo 44 da Lei 11.343/06, conforme será explicitado a seguir.

3.1 Vedação contida no artigo 44 da Lei 11.343/06

Os crimes de tóxico são regulados pela Lei 11.343/06. O tráfico de drogas é um mal que assola nossa sociedade, no qual tem contribuído de forma considerável pelo aumento da marginalidade. Com isso o artigo 44 da lei, proibiu a concessão de liberdade provisória para os praticantes desse tipo de delito. “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.”⁴³

O objetivo do legislador foi o de forçar que o indivíduo que perpetrasse qualquer das infrações descritas ficasse recluso até o cumprimento da pena, em caso de condenação.

Essa vedação seguiu os ditames estabelecidos pela Lei 8.072/90, que instituiu a lei de crimes hediondos em nosso país. Assim, se nesses crimes, considerados graves, não é passível a concessão de alguns benefícios.

O pedido de Concessão de Liberdade Provisória, feito por algum cidadão preso em flagrante delito sob acusação de tráfico de drogas a Autoridade Judiciária, que por sua vez nega o pedido sem justificar a negativa, unicamente ponderando se tratar de vedação legal contida na lei nº 11.343/2006^[03] (exatamente como se fazia ao se referirem as decisões judiciais à condição de crime hediondo, que vedaria automaticamente a concessão de Liberdade Provisória, ato já tishado de inconstitucional pelos Tribunais Superiores, mas que ora se evidencia repetir de forma oblíqua), o que ensejaria – por si só – a negativa à concessão da Liberdade Provisória pleiteada, deve ser analisado sob essa luz que ora acendo.⁴⁴

⁴³ LEI 11.343/06. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm. Acesso em 25 abr. 2011.

⁴⁴ MEDEIROS, Pedro Paulo Guerra de. *Liberdade provisória sob a égide da nova Lei Antidrogas..* Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10305>>. Acesso em: 1 nov. 2011.

Nota-se que a vedação se tratava de uma forma de seguir o entendimento anterior dado pelo legislador aos crimes hediondos devido a gravidade dos fatos.

Essa vedação segue o caráter repressivo determinado pela Constituição da República contida no já citado artigo 5º, inciso XLIII, indo de encontro com esse modelo de política criminal repressiva, principalmente em se tratando dos crimes de tóxicos.

A Lei nº 11.464/2007 alterou o inciso II do artigo 2º da Lei de crimes Hediondos que trazia a vedação para a concessão da liberdade provisória, suprimindo a expressão do texto do dispositivo legal.

Nesse aspecto Paulo Rangel preleciona:

A supressão da expressão “liberdade provisória” do texto do inciso II do artigo 2º da Lei nº 8.072/90 significa que não se permite outro entendimento, senão a possibilidade de concessão de liberdade provisória nesses casos. Até porque, seria um verdadeiro retrocesso social, em pleno Estado Democrático de Direito, aceitar-se a vedação legal à liberdade provisória.⁴⁵

Desse modo não há justificativa plausível para que a vedação contida no artigo 44 da Lei 11.343/06 possa prosperar, já que deve ser o dispositivo ser entendido como revogado implicitamente, ainda que se refira a legislação especial.

Caso o objetivo do legislador fosse manter um tratamento rigoroso para a tal , teria feito de forma expressa então deixaria a margem para interpretação.

Segundo leciona Luis Flávio Gomes: “quisesse o legislador perpetuar a restrição prevista na Lei de Drogas (artigo 44), optando, portanto, por um tratamento diverso e mais rigoroso, o teria feito expressamente”⁴⁶

Assim sendo, o reconhecimento da negatória da liberdade provisória tendo por base unicamente o contido no artigo 44 da lei 11.343/06 não deve prosperar, visto que as prisões constituem exceção em nosso país, e não já elementos suficientes que autorizem a manutenção da prisão do indivíduo nesse sentido.

⁴⁵ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 678.

⁴⁶ GOMES, Luiz Flávio; SANCHES, Rogério Cunha. *Cabe liberdade provisória no tráfico de drogas? ..* Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10996>>. Acesso em: 02 nov. 2011.

Deste modo, para conservar os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, deve ser considerada como inconstitucional a vedação legal absoluta da concessão de liberdade provisória, como a que consta no artigo 44 da Lei de Tóxico.

Impróprio, assim, para efeito de se explicar a decretação da prisão cautelar, o emprego do artigo 44 da Lei nº 11.343/2006, especialmente depois da vigência da Lei nº 11.464/2007, que afastou a vedação legal de concessão de liberdade provisória para todos os crimes hediondos e os delitos a eles equiparados, com inclusão dos crimes de tóxico.

3.2 Possibilidade de concessão de liberdade provisória nos crimes de tóxico e princípio da razoabilidade

A razoabilidade consiste em uma forma de saber que não serão cometidos excessos, conforme diz Celso Antonio Bandeira de Melo: “ora, um ato que excede ao necessário para bem satisfazer o escopo legal não é razoável.”⁴⁷

A razão de ser da concessão da medida está em não ocasionar injustiças dentro do processo penal.

Para Ticiano Figueiredo, a medida deve ser concedida desde que não estejam presentes os requisitos que fundamentam a prisão e não apenas embasada no artigo 44 da Lei de Tóxico.

Assim, o que se espera, em casos onde se apura a prática de crime de natureza hedionda, especialmente o tráfico ilícito de entorpecentes, é que magistrados e Tribunais, em caráter excepcional, ausentes os requisitos constantes do artigo 312 do Código de Processo Penal, que autorizariam a medida de segregação cautelar — garantia da ordem pública, da ordem econômica, aplicação da lei penal ou conveniência da instrução criminal — façam cessar os efeitos da medida restritiva de liberdade, e não se curvem

⁴⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 21ed., São Paulo.: Malheiros. 2006. p.269.

diante da vedação legal existente no artigo 44 da Lei de Tóxicos (Lei 11.343/06).⁴⁸

É importante ressaltar ainda que a questão não encontra-se pacificada nos tribunais, visto ser claro o texto da lei e existirem magistrados e desembargadores e a cumprem em sua literalidade.

Como visto no item 3.1, não há na legislação nenhum elemento que autorize a prisão do indivíduo sob a negativa da liberdade provisória, em se tratando de crime de tóxico, sendo a medida considerada desproporcional.

A prisão *ex legi* não pode existir por vários fundamentos já alinhados alhures, que deixam evidente não caber ao legislador se ocupar do posto do Magistrado que analisa cada caso concretamente, a então reconhecer se estão presentes elementos a ensejar a prisão cautelar do acusado. Afronta, sem dúvida, o Princípio da Proporcionalidade, em seu trinômio adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.⁴⁹

Uma medida desproporcional, também não é razoável, e seguindo essa linha de pensamento os tribunais têm reconhecido a possibilidade e concedendo a liberdade provisória nos crimes de tóxico quando é cabível.

3.2 Posicionamento jurisprudencial

Seguindo essa linha de raciocínio, parte da doutrina e jurisprudência tem pugnado pela aplicação do princípio da razoabilidade diante dos casos concretos. A negativa da liberdade provisória baseada unicamente do art. 44 da Lei de Tóxico tem sido reformada pelos tribunais.

⁴⁸ FIGUEIREDO, Ticiano. *Vedação legal ou usurpação do direito?* Disponível em <http://www.conjur.com.br/2009-jun-16/condenados-traffic-drogas-direito-liberdade-provisoria>. Acesso em 25 abr. 2011.

⁴⁹ FLORES, Marcelo Marcante. *Uma análise da proibição legal da concessão da liberdade provisória nos crimes de tóxico.* Disponível em http://www.potteremarcante.com.br/uma_analise_da_in_constitucionalidade_da_proibicao_legal_da_liberdade_provisoria_na_lei_de_toxicos.pdf. acesso em 30 out. 2011.

A prisão é exceção em nosso país fazendo com que a liberdade seja a regra. Contido nesse conceito de liberdade, procedem a vários outros como a liberdade de pensamento e a liberdade de locomoção.

A Constituição da República prima pela liberdade dos indivíduos e, indo além disso, sendo norteadada pelo princípio da presunção da inocência, que considera o indivíduo inocente até a sentença penal condenatória.

Recentemente foi editada a 12.403/11, consagrando a caráter excepcional das prisões e nesse norte novas medidas cautelares passaram a ser disponibilizadas ao juiz, para a aplicação antes da decretação de uma prisão.

Em jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais pode verificar a concessão da liberdade provisória em um caso concreto.

HABEAS CORPUS - TRÁFICO DE DROGAS ILÍCITAS - LIBERDADE PROVISÓRIA - INDEFERIMENTO - DECISÃO PRIMEVA CARENTE DE FUNDAMENTAÇÃO - INTELIGÊNCIA DO ART. 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - CONSTRANGIMENTO ILEGAL - OCORRÊNCIA - ORDEM CONCEDIDA. I. A doutrina e jurisprudência entendem que toda e qualquer espécie de prisão, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, tem natureza cautelar, o que significa dizer, deve estar devidamente comprovada a necessidade de tal restrição da liberdade. II. A decisão que contém o indeferimento do pleito de liberdade provisória com base na proibição legal de concessão do benefício previsto no art. 44 da Lei 11343/06, sem se embasar em dados concretos dos autos, deve ser cassada, para que se veja restabelecida a liberdade do paciente. III. Ordem concedida.⁵⁰

No caso apresentado o nobre julgador reconhece o caráter excepcional das prisões, reconhecendo que apenas a restrição contida no artigo 44 da Lei 11.343/06 não é suficiente para a manutenção da prisão.

Em outro julgado, do mesmo tribunal, também pode verificar a concessão da medida:

HABEAS CORPUS - TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES - DECISÃO PRIMEVA CARENTE DE FUNDAMENTAÇÃO - OCORRÊNCIA - CONCESSÃO. A gravidade do crime, por si só, bem como a alegada vedação legal à liberdade provisória determinada pelo art. 44 da Lei

⁵⁰ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Numeração Única: 0215243-17.2010.8.13.0000. Data da Publicação: 30/06/2010. Acesso em 26 abr. 2011.

11.343/06, não justificam a custódia cautelar, sob pena de o juiz transformar-se em legislador positivo. Ordem concedida.⁵¹

Nota-se que é necessária a análise do caso concreto para que a prisão seja mantida, ou seja, é preciso analisar a situação do réu em questão, já que a simples vedação contida na lei de tóxico não pode ser considerada como base para a manutenção da prisão.

Reconhecer a possibilidade de concessão da liberdade provisória nos crimes de tóxico é ir de encontro com a consagração dos princípios constitucionais. A gravidade do delito não pode servir de base para a reprimenda. Logo, não há que se falar em negativa de liberdade provisória nos crimes de tóxico, baseadas unicamente no disposto do artigo 44 da Lei 11.343/06.

⁵¹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Numeração Única 1.0000.09.495150-6/000(1) Data da Publicação: 08/06/2009. Acesso em 26 abr. 2011.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do momento que se tem o cometimento de um ilícito penal deve responder judicialmente a um processo nessa esfera, ficando ressalvada a existência de excludentes de tipicidade e ilicitude.

A garantia de um processo dentro dos limites constitucionais com a garantia do devido processo legal é estendido a todos, para que nenhuma injustiça seja cometida, atentando para os critérios da razoabilidade.

Dentro da garantia do devido processo legal, tem-se a liberdade provisória, já que a manutenção do indivíduo no cárcere deverá ser visto como uma exceção, visto que ninguém poderá ser mantido preso, quando na análise do caso concreto ser considerado possível a concessão da liberdade provisória.

É importante salientar que não cabe liberdade provisória se verificada as condições que autorizam as prisões cautelares, seja temporária ou preventiva.

O objetivo da liberdade provisória é permitir que o réu responda ao processo em liberdade sob algumas condições determinadas em lei, contidas nos artigos 327 e 328 do Código de Processo Penal.

Nesse intento, pode-se dizer que a razão de ser da liberdade provisória está contida na confiança que a lei dá ao indivíduo de comparecer a todos os atos processuais sem que tenha que estar sob custódia.

Por sua vez, a liberdade provisória se divide em duas espécies, com e sem fiança, ressaltando que a recentemente a lei 12.403/11 alterou a concessão de fiança.

Os delitos de envolvem entorpecentes tem sido um mal que assola nossa sociedade, desencadeando a ocorrência de diversos outros delitos, principalmente para a manutenção do tráfico de entorpecentes.

A lei 11.343/06 é quem regula os delitos que envolvem tóxico, explicitando em seu bojo as diferentes tipificações e penalidades para essa prática delitiva.

O artigo 44 da Lei 11.343/06 veda a concessão de liberdade provisória nesses delitos, consagrando o mandamento constitucional e o contido na lei de crimes hediondos que igualmente trazia essa vedação.

No entanto, a Lei nº 11.464/2007 alterou o inciso II do artigo 2º da Lei de crimes Hediondos que trazia a vedação para a concessão da liberdade provisória, suprimindo a expressão do texto do dispositivo legal.

Se não há a vedação para os crimes hediondos, também não existirá para os crimes de tóxico.

Esse entendimento vai de encontro ao contido no princípio da razoabilidade, pois é imprescindível que os atos do judiciário sejam proporcionais e razoáveis, e se a prisão é a exceção em nosso ordenamento jurídico, a concessão da liberdade provisória nos crimes de tóxico é uma medida proporcional e razoável ao caso concreto.

Nessa linha de pensamento os tribunais de nosso país têm seguindo essa determinação, na afirmação de diante da análise do caso concreto, a negativa da liberdade provisória embasada unicamente no contido no artigo 44 da Lei 11.343/06 não deve prevalecer.

Trata-se do melhor entendimento, pois como já dito, a manutenção do indivíduo no cárcere deve ser medida excepcional.

REFERÊNCIAS

BUCH, João Marcos. *ANOTAÇÕES SOBRE A REFORMA DO PROCESSO PENAL NA LEI N.12.403, de 4 de maio de 2011, em vigor a partir de 5 de julho de 2011*. Disponível em http://tjsc25.tj.sc.gov.br/academia/arquivos/Anotacoes_sobre_a_Lei_12.403_de_4_d_e_maio_de_2011_referentes_a_prisao_e_liberdade_provisoria.pdf. acesso em 18 setembro de 2011.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 11 ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. - *Vade Mecum/ obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto*, 7 Ed. 2011.

CÓDIGO PENAL BRASILEIRO. *Vade Mecum/ obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto*, 7 Ed. 2009.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL. *Vade Mecum/ obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto*, 7 Ed. 2011.

FERREIRA NETO, Decio. *Auxílio ao tráfico de drogas e a Lei nº 11.343/06*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1161, 5 set. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8881>>. Acesso em: 19 outubro 2011.

FIGUEIREDO, Ticiano. *Vedação legal ou usurpação do direito?* Disponível em <http://www.conjur.com.br/2009-jun-16/condenados-trafico-drogas-direito-liberdade-provisoria>. Acesso em 25 abr. 2011

FILHO. Fernando da Costa Tourinho. *Manual de Processo Penal*. 13 ed., São Paulo: Saraiva. 2010.

FILHO, Vicente Grego. *Manual de Processo Penal*. 8ed., São Paulo: Saraiva. 2004

FLORES, Marcelo Marcante. *Uma análise da proibição legal da concessão da liberdade provisória nos crimes de tóxico*. Disponível em http://www.potteremarcante.com.br/uma_analise_da_in_constitucionalidade_da_proibicao_legal_da_liberdade_provisoria_na_lei_de_toxicos.pdf. acesso em 30 out. 2011.

GOMES, Luiz Flávio. *Nova lei de drogas: descriminalização da posse de drogas para consumo pessoal*. Disponível em Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1236. Acesso em 19 outubro de 2011.

GOMES, Luiz Flávio; SANCHES, Rogério Cunha. *Cabe liberdade provisória no tráfico de drogas?* .. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10996>>. Acesso em: 02 nov. 2011.

GOMES, Luiz Flávio; SANCHES, Rogério Cunha. *Posse de drogas para consumo pessoal: crime, infração penal "sui generis" ou infração administrativa?*. Disponível em: <[HTTP://www.lfg.com.br](http://www.lfg.com.br)>. Acesso em: 19 outubro de 2011.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal- Parte Especial-* v.3.6ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2009.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. Niterói: Impetus, 2006.

LEI 11.343/06. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em 25 abr. 2011.

MARCÃO, Renato. *Análise do art. 33 da Lei 11.343/06*. disponível em http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4398. Acesso em 16 de outubro de 2011.

MARTINS, Flavio. *COMENTÁRIOS À NOVA LEI DE PRISÕES (Lei 12.403, de 4 de maio de 2011)* Disponível em <http://www.confrariadojuri.com.br/artigos/cautelares.pdf>. Acesso em 18 setembro de 2011.

MEDEIROS, Pedro Paulo Guerra de. *Liberdade provisória sob a égide da nova Lei Antidrogas..* Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10305>>. Acesso em: 1 nov. 2011.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 21ed., São Paulo.: Malheiros. 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza *Manual de processo penal e execução penal*. 5. ed., ver e atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PACCELI, Eugenio. *Comentários a Lei 12.403/11* Disponível em <http://pt.scribd.com/doc/61219718/Lei-12403-11-Pacelli-comentarios>. Acesso em 18 setembro de 2011.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL HC 97346, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 25/05/2010, DJe-116 DIVULG 24-06-2010 PUBLIC 25-06-2010 EMENT VOL-02407-02 PP-00369 LEXSTF v. 32, n. 379, 2010, p. 280-286). Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000166311&base=baseAcordaos>. Acesso em 08 abr. 2011.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Numeração Única: 0215243-17.2010.8.13.0000. Data da Publicação: 30/06/2010. Acesso em 26 abr. 2011.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Numeração Única 1.0000.09.495150-6/000(1) Data da Publicação: 08/06/2009. Acesso em 26 abr. 2011.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Numeração Única: 0473899-46.2011.8.13.0000 Relator: Des.(a) ADILSON LAMOUNIER Data do Julgamento: 23/08/2011. Acesso em 18 setembro de 2011.