
FACULDADES INTEGRADAS

“ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO

**A ANÁLISE PORMENORIZADA DA LIBERDADE PROVISÓRIA NO
TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES**

Gustavo Endres de Almeida

Presidente Prudente/SP

2011

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO

A ANÁLISE PORMENORIZADA DA LIBERDADE PROVISÓRIA NO
TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES

Gustavo Endres de Almeida

Monografia apresentada como requisito parcial
de Conclusão de Curso para obtenção do grau
de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof.
Antenor Ferreira Pavarina.

Presidente Prudente/SP

2011

A ANÁLISE PORMENORIZADA DA LIBERDADE PROVISÓRIA NO TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES

Trabalho de Monografia aprovado como
requisito parcial para obtenção do Grau
de Bacharel em Direito.

Antenor Ferreira Pavarina
Orientador

Marcus Vinícius Feltrim Aquotti
Examinador

Rodrigo Lemos Arteiro
Examinador

Presidente Prudente, 11 de novembro de 2011

*“Engraçado, costumam dizer que tenho sorte.
Só eu sei que quanto mais eu me preparo
mais sorte tenho” (Anthony Robbins)*

AGRADECIMENTOS

Inicialmente agradeço a Deus que sempre me proporcionou todas as oportunidades de poder alcançar meus objetivos pessoais, profissionais e financeiros almejados.

A minha família que mesmo com tantas dificuldades e sacrifícios puderam me propiciar um ambiente seguro, com amor e carinho, me motivando a seguir todos os meus sonhos.

Em especial, o meu avô Celso Christiano Endres e minha avó Maurília Ferreira Endres, que sem qualquer resquício de dúvida acreditaram em minhas pretensões acadêmicas como ninguém.

A meus amigos, que em meus momentos de cansaço e desmotivação sempre puderam recarregar minhas energias com risos, festas e apoio.

Ao professor Antenor Ferreira Pavarina por ter aceitado o encargo de me orientar, prestando da melhor maneira possível a meu ver e se tornando um exemplo de admiração pessoal e profissional que pretendo seguir.

Aos meus examinadores, Marcus Vinícius Feltrim Aquotti e Rodrigo Lemos Arteiro, por terem aceitado avaliar este trabalho com toda experiência e dedicação que costumamos presenciar em suas atividades acadêmicas.

A Guilherme Prado Bohac de Haro por sempre me incentivar à atividade científico-jurídico, resultando na publicação do artigo intitulado “a liberdade provisória no tráfico ilícito de entorpecentes” no IBCrim – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, usado como tema principal deste trabalho.

Aos tantos companheiros que diariamente viajaram comigo nestes 05 (cinco) anos de jornada acadêmica entre minha cidade e a faculdade, sempre me motivando a querer alcançar meus objetivos.

Por fim, a todos aqueles que colaboraram com minha jornada acadêmica, na qual estou neste momento a finalizar e a iniciar outra prospectiva, qual seja, a busca pelo sucesso profissional.

RESUMO

O presente trabalho tem como tema “a análise pormenorizada da liberdade provisória no tráfico ilícito de entorpecentes”. Para abordar o assunto, foi necessário levar ao leitor todas as peculiaridades que orbitam atualmente em torno da concessão da liberdade provisória ao indiciado pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes em razão do surgimento da Lei. 11.464/07. Referida lei retirou a palavra “liberdade provisória” constante no artigo 2º, inciso II, da Lei. 8.072/90, ou seja, em que pese, permitiu o legislador a liberdade provisória sem fiança aos crimes hediondos e equiparados, entretanto, não foi o que de fato ocorreu uma vez que doutrina e jurisprudência se atentaram ao inesperado, um conflito de legalidade existente em nosso ordenamento jurídico, em especial com o artigo 44, da Lei. 11.343/06 que proíbe expressamente a concessão de liberdade provisória ao crime tráfico de drogas, com ou sem fiança. Diversos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais surgiram em relação ao tema, criando-se assim uma das mais polêmicas discussões em matéria penal, processual penal e constitucional a respeito de qual norma deve ser aplicada em relação à liberdade provisória; o disposto no artigo 44 da Lei. 11.343/06 ou a nova determinação legal do artigo 2º da Lei. 8.072/90? Na verdade fática, a melhor pergunta a ser feita é: a Lei n. 11.646/07 revogou/derrogou tacitamente em parte o artigo 44 da Lei n. 11.343/06 com relação à menção liberdade provisória no crime de tráfico de drogas? Desta maneira, trouxemos ao leitor a análise etimológica do crime de tráfico, evolução histórica, mudanças legais, a intenção do legislador, suas contradições legais, princípios do direito questionados e a serem aplicados ao caso, entendimento doutrinário e jurisprudencial, direito comparado, entre outros, para que, ao final, possa trazer a baila uma breve resposta a solução do conflito e uma formação crítica a respeito do tema, qual seja, que toda repercussão surgiu da criação de lei pelo legislador que estendeu interpretação restritiva de direito da Carta Magna, no qual, logicamente, é ato inconstitucional.

Palavra Chave: Liberdade Provisória. Tráfico. Drogas. Entorpecente. Hediondo.

ABSTRACT

This work has the theme "the detailed analysis of the bail in trafficking in narcotics." To address this issue, it was necessary to take the reader all the peculiarities currently orbiting around the granting of bail when charged with the crime of trafficking in narcotics with the emergence of the Law 11.464/07. The Act removed the word "bail" in Article 2, Paragraph II, of Law 8.072/90, that is, in spite of, allowed the legislature to bail without bail and similar heinous crimes, however, was not what actually happened as doctrine and jurisprudence are aware of the unexpected, a conflict of existing laws in our legal system, in particular with Article 44 of law 11.343/06 which expressly prohibits the granting of bail to the crime of trafficking drugs, with or without bail. Various doctrinal and jurisprudential positions have arisen in relation to the subject, thus creating one of the most controversial debates in criminal matters, and constitutional criminal procedure as to which standard should be applied in relation to bail, the provisions of Article 44 of the Law 11.343/06 or the new legal requirement of Article 2 of law 8.072/90? In the factual truth, the best question to ask is: Law No. 11.646/07 revoked / tacitly derogated in part Article 44 of Law No. 11.343/06 regarding parole for the crime of drug trafficking? Thus, we bring the reader the etymological analysis of the crime of trafficking, historical development, legal changes, the legislator's intention, his legal contradictions, and asked law principles are applied to the case, understanding of doctrine and jurisprudence, comparative law, among others, that in the end can bring up a brief response to the resolution of the conflict and a critical training on the subject, namely, that all arose from the impact of law creation by the legislature that extended narrow interpretation of law of the Magna Carta, which of course is unconstitutional act .

Key Words: Bail. Trafficking. Drugs. Numbing. Hideous.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 DA LIBERDADE PROVISÓRIA	12
2.1 Considerações Gerais	12
2.2 Histórico	15
2.3 Discussões da Nomenclatura Auferida	17
2.4 Natureza Jurídica de Contra-Cautela da Liberdade Provisória	19
2.5 Espécies	20
2.5.1 Liberdade provisória com fiança	20
2.5.1.1 Fiança deferida pela autoridade policial	21
2.5.1.2 Fiança deferida pela autoridade judicial	22
2.5.1.3 Valor da fiança	22
2.5.1.4 Modalidades	23
2.5.1.5 Cassação da fiança	23
2.5.1.6 Reforço da fiança	24
2.5.1.7 Quebramento da fiança	25
2.5.1.8 Perda da fiança	27
2.5.1.9 Inafiançabilidade	27
2.5.2 Liberdade provisória sem fiança	29
2.5.2.1 Imperativos da defesa social	29
2.5.2.2 Liberdade provisória na excludente de ilicitude	30
2.5.2.3 Liberdade provisória pós-flagrante	31
2.5.2.4 Liberdade provisória por motivo de pobreza	31
2.5.2.5 Liberdade provisória pós-pronúncia	32
2.5.2.6 Liberdade provisória pós-sentença condenatória recorrível	33
2.6 Liberdade Provisória e a Lei. 11.464/07	34
2.7 Liberdade Provisória e a Lei. 12.403/11	34
3 DA PRISÃO CAUTELAR	38
3.1 Considerações Gerais	38
3.2 Espécies de Prisão Antes do Advento da Lei. 12.403/11	39
3.2.1 Prisão em flagrante	40
3.2.2 Prisão temporária	43
3.2.3 Prisão preventiva	45
3.2.4 Prisão decorrente de pronúncia	47
3.2.5 Prisão decorrente de sentença condenatória recorrível	49
3.2.6 Prisão para averiguação	50
3.3 Prisão Cautelar Após o Advento da Lei. 12.403/11	50
3.4 Direito Comparado	56
3.4.1 Países que adotam o sistema romano-germânico	56
3.4.1.1 Itália	57
3.4.1.2 Espanha	58
3.4.1.3 Argentina	58
3.4.1.4 Alemanha	58

3.4.1.5 Portugal	59
3.4.1.6 França	59
3.4.2 Países que adotam o sistema anglo-saxão	60
3.4.2.1 Inglaterra	60
4 O TRÁFICO DE DROGAS E O CRIME	62
4.1 Definição Literal e Etimológico do Tráfico de Drogas	62
4.2 Tráfico Ilícito de Entorpecentes	64
4.2.1 O tráfico ilícito de entorpecentes e sua criminalização	64
4.2.2 A constituição de 1988 e a Lei. 8.072/90.....	67
4.2.2.1 O cerceamento à liberdade	68
4.2.2.2 A jurisprudência à época	70
4.2.3 O advento da Lei. 11.343/06 – A Nova Lei Anti-Drogas	72
4.2.3.1 A proibição agregada	73
4.2.3.2 Crimes supra-hediondos	75
4.2.3.3 A jurisprudência à época	75
4.2.4 O advento da Lei. 11.464/07 e a liberdade provisória	76
4.2.4.1 A intenção do legislador e a correta hermenêutica	76
4.2.4.2 O conflito da legalidade de normas	79
4.2.4.3 Considerações finais e seus efeitos	83
4.2.5 A nova lei de medidas cautelares e seus efeitos.....	86
5 PRINCÍPIOS INFRINGIDOS DO DIREITO.....	87
5.1 Princípio da Legalidade	87
5.2 Princípio da Presunção de Inocência	88
5.3 Princípio do Devido Processo Legal.....	88
5.4 Princípio da Isonomia	89
5.5 Princípio da Proporcionalidade lato sensu ou Razoabilidade.....	89
5.6 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	90
5.7 Princípio da Separação dos Três Poderes	90
5.8 Princípio da Intervenção Mínima	90
5.9 Princípio da Obrigatoriedade de Fundamentação	91
5.10 Princípio da Irretroatividade da Lei Penal.....	92
5.11 Princípio da Individualização da Pena.....	92
6 O CONFLITO EM FACE DO DIREITO PENAL PURO	93
6.1 Direito Penal do Inimigo e do Cidadão – Terceira Velocidade Punitiva.....	93
6.2 Direito Penal do Equilíbrio	94
6.2.1 Movimento abolicionista	95
6.2.2 Movimento lei e ordem	97
6.2.3 Direito penal mínimo	98
6.3 Responsabilidade Compulsória	99
6.3.1 Responsabilidade objetiva e subjetiva	99
6.4 Teoria da Co-culpabilidade.....	100
6.5 Conclusões quanto às Teorias	102
7 ATUALIDADE E VISÃO PROSPECTIVA	103
7.1 O Entendimento da Doutrina e Jurisprudência Atualmente	103
7.2 Recente Concessão de Penas Restritivas de Direito ao Tráfico	106
7.3 Casos Análogos – Lei. 10.826/03, O Estatuto do Desarmamento	107

7.4 Gráficos Informativos para Reflexão quanto ao Tráfico	109
7.5 Da Repercussão Geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal	115
7.6 Política Criminal	116
8 DA INCONSTITUCIONALIDADE RETROSPECTIVA	117
8.1 Do Real Motivo da Origem do Conflito de Normas	117
8.2 Inconstitucionalidade Agregada Manifesta	121
8.3 Norma Transcendente Inconstitucional Agregada.....	123
9 CONCLUSÃO	124
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	126

1 INTRODUÇÃO

Tem este trabalho como principal fundamento levar ao leitor a análise minuciosa das discussões que atualmente giram em torno da concessão do benefício da liberdade provisória aos indiciados por tráfico ilícito de entorpecentes e ao final trazer a correta solução para o conflito de legalidade existente.

Veja que abordaremos não só suas peculiaridades que surgiram com a Lei. 11.464/07, mais sim, através de uma reflexão da evolução histórica da norma que restringiu o referido benefício, mostrar a verdadeira causa que determinou a situação vivida dos dias atuais.

Para tanto, faz-se necessário um breve estudo quando ao instituto da liberdade provisória em nosso País, bem como das prisões cautelares ou processuais, no entanto, é oportuno deixar claro desde já que a real intenção não é dissecar o referido tema, pelo contrário, trazer uma base jurídica sintética para que se possa entrar no mérito da discussão.

De outra banda, também foi realizada exaustiva pesquisa quanto ao tráfico ilícito de entorpecentes para poder mostrar a real natureza jurídica do tipo penal, desde sua definição literal e etimológica até sua entrada em nosso ordenamento jurídico como crime.

Foram aplicados métodos históricos, lógicos, principiológicos e dedutíveis com o intuito de esclarecer o impasse em questão, abordando o tema sobre diferentes óticas do direito, tais como constitucional, penal, processual penal, direitos humanos e direito comparado.

No mais, importante constar que o intuito de escrever sobre este tema surgiu com o testemunho prático em escritórios de advocacia e em pesquisa na nossa jurisprudência pátria, ou seja, é notória nos dias atuais a dificuldade que os operadores do direito passam com relação à concessão da liberdade provisória ao tráfico em face do “*legalismo cego*” de nossos magistrados.

Quanto ao acima mencionado, tal fato surge em razão da errônea interpretação dada pela jurisprudência, doutrina e operadores do direito do conflito

hoje existente entre duas normas que antagonicamente tratam sobre o benefício da liberdade provisória no tráfico.

Não obstante é o achar de pessoas leigas que entendem por este trabalho defender a impunidade ao traficante, sua liberdade sem qualquer razão a sociedade, sendo que, procura-se na realidade fática, apenas o correto emprego do direito que nos pertence, função essa exclusiva e primordial ao operador do direito.

Ademais, em razão do recente advento da Lei. 12.403/11, que instituiu as novas medidas cautelares no processo penal, foi realizada uma pormenorizada análise em face dos institutos da liberdade provisória e prisão cautelar em nosso País, trazendo ao leitor um completo estudo em todos seus aspectos.

Deste modo, através de uma vasta pesquisa no campo do direito, e ainda, analisando todas as correntes doutrinárias e atuais posicionamentos jurisprudenciais, chegamos ao que acredito ser a melhor hermenêutica ao tema, trazendo ao leitor uma visão crítica a respeito, conforme passaremos a dispor agora.

2 DA LIBERDADE PROVISÓRIA

2.1 Considerações Gerais

Todo tema hoje em dia que trate da liberdade individual, um direito constitucional assegurado ao homem, é matéria que envolve discussões polêmicas. Como já dito anteriormente, para que se possa adentrar ao mérito da discussão do presente trabalho faz-se necessária um breve discorrer quanto ao instituto da liberdade provisória.

Por qualquer que seja o prisma em questão, como o jurídico, o político, o sociológico ou filosófico, é impossível ou pelo menos utópico conceber-se a noção de liberdade em extensão absoluta. Tal fato decorre da estrutura social em que atualmente vivemos, qual seja, através do tão aclamado pacto social ou contrato social discorrido por Jean Jacques Rousseau (1963, p. 30).

O homem na concepção de Rousseau perde a sua liberdade natural, que é aquela absoluta, livre de qualquer restrição imposta ao convívio em sociedade e passa a ter a chamada liberdade civil que sofre as limitações para ajustar-se a vida em coletividade.

Ademais, refletindo o pensamento de Rousseau, todo o cidadão tem o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a formação do Estado e dos Direitos Fundamentais inerentes, sendo, ainda, o mesmo para todos (isonomia), seja para proteger, seja para punir.

Corroborando com a narrativa de Rousseau, de grande contribuição para a teoria geral dos direitos fundamentais foi, e continua sendo, a “*teoria dos quatro status*” de Georg Jellinek (1981, p. 306), segundo qual todo indivíduo, além da sua esfera privada de atuação, pode fazer parte de uma esfera pública enquanto membro da comunidade política, dependendo apenas do reconhecimento estatal.

Assim, enquanto membro desta comunidade (contrato social de Rousseau) vincula-se ao Estado, adquirindo personalidade e relacionando-se com

quatro espécies de situações jurídicas (*status*), seja como sujeito de deveres, seja como titular de direitos.

Na linha de raciocínio, as possíveis relações nas quais pode encontrar-se com o Estado colocam-no numa série de condições juridicamente relevantes, são: *status subjectionis* ou *status passivo*; *status negativus* ou *status libertatis*, *status civitatis* ou *status positivo* e *status activus*.

Em suma, com base na teoria clássica de Jellinek, os direitos fundamentais correspondem a cada um daqueles *status*, desempenhando funções distintas. Ao que nos interessa neste trabalho, com fundamento no *status negativus* ou *libertatis*, o indivíduo titulariza direitos de defesa em face do Estado, em virtude dos quais ele pode, quando se sentir ameaçado ou prejudicado por entes ou órgãos estatais, repelir tal injustiça.

No quadro atual dos Estados Democráticos, como é o nosso, nenhum direito individual é absoluto, não existindo a liberdade em si, mais tão somente o direito a liberdade – *jus libertatis*, que em nosso País se encontra esculpido no artigo 5º, caput, da Constituição Federal, nos seguintes termos:

“Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)”. (grifos nossos)

Corroborando, estabelece, ainda, o artigo 5º, inciso LXVI, da Constituição Federal da seguinte maneira: “*ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória com ou sem fiança*”, ou seja, determina ser a prisão cautelar a exceção e não a regra.

O instituto jurídico-processual da liberdade provisória recebe direta e forte influência dos seguintes princípios: a) da justiça; b) da presunção de inocência; c) da desnecessidade de aplicação de medida cautelar; e d) da dignidade da pessoa humana.

Posto isto, com relação ao conceito de liberdade provisória, há tempos existiu um impasse, uma vez que entre processualistas não era muito pacífico e uniforme o referido conceito. Alguns entendiam que possuía natureza precária,

vinculada ao fim do processo penal e sujeita a sentença superveniente, para outros, é medida com cunho de provisoriedade.

Em que pese, a precariedade se tornou corrente ultrapassada, por outro lado, a provisoriedade desta medida, aferida em relação ao meio ou ao fim do processo, é entre os doutrinadores atuais a corrente manifestadamente majoritária.

Tratando como certa a corrente que entende pela provisoriedade de tal medida liberatória, trazemos a baila o conceito de Fernando Capez (2009, p. 286):

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

Sobre tais obrigações impostas, podendo a liberdade provisória ser revogada e voltar à prisão o agente, narra Fernando da Costa Tourinho Filho (2009, p. 257) com muita clareza:

“Diz-se provisória tal liberdade, porque é revogável e se encontra sujeita a certas condições resolutorias de natureza e caracteres vários, como teremos a oportunidade de ver. Enquanto não findar o processo, cumprindo as obrigações que lhe foram impostas, sob pena de revogação.”

Deste modo, a liberdade provisória no nosso entender, assume a um só tempo um duplo aspecto na relação processual, é forma de vinculação do acusado preso em flagrante delito ao processo, protegendo, de certo modo, mesmo que menos intensamente, o seu resultado útil final e, ainda, no que menos intensa que a prisão preventiva, se presta a restaurar, ainda que de forma provisória e vinculada ao resultado final da persecução penal, o *status libertatis* daquele que até então somente processado.

2.2 Histórico

Em uma singela análise histórica quanto à liberdade provisória, é oportuno dizer que não surgiu concomitantemente com a prisão, sendo que a origem desta data-se ainda do Gênesis, porquanto os egípcios já ordenavam a segregação daqueles que consideravam serem infratores, que até mesmo a figura bíblica de José estivera recolhida ao cárcere (Bíblia Sagrada, Antigo Testamento, Gênesis, 39, versículos 16-20).

O instituto da liberdade provisória remonta as primeiras organizações políticas da sociedade, como na antiguidade clássica de acordo com o livro IX, das leis de Platão, em que os membros mais importantes do tribunal grego, os *heliastas*, narravam sobre caução (fiança) “*nenhum cidadão ateniense podia ser preso antes de condenado se, por ventura, três cidadãos do seu sendo se responsabilizarem pelo seu comportamento em juízo*”.

Ato contínuo, a liberdade provisória passou a ser considerado como um direito subjetivo do réu em razão da Lei das Doze Tábuas do Direito Romano, aplicando-se o *intercessio* (veto de discordância quanto à concessão da liberdade) e o *vadimonium* (obrigação de comparecer em juízo), entretanto, com a vinda do império a liberdade passou a ficar sob o poder discricionário dos nobres da sociedade e juízes togados.

Importante colocação é quanto à origem da fiança, recurso intimamente ligado ao instituto da liberdade provisória, que surgiu pela *praedes vades*, advindo de épocas anteriores até mesmo a Lei das Doze Tábuas.

Com relação à época da Idade Média, o instituto da liberdade provisória foi utilizado sobre dois aspectos distintos, no primeiro admitindo-se a caução e, em segundo momento, como prestação pecuniária em garantia fidejussória.

Adiante, a lei *Statute of Westminster the First* foi a principal precursora quanto a liberdade provisória no continente europeu, em especial, na Inglaterra no ano de 1275. Sobre o aspecto da fiança, em razão do *Statute of Philip and Mary*, houve a criação de novas regras no período de 1554 a 1826.

Nos séculos XIII e XIV, em razão das normas referentes a liberdade provisória terem sido propagadas pelo continente europeu, em Portugal, Dom Pedro I passou a legislar sobre a fiança, normas estas que foram recepcionadas pelas Ordenações Afonsinas. Na França, em 1539, houve a restrição do benefício nos casos em que a ofensa ao bem jurídico era ínfima (princípio da insignificância).

Em meio a evolução do instituto da liberdade provisória, usando analogicamente as *Cartas Seguro* (documentos que senhores feudais protegiam certas pessoas em seu feudo) as pessoas passaram a requerer a proteção das autoridades nos casos em que o processado negava sua autoria ou alguma excludente de conduta.

Com o advento da Constituição Imperial de 1824, a fiança foi erigida a condição de garantia constitucional, dispondo em seu artigo 179, nº 9:

“Ainda com culpa formada, ninguém será conduzido a prisão, ou nela conservado estando já preso, se prestar fiança idônea, nos casos em que a lei admite, e, em geral, nos crimes que não estiveram maior pena do que a de seis meses de prisão ou desterro para fora da Comarca, poderá o réu livrar-se solto.”

No Brasil, o Código de Processo Criminal de 1832 aboliu qualquer meio que não fosse a liberdade provisória com fiança, como preceitua corretamente Basileu Garcia (1945, p. 149):

“(…) quando se discutiu no Parlamento brasileiro o projeto convertido na lei. 2033, de 20 de setembro de 1871, que regulou a prisão preventiva em complemento ao art. 175 do Código de Processo Criminal de 1832, muito se debateu sobre as prisões arbitrárias.”

Com a proclamação da República, o Código de Processo Penal de 1941 foi alterado, voltando a dispor sobre a liberdade provisória, com ou sem fiança. Por sua vez, a Lei. 6.416/77 introduziu o parágrafo único do artigo 310, regulamentando a liberdade provisória sem fiança.

Embora seja forçoso reconhecer o casuísmo que envolveu a Lei. 5.941/73, conhecida vulgarmente como “Lei de Fleury”, esta foi a responsável pelo

surgimento, em razão de pura política criminal, da liberdade provisória em favor dos réus pronunciados ou condenados por sentença penal recorrível.

É de se asseverar que em razão do momento histórico de evolução da liberdade provisória, em especial, posterior ao instituto da prisão, a prisão cautelar já figurava no nosso ordenamento jurídico e, lamentavelmente, o preso em flagrante ao pleitear a liberdade provisória depara-se com a vedação expressa legalmente, em especial, nos crimes hediondos, assunto que trataremos em outro momento.

Com o advento das Leis 11.464/07 e 12.403/11, houve substanciais mudanças quanto a liberdade provisória em nosso País, tanto em *lato sensu*, ou seja, para todos os efeitos e a todos os crimes, como em *stricto sensu*, abrangendo somente algumas infrações penais, como o tráfico ilícito de entorpecentes. Observa-se que as referidas leis serão tratadas exclusivamente no decorrer do trabalho.

Finalizando, atualmente o tão citado instituto jurídico está regulado expressamente em nossa Constituição Federal de 1988, tanto no que concerne a ser direito do acusado como, ainda, na hipótese de vedação, quando da referência aos crimes hediondos (art. 5º, inciso XLIII, CF) e, ainda, genericamente na regulamentação das suas modalidades em normas infraconstitucionais.

2.3 Discussões da Nomenclatura Auferida

Tal discussão, que sempre foi objeto por nossa mais abalizada doutrina, se refere a expressão “*provisória*” ser ou não adequada ao benefício. Iniciou-se a discussão com a análise da pretensão do réu, porque aquele que pleiteia a liberdade provisória há de se destacar de início o perigo do dano concreto, bem como, a possibilidade de resultado favorável.

Todavia, *data vênia*, não se pode olvidar uma visão crítica quanto ao termo “*provisório*”, decorrente da situação fática na qual, se absolvido o acusado, mesmo aquele que inicialmente foi mantido preso por prisão cautelar e obteve liberdade provisória, sua situação se se manterá inalterada.

Relaciona-se, ainda, o termo “provisório” ao tempo de duração da liberdade e, igualmente, da prisão. Sobre o tema, João Francisco Moreira Viegas (1986, p. 11) define:

“Assim, diz-se provisória, tal liberdade, porque o acusado encontra-se vinculado ao processo, cumprindo obrigações que lhe foram impostas, sob pena de tê-la revogada.”

Por conseguinte, atente-se para o fato de que a situação em questão remonta ao conceito da liberdade provisória, aspecto já tratado anteriormente em tópico específico (*vide. tópico 2.1*), com relação à natureza jurídica de precariedade e provisoriedade.

Adiante, insta colacionarmos aqui alguns doutrinadores que entendem pela corrente de precariedade e, em razão do mesmo, não admitem o termo “*provisório*”, a exemplo de Tales Castelo Branco (1986, p. 137) em citação a Luchini:

“(...) esta liberdade está delimitada pelas próprias exigências do processo e da administração da justiça, tanto que Luchini definia: “a liberdade provisória é um estado de liberdade circunscrito em condições e reservas, que lhe tornam precário e limitado o gozo” (...).”

José Frederico Marques (1997, p. 122-123) é bem objetivo ao se referir a denominação do instituto em citação de Carrara da seguinte maneira abaixo:

“(...) a liberdade provisória melhor caberia a denominação de liberdade vinculada, pois, como assinalava CARRARA, “perante um homem ainda assistido pela presunção de inocência, repugna que se diga provisório o estado de liberdade e, por conseguinte, normal o estado de detenção.”

Em análise ao acima citado, interessante é a colocação do autor ao se referir ao termo “*vinculado*” a um princípio fundamentalmente protegido pela Constituição Pátria, qual seja, a presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII, CF).

Desta maneira, correta está, a meu ver, a utilização do termo “*provisório*” no referido instituto da liberdade provisória, uma vez que tal palavra se

incumbe de demonstrar toda a natureza jurídica deste benefício do réu e seus efeitos penais e extra-penais.

2.4 Natureza Jurídica de Contracautela da Liberdade Provisória

Em razão de ser uma medida de contracautela (em face de uma medida cautelar), cujo caráter é instrumental, a natureza jurídica da liberdade provisória é estreitamente limitada ao tempo da persecução criminal, não podendo permanecer indeterminadamente o indivíduo em gozo do benefício.

Deduzimos assim que a liberdade provisória assume a natureza de contracautela exatamente porque a prisão provisória tem natureza cautelar. Sendo a prisão provisória medida de cautela por parte do Estado, a liberdade provisória é medida de contracautela colocada pelo mesmo Estado à disposição do indivíduo desde que sua situação se adéqüe aos requisitos legais, vendo-se afastado do acautelamento provisório.

Em concordância com o acima descrito, José Frederico Marques (1997, p. 120-121), de modo peculiar, desceu a detalhes em sua análise sobre a instrumentalidade da liberdade provisória, vejamos:

“(...) a liberdade provisória é medida de contracautela porque destinada a eliminar os danos ao direito de liberdade que poderiam originar-se da prisão cautelar. Apresentando caráter instrumental negativo, em relação as medidas cautelares consubstanciadas na prisão provisória, ela se reveste, outrossim, da natureza de medida instrumental positiva como afirmação do *jus libertatis*”

No entanto, há discrepâncias em nossa doutrina quanto a este caráter contracautelar do instituto, como, a título de exemplo, Antonio Magalhães Gomes Filho (1991, p. 76), afirmando que a liberdade provisória possui caráter acessório em relação ao processo principal.

Em fim, posto tais argumentações, é dominante em nossa doutrina o entendimento da natureza jurídica de contracautela da liberdade provisória, uma vez

que é instituto antagônico a prisão cautelar e, ainda, medida por excelência a se utilizar em razão desta.

2.5 Espécies

Atualmente existem inúmeras classificações quanto a liberdade provisória dentre a doutrina e jurisprudência pátria, no entanto, com diretrizes e objetivos um tanto quanto idênticos, recaindo tão somente na diferenciação das nomenclaturas.

Adotaremos duas modalidades em nosso ordenamento jurídico quanto à liberdade provisória, sendo elas: a) *liberdade provisória com fiança*; b) *liberdade provisória sem fiança*.

Dentro do quadro mencionado, subdivide-se a liberdade provisória com fiança em: a) *liberdade provisória com fiança deferida pela Autoridade Policial* (322, CPP); b) *liberdade provisória com fiança deferida pela Autoridade Judicial*.

Com relação à liberdade provisória sem fiança, esta se subdivide em: a) *casos de excludentes de ilicitude* (art. 310, CPP); b) *hipóteses de flagrante em que não se amolde nos requisitos da prisão preventiva* (art. 310, CPP); c) *crimes afiançáveis em que o réu seja de índole humilde para arcar com a fiança* (350, CPP); d) *liberdade provisória pós-pronúncia* (413, CPP); e) *liberdade provisória pós-sentença recorrível* (387, CPP).

2.5.1 Liberdade provisória com fiança

Inicialmente, como primeira modalidade de liberdade provisória a ser estudada, trataremos da com fiança. Em razão de política criminal, bem como, em razão do número excessivo da população carcerária no País, adotou-se o sistema

da liberdade provisória com fiança para que houvesse uma redução ao mínimo possível os casos de segregação provisória.

Adiante, podemos dizer que a fiança é uma caução com o fim de garantir o cumprimento das obrigações processuais e, ainda, o ressarcimento do dano causado, se possível.

Por conseguinte, de regra todas as infrações penais do ordenamento repressivo brasileiro são afiançáveis, consistindo a fiança em depósito de dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, títulos da dívida pública, federal, estadual e municipal ou em hipoteca (art.330, CPP), a exceção de alguns que o legislador entendeu pela sua natureza gravosa e quantidade de pena em abstrato ser inafiançáveis.

Sobre o assunto, com enfoque ao tráfico ilícito de entorpecentes, determina nossa Carta Magna em seu artigo 5º, inciso XLIII, *in verbis*:

“Art. 5º, LXLIII - 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”.

2.5.1.1 Fiança deferida pela autoridade policial

Em que pese à competência da Autoridade Policial, para o arbitramento da liberdade provisória com fiança, este somente poderia proceder nas hipóteses de infração penal que comine pena de detenção ou prisão simples.

No entanto, com a entrada em vigor da Lei. 12.403/11, que deu nova redação aos artigos da liberdade provisória e instituiu o rol de medidas cautelares do artigo 319, do Código de Processo Penal, a autoridade policial teve seu alcance ampliado, podendo a partir de 04 de julho de 2011, arbitrar fiança nas infrações punidas com pena máxima privativa de liberdade que não ultrapasse 04 (quatro) anos, de acordo com o artigo 322, do mesmo diploma legal.

2.5.1.2 Fiança deferida pela autoridade judicial

Em relação ao Juiz criminal, este possui um leque de possibilidades muito mais abrangente que as da Autoridade Policial, tanto é que poderá concedê-la em todos os casos de infrações afiançáveis, independentemente da pena máxima em abstrato.

Quanto à competência do magistrado, as hipóteses de cabimento de fiança são definidas por exclusão, de vez que a técnica dispositiva utilizada pelo Código de Processo Penal expressa os casos em que não é permitida fiança, deixando com o qualificativo de afiançável o universo remanescente.

Tratando-se de competência originária dos Tribunais Superiores, é de atribuição do relator conceder ou denegar a fiança. Assim, chegamos ao conceito de afiançabilidade pela *via indireta*, pois somente depois de constatarmos que o caso não se encontra inserido no rol das infrações inafiançáveis é que chegaremos a inferir que se trata de delito afiançável.

2.5.1.3 Valor da fiança

Fundamenta-se o valor para arbitramento da fiança no artigo 325 e 326, do Código de Processo Penal, que conforme o exposto na Lei. 7.843/89, converteu o valor do salário mínimo nacional em 40 (quarenta) BTNs, entretanto, com a extinção de tal índice, a atualização dos valores passou a ser efetuada pela TR.

De outra banda, não podemos deixar de falar que houve intensa discussão a respeito do arbitramento em salários mínimos do valor da fiança pelas autoridades policiais e judiciais, no entanto, tal assertiva já não mais subsiste em razão da entrada em vigor da Lei. 7.780/89 e 12.403/11, que alterou os dispositivos do artigo 325, e passou a considerar como parâmetro de valor para fiança o salário mínimo nacional.

2.5.1.4 Modalidades

Diante do que dispõe o artigo 330, § 1º, do Código de Processo Penal, podemos perceber que o legislador em sede de fiança determinou duas modalidades de se prestar fiança: a) *mediante depósito*; e b) *mediante hipoteca*.

No que concerne ao depósito, este poderá ser de dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, títulos da dívida pública, federal, estadual e municipal. Observa-se que a moeda estrangeira, se de fonte lícita, poderá ser utilizada como metal precioso para prestação de fiança.

Em relação à hipoteca, esta se dá com a avaliação de imóvel ou de pedras, objetos e metais preciosos que, sob a avaliação de um perito nomeado pela Autoridade Policial, poderá ser considerada para fins de fiança (art. 330, §1, CPP).

Quando a hipoteca recair sobre dívida pública, esta deverá ser calculada em razão do valor correspondente na cotação da bolsa de valores ou, sendo nominativos, exigir-se-á a prova de que se encontram sem qualquer ônus (art. 330, §2, CPP).

2.5.1.5 Cassação da fiança

Em razão do vasto campo em que é aplicada a fiança, é importante consignarmos aqui alguns momentos em que há a cassação de tal medida. De acordo com o Código de Processo Penal (art. 338 e 339), a cassação ocorrerá nas seguintes hipóteses: a) *quando se reconhece em qualquer fase da persecução criminal que a fiança não é medida que se impõe ao réu*; e b) *quando a infração penal imputada ao agente venha por ventura a ser desclassificada, definindo-se como infiançável*.

Com relação à primeira modalidade, a título de exemplo de uma situação hipotética, expõe Fernando da Costa Filho Tourinho (2007, p. 492):

“Assim, se a autoridade policial, por exemplo, supôs que o delito era afiançável, ou, então, julgou erroneamente que a situação permitia fiança (desconhecimento de ser o indiciado reincidente em crime doloso, de estar em gozo do sursis, por exemplo), o benefício será revogado, nos termos do art. 338, do CPP”.

Quanto ao procedimento do Júri, nos termos do artigo 413, § 2º, CPP (depois de sentença de pronúncia) ou do artigo 387, CPP (após a prolação da sentença penal condenatória recorrível), poderá a fiança ser cassada pelos mesmos motivos acima mencionados.

Em qualquer que seja a modalidade de cassação, tendo esta ocorrida, o réu será imediatamente recolhido a prisão, devolvendo-lhe o valor pago a título de fiança.

De outra banda, a segunda modalidade de cassação verifica-se quando, a título de exemplo, o Ministério Público oferece denúncia por crime afiançável, vindo tal imputação, na oportunidade da lavratura da sentença penal, a adquirir a classificação de inafiançabilidade (*ementatio libelli* – art. 383, CPP).

Finalizando o referido capítulo, em relação ao recurso que se utiliza para as modalidades de cassação de fiança, o remédio será o recurso em sentido estrito (Art. 581, V, CPP).

2.5.1.6 Reforço da fiança

O legislador pátrio estipulou no Código de Processo Penal, artigo 340, três hipóteses legais que legitimam a exigência do reforço da fiança, quais sejam: a) *quando, por equívoco, a autoridade policial ou judicial arbitrar fiança em valor inferior ao devido*; b) *quando ocorrer “depreciação material ou perecimento dos bens hipotecados ou caucionados, ou depreciação dos metais ou pedras preciosas”*; e c) *quando, no transcorrer do processo, adquira o delito uma nova e mais grave classificação*.

Mais uma vez, trazendo o que preceitua Fernando da Costa Filho Tourinho (2007, p. 495), quanto à primeira hipótese de reforço da fiança:

“(...) a autoridade policial, por exemplo, após a lavratura de auto de prisão em flagrante por homicídio culposo (cuja pena máxima cominada é de 3 anos), equivocadamente, arbitrou em 40 BTN (mínimo legal da fiança, quando o Máximo da pena cominada não ultrapassa 1 ano). Ora, *in casu*, o mínimo da fiança é de 200 BTN. Descoberto o engano, poderá aquela exigir o reforço”.

Na segunda alternativa, não há qualquer dificuldade de compreensão, pois, como é lógico, havendo depreciação do bem dado como caução, legítima será a pretensão de exigir reforço da fiança.

Enfim, na última das hipóteses, esta redundando em mudança de afiançável para inafiançável, ensejará, necessariamente a cassação da fiança (vide. tópico 2.5.1.5), porém, é tão somente caso de reforço quando a nova infração imputada imponha uma valoração do valor da fiança.

Discussão peculiar é em relação ao prazo que deve ser concretizada o reforço da fiança. Nosso ordenamento é omissivo ao tema, no entanto, com respaldo em nossa doutrina, podemos inferir que o lapso temporal deverá ser fixado pelo Juiz na decisão que determinar o acréscimo da fiança.

2.5.1.7 Quebramento da fiança

O quebramento de fiança é o meio pelo qual o agente afiançado perde metade do valor pago a título de fiança e, ainda, não podendo ser aplicado pelo Juiz outras medidas cautelares cabíveis (redação inserida pela Lei. 12.403/11), será decretada prisão preventiva *in casu*, por conta do não cumprimento de certas obrigações impostas a ele em razão da fiança.

De acordo com o artigo 327 e 328, do Código de Processo Penal, o afiançado está obrigado a comparecer perante a autoridade, todas as vezes que for intimado para os atos do inquérito policial, da instrução criminal e para o julgamento.

Não obstante, o afiançado não poderá mudar de residência sem a prévia autorização da autoridade processante ou ausentar-se por mais de 08 (oito)

dias de sua residência sem que tenha comunicado a autoridade o lugar onde será encontrado.

Vale mencionar que, além das obrigações já citadas acima, o artigo 341, do Código de Processo Penal, nos trás um rol de hipóteses em que, se ocorridas, ocasionará a referida quebra de fiança, *in verbis*:

Art. 341. Julgar-se-á quebrada a fiança quando o acusado:

I - regularmente intimado para ato do processo, deixar de comparecer, sem motivo justo;

II - deliberadamente praticar ato de obstrução ao andamento do processo;

III - descumprir medida cautelar imposta cumulativamente com a fiança;

IV - resistir injustificadamente a ordem judicial;

V - praticar nova infração penal dolosa.

Por sua vez, posto todas as hipóteses de quebramento, quanto aos efeitos conseqüentes, está se encontra claramente elencada no artigo 342, do Código de Processo Penal, que determina que caso venha a ser reformado o julgamento em que se declarou quebrada a fiança, esta subsistirá para todos os efeitos, bem como, o valor da metade restante será recolhido ao fundo penitenciário caso o agente seja condenado ao final (art. 346, CPP).

Deste modo, o quebramento de fiança é o meio pelo qual o Estado realiza uma função coercitiva para garantir a segurança jurídica da persecução criminal.

Ademais, em razão do assunto tratado neste tópico, apenas em sede de argumentação, exponho, ao final, minha discordância quanto à classificação costumeira de doutrinadores e monografistas quando a liberdade provisória: a) *com compromisso*; e b) *sem compromisso*, uma vez que é desnecessária em razão do compromisso prestado pelo afiançado ser qualidade agregada ao instituto de prestar a fiança em todas suas modalidades.

2.5.1.8 Perda da fiança

Diferentemente do quebramento da fiança, a sua perda ocorrerá quando o agente não se apresenta para o início da execução da pena definitivamente imposta, após ter sido condenado, nos termos do artigo 344, do Código de Processo Penal.

No caso da perda, diferentemente do quebramento, o valor total da fiança será, deduzidas custas e mais encargos a que o acusado estiver obrigado, recolhido ao fundo penitenciário, na forma da lei (art. 345, CPP).

Entretanto, a hermenêutica da referida lei deve ser acurada, haja vista que o legislador não impõe ao réu a conduta de se apresentar a autoridade espontaneamente, mais sim, a de no momento da prisão não criar óbice a execução da mesma. Sobre o tema, Julio Fabbrini Mirabete (2002, p. 421) dispõe:

“(…) Ao dizer que a perda se dá quando “o réu não se apresentar a prisão” não está exigindo a lei, literalmente, que o condenado procure a autoridade para entregar-se, mas, simplesmente, que não desobedeça ou resista ao cumprimento do mandado de prisão nem se oculte ou se ausente, impedindo a execução imediata dessa ordem judicial”.

Concluimos assim que a perda da fiança é meio pelo qual o Estado procura garantir a efetividade da execução penal, diferentemente do quebramento da fiança que conforme já mencionado, procura garantir a segurança jurídica da persecução criminal com a presença física do acusado.

2.5.1.9 Inafiançabilidade

A condição de inafiançabilidade de alguns crimes, por conta do perigo em abstrato que concerne à sociedade sua prática, bem como, por ser o Brasil signatário de tratados internacionais, comprometendo-se a combater certas práticas

delituosas, decorre diretamente de nossa mais alta lei, a Constituição Federal, que em seu artigo 5º, incisos XLII, XLIII e XLIV, determinou expressamente:

Art. 5. Inciso XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito a pena de reclusão, nos termos da lei;

Art. 5. Inciso 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;

Art. 5. Inciso XLIV – constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

Fora dos casos acima descritos, em nossa lei infraconstitucional, antes da entrada em vigor da Lei. 6.416/77, todos os crimes apenados com reclusão eram inafiançáveis, a exceção apenas de quando tratava-se o réu maior de 70 (setenta) anos e menor de 21 (vinte e um) anos, desde que o máximo da pena não fosse superior a 02 (dois) anos.

Posteriormente, trazia em seu bojo constante no artigo 323, do Código de Processo Penal, diversas modalidades de inafiançabilidade que com a entrada em vigor da Lei. 12.403/11, que alterou diversos dispositivos pertinentes a liberdade provisória, passou a ser discussão ultrapassada, razão pela qual o citado artigo passou a colacionar as mesmas hipóteses de inafiançabilidade constantes na Carta Magna.

Com relação ao artigo 324 do mesmo diploma legal, este determinou algumas circunstâncias em que não é possível a fiança ao réu, sendo elas: a) *aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações impostas pela fiança*; b) *em caso de prisão civil ou militar*; c) *quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva*.

É de suma importância lembrar que não obstante a existência da inafiançabilidade dos referidos crimes, lhe restam, ainda, a possibilidade de concessão de liberdade provisória sem fiança, modalidade esta que discorreremos agora.

2.5.2 Liberdade provisória sem fiança

Trataremos a partir de agora da segunda modalidade de liberdade provisória, ou seja, aquela na qual não é necessário que o agente se socorra de qualquer ônus financeiro para se ver processar em liberdade.

Como já dito anteriormente, a liberdade provisória sem fiança se subdivide em: a) *casos de excludentes de ilicitude* (art. 310, CPP); b) *hipóteses de flagrante em que não se amolde nos requisitos da prisão preventiva* (art. 310, CPP); c) *crimes afiançáveis em que o réu seja de índole humilde para arcar com a fiança* (art. 350, CPP); d) *liberdade provisória pós-pronúncia* (art. 413, CPP); e e) *liberdade provisória pós-sentença recorrível* (art. 387, CPP).

2.5.2.1 Imperativos da defesa social

De acordo com o mencionado anteriormente, com o advento da Lei. 5.941/73, conhecida como “Lei de Fleury”, bem como, da Lei. 6.416/77, criou-se o instituto da liberdade provisória sem fiança em nosso País. Podemos afirmar que o instituto da liberdade provisória sem fiança adquiriu, no nosso direito pátrio, imensa dimensão, conforme assevera Weber Martins Batista (1985, p.59):

“A modificação trazida pela Lei. 6.416/77 foi, pode-se dizer, radical, pois com ela atingimos a plenitude do liberalismo em matéria de liberdade individual, exatamente quando vivemos um regime dito de exceção. Como afirmou Tourinho Filho, nunca, nem mesmo nos governos mais liberais, compreendeu o legislador que a prisão provisória, profundamente comprometedora do direito da liberdade, deveria ser reservada, como o é agora, as hipóteses estritamente necessárias”.

Destaca-se, contudo, que todos os princípios ensejadores da liberdade provisória se fulcram em aspectos de índole privada, assim, é necessário que haja um perfeito sincronismo entre as forças condicionantes da liberdade provisória e as que se preordenam a defesa da sociedade para que haja uma concessão segura.

2.5.2.2 Liberdade provisória na excludente de ilicitude

A primeira modalidade de liberdade provisória sem fiança a ser estudada é aquela decorrente das excludentes de ilicitude definidas no artigo 23, incisos I, II e III, do Código Penal.

Pois bem, verificando o juiz, com base no auto de prisão em flagrante delito, que o acusado praticou o fato em legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular do direito, poderá, fundamentadamente, conceder a liberdade provisória em favor do réu (art. 310, parágrafo único, CPP) mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.

Importante frisar que independe qual seja a tipificação atribuída ao acusado se afiançável ou não, bastando que haja seguras indicações de que o agente cometeu o fato acobertado por alguma norma não incriminadora permissiva.

Ademais, sobre o momento de reconhecimento, nossa doutrina e jurisprudência já firmaram entendimento de que esse *favor legis* poderá ser concedido ainda na fase do procedimento inquisitorial da polícia, bem como, quanto à extensão do parágrafo do artigo 310, algumas dirimentes de culpabilidade também se incluem no rol, quais sejam, coação moral irresistível, obediência hierárquica e embriaguez fortuita.

No entanto, vale mencionar que em singela análise da prática forense, é notória a raridade com que nos deparamos à concessão desta espécie de liberdade provisória, seja pelo seu cunho probatório de difícil acesso e por muitas vezes manifesto somente em juízo, seja pela ponderação do fator da defesa social em contraste com a liberdade do indivíduo como perigo abstrato (vide. tópico 2.5.2.1).

De outra banda, me curvo ao entendimento de que o fundamento da liberdade provisória repousa no fato de, havendo nesses casos indícios reveladores da configuração de excludente, grandes chances de o réu ser absolvido, inexistindo, assim, justa causa para legitimar uma prisão provisória.

2.5.2.3 Liberdade provisória pós-fragrante

Como segunda modalidade de liberdade provisória sem fiança, passamos a tratar das hipóteses em que o agente livrar-se-á solto logo após a lavratura do auto de flagrante delito.

De acordo com nosso Código de Processo Penal, em razão do advento da Lei. 12.403/11, as infrações em que o réu se livra solto são aquelas que não apresentam os requisitos permissivos da prisão preventiva (art. 311 e seguintes), devendo o juiz conceder liberdade provisória sem fiança e, impondo, se for o caso, as medidas cautelares (art. 319 e 321) que nada mais são do que obrigações coercitivas de cunho meramente político-criminal.

Veja que referida lei alterou substancialmente o instituto da liberdade provisória sem fiança pós-flagrante, uma vez que anteriormente o réu se livrava solto somente quando a infração não era punida com pena privativa de liberdade ou aquelas em que não ultrapassasse três meses, dando a época direito ao agente a liberdade sem qualquer ônus financeiro a arcar.

2.5.2.4 Liberdade provisória por motivo de pobreza

Decorre do artigo 350, do Código de Processo Penal, esta modalidade de liberdade provisória sem fiança, qual seja, por motivo de hipossuficiência, que nada mais é que a falta de recursos financeiros para arcar com o valor da fiança estipulado pela autoridade competente.

Neste caso, o agente será vinculado ao processo de maneira a comparecer a todos os atos do processo, não podendo se mudar de residência ou ausentar-se do distrito da culpa por mais de oito dias sem a prévia autorização da autoridade (art. 327 e 328, CPP)

Lembra-se aqui, por lógico, que para ocorrer esta modalidade de liberdade provisória, é necessária que a infração imputada ao réu seja afiançável.

Mesmo que haja as atenuações do valor da fiança previstas no artigo 325, do Código de Processo Penal, terá direito a isenção se o juiz verificar a impossibilidade de efetuar o pagamento.

Contudo, se o beneficiado descumprir, sem motivo justo, qualquer das obrigações ou medidas impostas, o juiz 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. 350, parágrafo único, CPP).

2.5.2.5 Liberdade provisória pós-pronúncia

Fundamenta-se a presente modalidade de liberdade provisória sem fiança no artigo 413, do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 413. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.

§ 1º A fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena.

§ 2º Se o crime for afiançável, o juiz arbitrará o valor da fiança para a concessão ou manutenção da liberdade provisória.

§ 3º O juiz decidirá, motivadamente, no caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada e, tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade da decretação da prisão ou imposição de quaisquer das medidas previstas no Título IX do Livro I deste Código.

Colacionado o artigo acima, passamos as ponderações. Tal modalidade de liberdade decorre da intenção do legislador a dar maior efetividade ao que preconiza o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal: “*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória*”.

Como sabemos, o procedimento do Tribunal do Júri é composto de duas fases distintas, sendo elas, a *judicium accusationis* e o Tribunal Popular *per si*, na qual a espécie de liberdade em questão é permitida no momento da prolação da sentença de pronúncia, ou seja, durante a persecução criminal.

Desta maneira, em razão das mudanças trazidas pela Lei. 11.689/08, chegamos a conclusão quanto as possibilidades de liberdade provisória que o juiz pode, se o crime for afiançável, conceder a liberdade provisória com fiança ou decidir sobre a manutenção da mesma, seja ela com ou sem fiança.

Diante dos fatos, é necessário que o juiz decida motivadamente no caso da manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada, ou, em se tratando de réu solto, sobre a necessidade da decretação da prisão ou imposição de quaisquer das medidas cautelares.

2.5.2.6 Liberdade provisória pós-sentença condenatória recorrível

Extrai-se do artigo 387, parágrafo único, do Código de Processo Penal, esta última modalidade de liberdade provisória, bem como seu conceito: “*O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser imposta*”.

Para melhor elucidação dos fatos, já vigorou o entendimento político criminal em nosso País que o agente, caso pretende-se recorrer da sentença penal condenatória, deveria recolher-se ao cárcere provisório, para uma melhor efetividade final da persecução criminal.

No entanto, com o advento da Lei. 11.719/08, que alterou a letra da lei do artigo 387, prevaleceu o entendimento de que para conhecer a apelação que viesse a ser interposta, o agente não está condicionado a recolher-se a prisão.

Ademais, tal entendimento de recolher-se é de extrema ofensa aos princípios norteadores do Estado Democrático de Direito em que vivemos, dentre os

quais, a dignidade da pessoa humana esculpida no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, de tamanha sorte que o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no seguinte aspecto sumular:

Súmula 347 - STJ. O conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão.

Diante dos fatos narrados, é possível a concessão da liberdade provisória sem fiança após a prolação da sentença condenatória recorrível para que o agente aguarde em liberdade o transcorrer do processo e eventual decisão de 2º grau por força do artigo 387, parágrafo único, do Código de Processo Penal.

2.6 Liberdade Provisória e a Lei. 11.464/07

Com relação ao tema, cabe-nos informar que nos reservamos ao direito de tratar sobre o assunto em capítulo próprio (vide tópico 4.2.4) em razão de o referido liame ser pertinente a matéria de mérito do trabalho.

Em breve síntese, a Lei n. 11.464/07, de 28 de março de 2007, publicada e em vigor no dia 29 de março de 2007, alterou a redação do artigo 2º, inciso II, *in fine*, da Lei. 8.072/90, suprimindo desde diploma legal a vedação absoluta a concessão da liberdade provisória nos crimes hediondos e equiparados, adequando, neste ponto, o dispositivo valorativo da Constituição Federal (art. 5º, inciso XLIII, CF), no que estabeleceu ao Poder Judiciário a plenitude da análise das condições precaucionais autorizadores do cárcere processual.

2.7 Liberdade Provisória e a Lei. 12.403/11

Como é de saber de todos os operadores do direito, a Lei. 12.403/11, em vigor desde 04 de julho de 2011, instituiu as chamadas “novas medidas

cautelares no processo penal” e realizou grandes mudanças no que concerne a liberdade provisória e prisão cautelar.

É de suma importância dizer que em singela análise chegamos a conclusão, um tanto precipitada, de que a referida lei não trouxe tantas mudanças quanto planejadas pelo legislador, entretanto, engana-se quem assim pensa, conforme demonstraremos a partir de agora.

Antes da entrada em vigor da Lei. 12.403/11, ao que se refere ao direito processual penal, vigorava o “*princípio binário*” quanto à valoração que o juiz de direito poderia realizar em um caso concreto quando da apreciação da prisão em flagrante, ou seja, decidiria se o réu permaneceria preso ou seria solto.

Hoje, tal fato já não existe, uma vez que o princípio que agora vigora é o chamado “*princípio multicautelar*” em que o juiz, antes de decretar a prisão preventiva ou temporária, se atentará as 09 (nove) possibilidades de medidas cautelares presentes no rol do artigo 319, do Código de Processo Penal.

Em que pese à liberdade provisória, o instituto da fiança passou a ser tão somente uma das modalidades de medida cautelar, estando legalmente instituída no inciso VIII, do artigo 319 (oitava medida).

Assim, conforme dispõe Luiz Flávio Gomes (2011, p. 47) é clara a intenção do legislador em preceituar o princípio da *ultima ratio* (direito penal) como prisão em *extrema ratio*, haja vista que especificou a prisão como a medida extrema dentro da última medida, o direito penal (princípio da intervenção mínima).

Atentando-se apenas ao foco da liberdade provisória e deixando de lado alguns aspectos de certa importância da Lei. 12.403/11 para evento futuro deste trabalho, podemos dizer que a regra hoje é a liberdade, a exceção a medida cautelar e, subsidiariamente a esta, a prisão cautelar *extrema ratio*.

Inicialmente, levamos ao conhecimento do leitor que agora o juiz poderá, quando do recebimento do flagrante, fundamentadamente: a) *relaxar a prisão ilegal*; b) *converter a prisão em flagrante para prisão preventiva quando presente seus requisitos*; c) *conceder liberdade provisória com ou sem fiança*; d) *verificando uma causa excludente de ilicitude, conceder liberdade provisória mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais sob pena de revogação* (art. 310, CPP).

Insta consignar que, com a análise fática das varias facetas que o magistrado poderá seguir, chegamos à conclusão de que não se confunde a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva e a proibição que agora vige em relação ao juiz *ex officio* decretar a prisão preventiva na fase investigatória (art. 311, CPP).

Ademais, fato polêmico é a contradição existente com relação ao artigo 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal, que preceitua a possibilidade de revogação da liberdade provisória caso o agente que se pressupõe ter agido em excludente de ilicitude não cumpre com as obrigações impostas e a letra da lei inserida no artigo 314, do mesmo diploma legal, vejamos:

Art. 314. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas no art. 23 do Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal.

Note que caso ocorra a revogação que consta no parágrafo único do artigo 310, do Código de Processo Penal, o juiz, em tese, decretaria a prisão preventiva, no entanto, conforme dispõe o artigo 314, do mesmo ordenamento, é vedada a prisão preventiva ao agente em excludente de ilicitude.

Poderíamos imaginar que o magistrado em um caso concreto aplicaria uma medida cautelar em razão da expressa vedação a prisão preventiva, porém, e se caso fosse revogado tal medida?, ou melhor, não estaria o agente sendo dispensado de qualquer ônus uma vez que não teria consequência nenhuma sua desídia aos ônus impostos pela autoridade?, concluímos, assim, que há uma lacuna na lei.

Outro aspecto peculiar da referida lei é quanto à matéria principiológica do artigo 282, do Código Processual Penal, que adotou a adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu* como princípios basilares de aplicação das medidas cautelares.

Com relação às espécies que agora existem de liberdade provisória em nosso ordenamento processual, são elas:

a) nos crimes inafiançáveis, a liberdade provisória sem fiança em qualquer de suas modalidades, podendo, ainda, ser cumulada com qualquer medida cautelar diversa de fiança;

b) liberdade provisória sem fiança nos casos de excludentes de ilicitude do artigo 23, do Código Penal;

c) liberdade provisória com fiança, atendendo ao princípio da necessidade das medidas cautelares, podendo, se preciso, ser cumulada com qualquer medida cautelar diversa de fiança;

d) liberdade provisória sem fiança em qualquer modalidade em que se admita a aplicação de uma medida cautelar, bem como, podemos colocar aqui a liberdade provisória constante do artigo 350, do Código de Processo Penal, por motivo de pobreza.

Diante das 04 (quatro) espécies de liberdade provisória, fazem-se necessários algumas ponderações, como, por exemplo, quanto da concessão da liberdade provisória do artigo 350, do Código de Processo Penal, por motivo de pobreza.

Tal modalidade perdeu sua força uma vez que em razão da prudência e discernimento do magistrado de poder optar dentre 09 (nove) hipóteses de medida cautelar diversa da fiança, ou se necessário, aplicá-las cumulativamente.

Desnecessário, também, foi a narrativa trazida na parte final do artigo 319, inciso XI, do Código de Processo Penal, dispondo sobre as obrigações impostas ao afiançado, sendo que, tais disposições já constam no artigo 327 e 328 do mesmo diploma legal.

Por último, como já dito anteriormente, a autoridade policial teve seu alcance ampliado, podendo a partir de 04 de julho de 2011, arbitrar fiança nas infrações punidas com pena máxima privativa de liberdade que não ultrapasse 04 (quatro) anos, de acordo com o artigo 322, do Código de Processo Penal.

Em síntese, estas são as considerações que atualmente orbitam em relação à Lei. 12.403/11, em especial, quanto à liberdade provisória.

3 DA PRISÃO CAUTELAR

3.1 Considerações Gerais

Como já dito, para que possamos adentrar ao mérito da discussão pretendida a respeito da concessão da liberdade provisória ao agente indiciado pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes, é importante realizarmos uma breve síntese propedêutica da prisão cautelar e do instituto da liberdade provisória no Brasil.

A prisão processual ou provisória (cautelar) nada mais é do que o resultado de determinação judicial ou de flagrante, em virtude da persecução criminal ou processo penal. É aquela que antecede o trânsito em julgado da condenação penal, é a exceção e não a regra.

Entre suas funções, se encontram a de propiciar o bom andamento da ação principal em seu caráter cautelar compatibilizado com a Constituição Federal. Assim, apenas a prisão processual com finalidade cautelar é considerada constitucional, não busca em seu ânimo castigar o agente, é instrumento para o processo e não pena, e ainda, compatível com o princípio da presunção de inocência presente no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

Entretanto, vale menção da advertência reconhecida por Eugênio Pacelli de Oliveira (2010, p.254) a respeito do tema:

“Há que se ter, por tal razão, especial cuidado na interpretação e aplicação dos artigos do código de processo penal que tratam da prisão cautelar, vez que o diploma legal foi gerado em regime não democrático, em que se aceitava a prisão processual como juízo de antecipação de culpabilidade”.

Com relação às espécies de prisões cautelares no Brasil antes do advento da Lei. 12.403/11, as existentes são: a) *por força de flagrante delito*; b) *prisão temporária*; c) *prisão preventiva*; d) *por força de pronúncia*; e e) *por força de sentença condenatória recorrível*, modalidades estas que passaremos a discorrer pormenorizadamente.

3.2 Espécies de Prisão antes do advento da Lei. 12.403/11

Como já dito, são espécies de prisões cautelares no Brasil antes do advento da Lei. 12.403/11, a por força de flagrante delito (art. 301/309 CPP), prisão temporária (Lei. 7.960/89), prisão preventiva (art. 311/316, CPP), por força de pronúncia (art. 413, § 3º, CPP) e por força de sentença condenatória recorrível (art. 387, parágrafo único, CPP).

Antes de adentrarmos ao mérito das espécies de prisões cautelares, é necessário trazer ao leitor todos os princípios aplicáveis e, conseqüentemente, provenientes diretamente de nossa Constituição Federal, quais sejam:

- a) direito à liberdade e à igualdade (art. 3º, I e IV, c.c. art. 5º *caput*, CF)
- b) direito ao reconhecimento da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), vedando-se tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III);
- c) garantia da desconsideração prévia de culpabilidade – presunção de inocência, estado de inocência ou não culpabilidade (art. 5º, LVII);
- d) da inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI)
- e) da inviolabilidade da imagem e da respectiva indenização (art. 5º, X)
- f) da integridade física e moral do preso (art. 5º, XLIX);
- g) do devido processo legal, cujo conceito abrange muitas dessas disposições (art. 5º, LIV);
- h) da legalidade, vedando-se o encarceramento arbitrário (art. 5º, II e LXV);
- i) do juiz natural, refutando-se o juízo ou tribunal de exceção (art. 5º, XXXVII e LIII);
- j) devido processo legal (*due process of law* – art. 5º LIV);
- k) de que a prisão em flagrante será comunicada imediatamente ao juiz competente (art. 5º, LXII);
- l) de que, salvo a prisão em flagrante, qualquer outra dependerá de ordem fundamentada de autoridade judiciária competente (art. 5º, LXI, c.c. 93, IX);
- m) de que juiz ou tribunal superior aprecie a legalidade da prisão através de *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII);
- n) do direito ao silêncio (art. 5º, LXIII);
- o) da ampla defesa (art. 5º, LV);
- p) da assistência, desde o momento da prisão, de advogado (incisos LV, LXII, última parte, LXIII, última parte e LXXIV, do art. 5º, c.c. o art. 133);
- q) do amparo da família (incisos LXII, 2ª parte e LXIII, 2ª parte, do art. 5º, c.c. o art. 226, *caput*);
- r) da identificação dos responsáveis por sua prisão (art. 5º, LXIV);

s) de que não pode ser mantida a prisão de alguém quando couber liberdade provisória, com ou sem fiança (art. 5º, LXVI);

t) de indenização por erro judiciário ou por manutenção da prisão por tempo superior ao fixado na sentença (art. 5º, LXXV).

Dentre os princípios acima trazidos, vemos que toda e qualquer prisão processual somente se sustenta no binômio necessidade/fundamentação. A fundamentação está consagrada nos artigos 5º, inciso LXI e 93, inciso IX, da CF e, especificamente, nos artigos 315, do CPP e 2º, da Lei 7.960/89.

A necessidade para se decretar ou para se manter uma prisão se baseia primordialmente na presença dos fundamentos da prisão preventiva (art. 312, CPP) e, no caso da prisão temporária, dos requisitos fixados no art. 1º, I a III, da lei 7.960/89.

É que, constituindo a liberdade física do indivíduo um dos dogmas do Estado de Direito, é natural que a Constituição fixe certas regras fundamentais a respeito da prisão de qualquer natureza, pois a restrição ao direito de liberdade, em qualquer caso, é medida extraordinária, cuja adoção deve estar sempre subordinada a parâmetros de *legalidade estrita*.

3.2.1 Prisão em flagrante

Iniciando o estudo das prisões cautelares antes do advento da Lei. 12.403/11, passaremos a tratar da prisão em flagrante delito (art. 301/309, CPP), que é uma medida restritiva da liberdade, de natureza cautelar e processual, consistente na prisão, independentemente de ordem escrita de autoridade judiciária, de quem é surpreendido cometendo, ou logo após ter cometido um delito (crime ou contravenção penal).

Dentro desta modalidade de prisão, são 09 (nove) as espécies existentes em nosso ordenamento, sendo algumas de mera construção teórica e outras de intenso convívio social, são elas:

a) Flagrante próprio (real ou verdadeiro) – art. 302, I e II – o agente é surpreendido cometendo a infração ou acabou de cometê-la, imediatamente após, encontrando-se no *locus delicti*.

b) Flagrante impróprio (irreal ou quase-flagrante) – art. 302, III – quando o agente é perseguido, logo após cometer o ilícito. A expressão logo após não se mede em minutos, horas, mas se trata de tempo suficiente para colher informações sobre o agente (art. 290, §§ e 293, c.c. 294 – prisão em perseguição e em domicílio). Se ininterrupta a perseguição, autoriza-se a prisão, mesmo se durou horas ou dias, se feita em outra comarca ou outro Estado. Não existe o famoso prazo de “24 horas para fugir do flagrante” da cultura popular.

c) Flagrante presumido (ficto ou assimilado) – art. 302, IV – Quando o agente é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor do delito. Aqui, não necessita de perseguição, mas que o agente seja encontrado logo depois da prática do ilícito. A expressão “logo depois” permite um elastério maior em relação ao “logo após” do inciso III.

d) Flagrante compulsório (obrigatório) – art. 301, 2ª parte – Refere-se à obrigatoriedade de ação por parte da autoridade policial e seus agentes. A desídia pode tipificar crime de prevaricação (art. 319, CP).

e) Flagrante facultativo – art. 301, 1ª parte – É quando a prisão pode ser levada a efeito por qualquer pessoa do povo. Não há dever de agir, mas mera faculdade.

f) Flagrante forjado (fabricado, maquinado ou urdido) – É o que se dá acerca de crime inexistente, no qual o particular, a autoridade policial ou seus agentes “plantam” (criam) provas contra o suposto autor que, caso fossem verdadeiras (autênticas), legitimariam a prisão e sua responsabilização criminal. Quem assim age pode ser responsabilizado por denúncia caluniosa, abuso de autoridade.

g) Flagrante prorrogado (diferido, controlado, postergado, protelado, retardado, estratégico ou de ação controlada) – artigo 2º, II, da Lei nº 9.034/95 (Lei do Crime Organizado) – “Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: II – a *ação controlada, que consiste em retardar a interdição*

policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculado, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações”.

Não obstante, encontramos outra hipótese no artigo 53, inciso II, da Lei 11.343/06 (Lei de Drogas) – “a não-atuação policial sobre os portadores de drogas, seus precursores químicos ou outros produtos utilizados em sua produção, que se encontrem no território brasileiro, com a finalidade de identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível”. No caso da Lei de Drogas, esta depende de autorização judicial e ouvido o Ministério Público. É o reverso do flagrante obrigatório ou compulsório.

h) Flagrante esperado – Ocorre, via de regra, nos crimes permanentes. Obtida a informação de que o agente vai praticar ou está praticando um ilícito, a autoridade policial ou seus agentes postam-se estrategicamente e prendem-no no momento em que pratica os atos de execução.

O importante é que não haja qualquer indução ou instigação à prática do delito. Nesse flagrante, a iniciativa do crime é do agente, diferentemente do flagrante preparado quando ela parte do provocador. Se saber da prática do crime, a polícia retira a vítima que seria morta ou os objetos que seriam subtraídos, haverá crime impossível que não autoriza o flagrante, pois somente autoriza-se a prisão “se em qualquer das hipóteses houvesse possibilidade de consumação”

i) Flagrante provocado ou preparado – Também chamado de “*delito de ensaio*”, “*delito de experiência*”, “*delito putativo por obra do agente provocador*”. O agente é induzido ou instigado à prática da conduta penalmente ilícita, tomando o instigador às providências para que aquele seja surpreendido na flagrância da execução, frustrando-se ou impossibilitando-se a consumação da infração penal.

Sobre o assunto, Damásio Evangelista de Jesus (2010, p.176):

“Ocorre crime putativo por obra do agente provocador quando alguém de forma insidiosa provoca o agente à prática de um crime, ao mesmo tempo em que toma providências para que o mesmo não se consume”.

Nossa jurisprudência já firmou entendimento quanto ao tema na Súmula 145, do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

Sumula 145 – STF. Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação.

Em síntese, não há que se confundir o flagrante preparado, que é aquele onde a polícia ou agente provocador induz completamente um terceiro a praticar ação delituosa, com o flagrante esperado, que é onde a atividade policial é apenas de alerta, sem instigar o mecanismo causal da infração, frustrando a sua consumação, quer por que recebeu informações a respeito do provável cometimento do crime, quer por que exercia vigilância sobre o delinqüente.

3.2.2 Prisão temporária

Trata-se de prisão cautelar, de natureza processual, revestindo-se do caráter de excepcionalidade, sendo necessário demonstrar os fundamentos do “*fumus boni juris*” e o “*periculum in mora/periculum libertatis*”.

É decretada durante o inquérito policial, por prazo determinado e, portanto, antes do trânsito em julgado da sentença e em face do princípio da inocência ou não culpabilidade (art. 5º, inciso LVII, CF), somente deveria ocorrer após a irrecorribilidade da decisão condenatória. De qualquer forma, a prisão temporária somente se fundamenta no binômio necessidade/fundamentação, isto é, com a demonstração cabal dos requisitos ensejadores.

Quanto aos requisitos para a decretação desta prisão cautelar, estes se encontram descritos nos incisos I a III, do art. 1º, da Lei 7.960/89, sendo eles:

a) quando imprescindível para as investigações (se for possível conduzir as investigações com o indiciado solto, não será decretada a prisão).

b) indiciado sem residência fixa ou que não fornece elementos necessários para ser identificado, ou seja, sem esses dados, dificultosa é a

investigação do crime, justificando a prisão pelo menos até que se esclareça a identidade e a residência do indiciado.

c) ser ele suspeito, em face de prova já produzida, da prática ou participação em qualquer dos crimes relacionados no inciso III.

Discussão um tanto acentuada em nossa doutrina e jurisprudência, e que não poderíamos deixar de constar no presente trabalho, é quanto a estes requisitos serem aplicados alternativamente ou cumulativamente para a decretação da prisão temporária.

São varias as correntes doutrinárias, em singela pesquisa, quanto aos que entendem pela alternatividade dos requisitos, se encontram os doutrinadores Julio Fabbrini Mirabete e Fernando da Costa Tourinho Filho.

Em relação aos que entendem pela cumulação de todos os requisitos para a decretação da prisão temporária, se encontram Antonio Scarance Fernandes, Hidejalma Muccio e Antonio Alberto Machado.

Adiante, para aqueles que entendem necessário a cumulação de todos os requisitos e, ainda, concorrer com os fundamentos da prisão preventiva, se encontram Vicente Greco Filho.

Outro ponto controverso da referida lei, é quanto à prisão que poderá ser decretada, se imprescindível para as investigações ou se o indiciado não tem residência certa ou frustrou sua identificação, mas sempre nos casos dos crimes definidos no artigo 1º, inciso III, cujo rol é taxativo [I ou II + III]. (Damásio E. Jesus, Antonio Magalhães Gomes Filho, Denílson Feitosa Pacheco, Edílson Mougnot Bonfim, Marcellus Polastri Lima, Djalma Eutímio de Carvalho, Eugenio Pacelli Oliveira).

Na prática, tem se admitido a prisão temporária, se presentes os requisitos do inciso I ou II, mas em se tratando de um crime grave, como, por exemplo, qualquer crime hediondo ou equiparado, mesmo que não arrolado no inciso III.

De outra banda, com relação ao prazo da prisão temporária, esta será de 05 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade, conforme o artigo 2º, caput, da Lei. 7.960/89. Caso se trate de crime

hediondo ou equiparado, o prazo será de 30 (trinta) dias, prorrogáveis também por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

Na contagem do tempo de prisão temporária não se computa o prazo para término do inquérito policial constante no artigo 10, do Código de Processo Penal e artigo 51, da Lei. 11.343/06 (Lei de Drogas).

3.2.3 Prisão preventiva

Como terceira modalidade de prisão cautelar, passamos a tratar da prisão preventiva, que é decretada pela autoridade judiciária durante o inquérito policial ou ação penal, antes do trânsito em julgado da sentença, se preenchidos os requisitos legais e presentes os motivos ensejadores (interesses sociais de segurança).

Sua natureza jurídica é processual, revestindo-se do caráter de excepcionalidade, sendo necessário demonstrar o “*fumus boni juris*” e o “*periculum in mora/periculum libertatis*” assim como a prisão temporária e, em face do princípio da inocência ou não culpabilidade (art. 5º, inciso LVII, CF), a prisão somente deveria ocorrer após a irrecorribilidade da decisão condenatória, fundamentando-se a prisão preventiva no binômio necessidade/fundamentação.

Quanto às classificações encontradas na doutrina, a prisão preventiva pode ser instrumental ou final, se decretada por conveniência da instrução criminal, chama-se *instrumental*; quando o motivo for para assegurar a aplicação da lei penal, trata-se de providência cautelar *final*.

Veja que, nesta prisão cautelar é necessário a presença conjunta de dois pressupostos fáticos, quais sejam, a materialidade do delito e indícios de autoria, conforme preceitua o artigo 312, *in fine*, do Código de Processo Penal.

Sobre os indícios de autoria, Borges da Rosa (1942, p. 281):

“(...) devem ser tais que gerem a convicção de que foi o acusado o autor da infração, embora não haja certeza disto. No entanto eles devem ser suficientes para tranquilizar a consciência do juiz”

Corroborando com os pressupostos apresentados acima, é necessária a presença de uma das circunstâncias constantes na lei para a concessão da prisão preventiva de acordo com o artigo 312, primeira parte, do Código de Processo Penal, abaixo delineados:

a) garantia da ordem pública – É quando, com sua conduta, o autor do crime ameaça a ordem pública. Visa, assim, impedir que torne a delinquir ou mesmo para acautelar o meio social e a credibilidade da Justiça em face da gravidade do crime e sua repercussão.

b) garantia da ordem econômica – Essa circunstância foi acrescida pela Lei nº 8.884, de 11/06/94 (Lei Antitruste). Porém, também cremos que tal motivo já está englobado na “garantia da ordem pública”, mas há situações em que se justificaria a custódia por tal condição, como nos casos do art. 4º, IV e VII, da Lei nº 8.137/90.

c) conveniência da instrução criminal – Visa impedir a perturbação ou empecilho à produção das provas, no caso do indiciado/acusado ameaçar testemunhas ou vítima, deixar de comparecer para ser examinado no incidente de insanidade mental, entre outras situações. Deve ser imprescindível a instrução e não por mera conveniência das partes.

d) assegurar a aplicação da lei penal – Normalmente, em caso de iminente fuga de elemento sem vínculos com o distrito de culpa. Busca a satisfação da pena que eventualmente venha a ser aplicada ao acusado, se condenado.

Destarte, agora quanto às hipóteses legais de sua concessão elencadas no artigo 313, do Código de Processo Penal, são elas:

a) em crime dolosos, desde que punidos com reclusão (inciso I);

b) em crimes dolosos punidos com detenção, somente cabe a medida se o autor for vadio (art. 59, LCP) ou de identidade duvidosa (inciso II);

c) se é autor de crime doloso punido com detenção e é reincidente por outro crime doloso (inciso III). Porém, se alcançado o “*período depurador*” ou “*prescrição da reincidência*” (art. 64, I, CP), não prevalece a reincidência.

d) em casos de violência doméstica (inciso IV acrescentado pela Lei nº 11.340/06 – “Lei Maria da Penha”, visando fazer cumprir e se efetivar as medidas protetivas de urgência concedidas em favor da vítima mulher.

Vale ressaltar que, como em qualquer instituto, há proibições que recaem sobre na prisão preventiva, não cabendo no caso de crime culposo, também não pode ser decretada a custódia do agente, se ficar demonstrado que agiu sob qualquer excludente de antijuridicidade.

Se o réu não praticou crime, não se justifica que seja preso, além disso, determina a lei que, nessa situação, o acusado seja absolvido (arts. 386, inciso VI; 397, inciso I e 415, inciso IV, CPP). Agindo o réu sob o pálio de uma dirimente, pensamos que se deva dar interpretação extensiva ao art. 314, para não permitir a prisão preventiva, isto porque nessa situação a lei também determina a absolvição do acusado, não se justificando a prisão de alguém que será em seguida absolvido.

As considerações finais nesta prisão cautelar recaem sobre a possibilidade do magistrado em revogar a qualquer momento da prisão preventiva, bem como decretá-la se presentes os requisitos e, obviamente, com a devida fundamentação.

3.2.4 Prisão decorrente de pronúncia

Neste ponto, após todo o colacionado até aqui, podemos nitidamente perceber o caráter antagônico com que se encontra a prisão cautelar em relação a liberdade provisória. Assim, começamos a traçar as linhas gerais da quarta hipótese de prisão cautelar, a decorrente de pronúncia.

Esta modalidade de prisão cautelar decreta-se pela autoridade judiciária, na sentença que pronúncia o acusado, ao término da primeira fase do

procedimento do Júri, encaminhando-o para julgamento pelo Tribunal Popular, desde que presentes os requisitos ensejadores da prisão preventiva.

Importante pontuarmos alguns aspectos em relação ao procedimento do Júri para uma melhor visão desta prisão cautelar. A pronúncia é uma decisão meramente processual, de conteúdo declaratório, sem julgamento do mérito, tratando-se de mero juízo de admissibilidade da acusação e que apenas remete o réu para ser julgado pelo Tribunal do Júri.

Não condena o réu e, portanto, não lhe impõe pena. É proferida ao término da instrução nos procedimentos dos crimes dolosos contra a vida. O procedimento do Júri é feito em três fases ou etapas:

1ª Fase: juízo de acusação, se iniciando com o oferecimento da denúncia e se encerra com a sentença de pronúncia, constituindo o *judicium accusationis*. É a formação da culpa. Também é chamado de *juízo sumário de culpa*. Essa primeira etapa está consubstanciada nos artigos 406 a 421 do CPP.

2ª Fase: preparação do julgamento (artigos. 422 a 424, CPP). Possibilita às partes, arrolarem testemunhas (até 5), mencionando o caráter de imprescindibilidade (art. 461), para serem ouvidas em Plenário, juntar documentos e requerer diligências. Nessa fase, o juiz ordenará a realização das diligências pertinentes e requeridas pelas partes, visando um saneamento do processo e fará um relatório sucinto do processo. Cópia desse relatório (da pronúncia e decisões posteriores) será entregue aos jurados, logo após o compromisso (Parágrafo único do art. 472);

3ª Fase: julgamento em Plenário pelo Tribunal do Júri (artigos. 453/493, CPP). É o juízo de mérito, também chamado de *judicium causae*, que é o julgamento da causa. Antes de chegar ao Júri, deve passar por um juízo de formação de culpa; somente após a pronúncia e a preparação é que vai a julgamento em Plenário do Júri.

Desta forma, permitiu o legislador no art. 413, § 3º que, ao pronunciar o réu e, portanto, encaminhá-lo para ser julgado pelo Tribunal do Júri, possa o juiz decretar sua prisão ou recomendá-lo na prisão onde se encontra.

Ela não deve ser decretada simplesmente para garantir o julgamento pelo Júri, se não demonstrados os motivos que justificariam a prisão preventiva,

notadamente se o réu respondeu solto ao processo. Nesse aspecto, soa estranho o § 3º, ao dispor que o réu poderá ser solto ao ser pronunciado, pois se estava preso em flagrante ou preventivamente, nada justificaria que, agora, proferida a decisão que admitiu fosse levado a julgamento pelo Tribunal Popular, pudesse ser posto em liberdade, pois ainda haverá instrução em Plenário e, assim, persiste a “conveniência da instrução criminal” como motivo da preventiva.

3.2.5 Prisão decorrente de sentença condenatória recorrível

Trata-se de prisão cautelar, decretada pela autoridade judiciária, na sentença recorrível que condena o acusado, ao término da instrução criminal, desde que presentes os requisitos ensejadores da prisão preventiva.

Atualmente há discussões em nossa doutrina quanto a natureza jurídica desta prisão cautelar, para alguns possui cunho processual (Ada, Scarance, Gomes Filho) e para outros trata de execução provisória da pena, visto que o juiz a decreta em face das provas colhidas e para que o réu já inicie o cumprimento da reprimenda, tanto que pode ser expedida ao Juízo das Execuções Penais, a carta de guia provisória (Mossin, Afrânio Silva Jardim, Hélio Tornaghi)

Fundamenta-se tal prisão cautelar no disposto no artigo 387, parágrafo único, do Código de Processo Penal, vejamos:

Art. 387, parágrafo único. O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta.

Discussão já ultrapassada existia quanto à obrigatoriedade do réu de se recolher ao cárcere para poder apelar da sentença condenatória recorrível, no entanto, como já tratada anteriormente (vide. tópico 2.5.2.6), em face da nova redação dada pela Lei. 11.719/08 ao artigo 387 do Código de Processo Penal,

cumulada com a súmula 347 do Superior Tribunal de Justiça, não há que se falar sobre o tema.

3.2.6 Prisão para averiguação

Colocamos a partir de agora a disposição do leitor o conceito da prisão para averiguação apenas em sede de conhecimento, uma vez que não é permitida em nosso ordenamento jurídico pátrio.

Exemplifica Wagner Adilson Tonini (2009, p.1):

“A averiguação não pode ser estudada como "prisão", mas pode e deve ser analisada sob o aspecto da custódia ou retenção, seja para investigação sumaríssima, para averiguação propriamente dita ou em sentido estrito, ou para garantia da incolumidade de pessoas e coisas, cujas diferenças passaremos a examinar. O tema costuma ser evitado pelos juristas. É realidade reconhecida como necessária, mas evitada enquanto assunto a ser teorizado do ponto de vista legal”.

Assim, referida prisão não encontra respaldo em nossa legislação atual, no entanto, não significa que não seria necessária sua criação, podendo com a simples análise da situação *in concreto* efetivar as investigações criminais.

3.3 Prisão Cautelar após o advento da Lei. 12.403/11

Em 04 de julho de 2011, entrou em vigor a Lei. 12.403/11, que alterou diversos dispositivos pertinentes a liberdade provisória, prisões cautelares e instituiu no artigo 319, do Código de Processo Penal, um novo rol de medidas cautelares.

Trataremos, em que pese, de algumas considerações gerais propedêuticas já citadas neste trabalho (vide. tópico 2.7) para que possa o leitor ter uma visão ampla quanto ao conteúdo.

Enfatizo, mais uma vez que em singela análise da referida lei chegamos a conclusão, um tanto precipitada, de que não trouxe tantas mudanças quanto planejadas, no entanto, engana-se quem assim pensa, conforme demonstraremos, a Lei. 12.403/11 trouxe mudanças por demasiada complexas.

Inicialmente, com relação às considerações gerais a serem traçadas, antes da entrada em vigor da Lei. 12.403/11, ao que se refere ao direito processual penal, vigorava o “*princípio binário*” quanto à valoração que o juiz de direito poderia realizar em um caso concreto quando da apreciação da prisão em flagrante, ou seja, decidiria se o réu permaneceria preso ou seria solto.

Hoje, tal fato já não existe, uma vez que o princípio que agora vigora é o chamado “*princípio multicaudelar*” em que o juiz, antes de decretar a prisão preventiva ou temporária, se atentará as 09 (nove) possibilidades de medidas cautelares presentes no rol do artigo 319, do Código de Processo Penal, abaixo:

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 freqüência 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.

Em que pese à liberdade provisória, suas peculiaridades que surgiram da mudança legislativa já foram tratadas anteriormente (vide tópico 2.7), razão pela qual estará em foco tão somente as prisões cautelares neste tópico.

Outro aspecto peculiar da referida lei é quanto à matéria principiológica do artigo 282, do Código Processual Penal, que adotou a adequação, necessidade e proporcionalidade como princípios basilares de aplicação das medidas cautelares.

Vale apontar aqui o entendimento leigo que se deu na cultura popular no sentido de ser a “lei da impunidade”, deixando com que agentes delituosos ficassem à solta. Veja, a lei de medidas cautelares está acima de qualquer discussão ideológica porque veio para assegurar o princípio da presunção de inocência, evitando em último caso a prisão e, ainda, adequando o Código Processual de 1941 a atual ordem constitucional.

Outro fundamento da cultura popular é da impunidade ao cárcere dos tão citados crimes de “colarinho branco” e corruptos, ocorre que, se formos usar a lógica, nem mesmo antes da referida lei entrar em vigor eles se encontravam presos.

Observa-se que se contactou em recente pesquisa, que na data de 31 de dezembro de 2010¹, havia cerca de 500 (quinhentos) mil presos em nosso País, dentre eles, 44% (quarenta e quatro por cento) em razão de prisão cautelar, ou seja, 220 (duzentos e vinte) mil encarcerados.

Assim, conforme dispõe Luiz Flávio Gomes (2011, p. 47) é clara a intenção do legislador em preceituar o princípio da *ultima ratio* (direito penal) como prisão em *extrema ratio*, haja vista que especificou a prisão como a medida extrema dentro da última medida, o direito penal (princípio da intervenção mínima).

Hoje a regra tornou-se liberdade, a exceção a medida cautelar e, subsidiariamente a esta, a prisão cautelar *extrema ratio*.

Inicialmente, levamos ao conhecimento do leitor que agora o juiz poderá, quando do recebimento do flagrante, fundamentadamente: a) relaxar a prisão ilegal; b) converter a prisão em flagrante para prisão preventiva quando presente seus requisitos; c) conceder liberdade provisória com ou sem fiança; d) verificando uma causa excludente de ilicitude, conceder liberdade provisória

¹ Gráfico pormenorizado no capítulo 7.4 – Gráficos Informativos para reflexão quanto ao Tráfico

mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais sob pena de revogação (art. 310, CPP).

Insta consignar que, com a análise fática das varias facetas que o magistrado poderá seguir, chegamos à conclusão de que não se confunde a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva e a proibição que agora vige em relação ao juiz *ex officio* decretar a prisão preventiva na fase investigatória.

Passada as considerações gerais e iniciando o estudo pormenorizado das mudanças afetas a prisão cautelar, o artigo 300, do Código de Processo Penal, com sua nova redação trouxe a obrigatoriedade de separação dos presos provisórios e distintos, extinguindo desta maneira a integração entre ambos.

Caso não haja a possibilidade de separação, entendo a meu ver que estaria o réu em constrangimento ilegal e a autoridade competente agindo em afronta a expressa recomendação da lei, devendo o juiz determinar a medida cautelar de recolhimento domiciliar (art. 319, inciso V, CPP) ou converter, se possível, em prisão domiciliar (art. 317, CPP).

Em se tratando da prisão em flagrante delito, esta teve imensa mudança em nosso ordenamento jurídico, começando pela fundamentação que se tornou obrigatória ao magistrado ao receber os autos da prisão, pondo fim ao rotineiro despacho "*flagrante formalmente em ordem*" em face do que preceitua o caput do artigo 310, do Código de Processo Penal.

Ainda em sede de flagrante, em tese, devem ser todas as prisões revistas uma vez o juiz ao receber o auto de flagrante deverá se posicionar de duas maneiras, ou converte em prisão preventiva ou em medida cautelar, não podendo mais a prisão em flagrante delito ser fundamento para manter a prisão.

Sobre a falência da prisão em flagrante como natureza cautelar, surgiram duas correntes, alguns como Silvio Luiz Maciel (2011, p. 148), entendem ter a prisão em flagrante natureza pré-cautelar, morrendo ao se deparar com o magistrado que deverá converter em preventiva ou dispor de medida cautelar, para outros, como Luiz Flávio Gomes (2011, p. 51), não há o que se falar em prisão em flagrante como cautelar.

Assim, chegamos à conclusão que somente duas prisões cautelares ainda subsistem em nosso ordenamento jurídico, das cinco originais, restou a prisão

preventiva e temporária, todas as demais não existem mais por força do artigo 283, do Código de Processo Penal.

Agora em se tratando da prisão preventiva, esta também sofreu diversas mudanças, a iniciarmos pela pena máxima para sua decretação ter que ser superior a 04 (quatro) anos.

Impasse interessante é quanto aos que hoje se encontram presos preventivamente e que suas penas são inferiores a 04 (quatro) anos, salvo o reincidente, situação em que o juiz, em tese, deverá conceder liberdade provisória ao agente, cumulada ou não com medida cautelar.

Para melhor ênfase, a nova redação quanto aos requisitos da prisão preventiva descrita no artigo 313, do Código de Processo Penal, abaixo:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

Refleta que o legislador procurou com a referida lei criar um senso de discernimento e prudência a arbítrio do juiz para que, no calor do caso concreto, decida da melhor maneira possível qual agente realmente deve ser recolhido a prisão provisória e qual necessita de medida cautelar (liberdade provisória com obrigações)

Em razão disto que hoje surgiu o chamado “*princípio da homogeneidade das medidas cautelares*” (art. 282, inciso II, CPP), que nada mais é do que a visão do magistrado quando do resultado final da persecução criminal, aplicando a medida cautelar que for mais adequada, necessária e proporcional. Não se pode permitir que o agente seja preso provisoriamente se ao final do processo livrar-se-á solto ou em regime semi-aberto.

Como já mencionado, o juiz não pode mais por força do artigo 311, do Código de Processo Penal, decretar *ex officio* a prisão preventiva na fase policial, no entanto, e com relação às possibilidades existentes em leis esparsas, como por exemplo, na Lei. 11.340/06 (Lei Maria da Penha) em que o juiz pode decretar na investigação criminal?

Duas correntes surgiram a respeito deste tema, sendo a primeira aquela que entende pelo princípio da especialidade (conflito aparente de normas penais) em que a norma especial traria para si a competência quanto à aplicação. A segunda corrente entende pela sucessão de leis penais no tempo, na qual a lei posterior revoga as demais anteriores.

Mais um conflito existente é quando da conversão da medida cautelar em prisão preventiva, deve nesta situação adequar-se ao rol de requisitos do artigo 313, do Código de Processo Penal?

Duas correntes surgiram quanto ao tema, sendo a primeira corrente defendida, em especial, por Eugênio Pacelli de Oliveira, que entende não ser necessária tal correspondência legal, uma vez que poderia ficar a arbítrio do agente cumprir ou não a medida cautelar. Quanto a segunda corrente, defendida por Rogério Sanches, entende que é necessário o enquadramento no rol do artigo 313, caso contrário, estaríamos dando a possibilidade de prisão preventiva em crime culposos.

Os princípios da ampla defesa e do contraditório foram observados pelo legislador pátrio, com ênfase no que dispõe o artigo 282, §3, do Código de Processo Penal, lembrando das exceções, por lógico, na decretação de prisão temporária ou preventiva.

De acordo com o artigo 306, caput, do Código de Processo Penal, a autoridade policial agora tem o dever de comunicar após a lavratura do auto de prisão em flagrante, além do magistrado, o Ministério Público, bem como de arbitrar fiança nos crimes apenados com pena privativa de liberdade máxima não superior a 04 (quatro) anos (art. 322, CPP).

Em síntese, estas são as considerações que atualmente orbitam em relação à Lei. 12.403/11, em especial, quanto às prisões cautelares.

3.4 Direito Comparado

Como último tópico desde capítulo que cuidou da matéria pertinente a prisão cautelar, traremos ao leitor as posições legislativas estrangeiras no que tange as prisões provisórias para que seja perceptível o fundamento universal de tal medida, bem como, possamos, enfim, adentrar ao mérito da discussão do trabalho.

3.4.1 Países com o sistema romano-germânico

Sobre tal sistema jurídico, primeiramente faremos algumas abordagens propedêuticas quanto ao seu conceito e posteriormente passaremos a análise breve da duração razoável da prisão cautelar de alguns países que adotam o citado sistema jurídico.

Este sistema jurídico é hoje o mais utilizado em todo o mundo, baseia-se sua origem, como o próprio nome indica, no direito romano, foi interpretado pelos glosadores a partir do século XI e, em momento oportuno, sistematizado pelo movimento da codificação do direito, a partir do século XVIII.

Atualmente, toda a América Latina pertence ao sistema jurídico romano-germânico, e, ainda, a Europa continental, a Ásia (exceto alguns países do Oriente Médio) e de metade do continente Africano.

Uma das características fundamentais desde sistema jurídico é o direito estruturado por códigos, uma generalidade de normas e sempre por meio da escrita, cujos principais a título de exemplo são os da França e Alemanha (*Code Civil* e *Bürgerliches Gesetzbuch*, respectivamente). O Brasil adotou este sistema jurídico.

3.4.1.1 Itália

Inicialmente, pelo Código de 1865, não houve qualquer limite temporário em relação a duração da custódia provisória, havendo tão somente um controle hierárquico pelos magistrados através da *C'amera di C'onsiglio*, punindo administrativamente o juiz negligente e desidioso, no entanto, tais prazos não eram peremptórios.

Com o advento do Código de 1913, houve a extinção da citada *C'amera di C'onsiglio* e, conseqüentemente, a perda de qualquer controle efetivo em relação à razoável duração da prisão provisória, ou seja, com o término do prazo da referida prisão, imediatamente soltava-se o preso.

Posteriormente, com o Código Rocco, se estabeleceu o prazo da prisão provisória tomando como base o delito praticado pelo agente e, caso houvesse a expiração deste prazo, aos autos do processo eram remetidos ao Tribunal que deliberava sobre as providencias cabíveis, podendo até mesmo punir o magistrado pela mora processual.

Por conta do acima citado, com a legislação de 1988, bem como a reforma *DL 292/91* e *Legge 8* de agosto de 1958, sobreveio as diretrizes de tempo da prisão provisória em face da pena cominada em abstrato ao crime.

Nos dias atuais, os artigos 303, 304 e 305, do Código de Processo Penal Italiano, determinam os parâmetros de tempo da prisão cautelar, sua possibilidade de suspensão condicional da contagem do prazo e, ainda, hipóteses de prorrogação do prazo de custódia cautelar (Eduardo Garcia da Silveira Neto, 2001, p.43).

Cumprе mencionar ao final deste tópico que, mesmo com todos os meios empregados para uma melhor celeridade processual italiana, ainda perpetua a regra dos processos lentos no judiciário.

3.4.1.2 Espanha

Tratando-se da Espanha, esta também sofreu diversas reformas sucessivas em relação à prisão cautelar, fixando, ao final, o prazo de 03 (três) meses, 01 (um) ano e 02 (dois) anos, dependendo de qual pena cominada em abstrato.

Não obstante, caso o processo não se resolva no prazo da prisão cautelar, ou, houver indícios que o agente quer ausentar-se da aplicação da lei, pode o prazo ser prorrogado pelo período de 02 (dois) a 04 (quatro) anos.

Após sucessivas e exaustivas reformas legislativas espanholas que tratam do assunto em tela, mostrou-se a preocupação do legislativo em busca da duração proporcional da prisão cautelar, uma vez que até a presente data não se alcançou o esperado.

3.4.1.3 Argentina

Sobre este País, bem colocado é a expressão utilizada por Mariano R. La Rosa (2007, p. 245) sobre o posicionamento da doutrina argentina em relação ao assunto, se considerarmos que a liberdade consiste em um direito subjetivo de todos os indivíduos, e que por aplicar-se antes da sentença, tem caráter provisória, inconstitucional seria se não tivesse natureza cautelar.

3.4.1.4 Alemanha

Já com relação à Alemanha, a prisão cautelar (*Untersuchungshaft*) não será cabível quando desproporcional ao crime ou à pena que provavelmente será imposta (§ 112, I, StPO).

Ela pode ser decretada por um juiz em qualquer momento do processo ou da fase investigatória se existir um alto grau de probabilidade de que o suspeito cometeu um crime e se estiverem presentes todos os pressupostos de punibilidade e condições de procedibilidade.

Estipulou-se o legislador alemão o prazo de 06 (seis) meses de duração da prisão cautelar, prorrogável e suspenso em certos casos, não ultrapassando o prazo máximo de 01 (um) ano.

3.4.1.5 Portugal

Nosso conterrâneo de língua portuguesa prevê inicialmente que a liberdade das pessoas só pode ser limitada, total ou parcialmente, em função de exigências processuais de natureza cautelar (art. 191, CPP português), dependendo de prévio indiciamento do indivíduo - "prévia constituição como argüido" (art. 192, 1).

Em que pese o prazo cautelar, este varia de acordo com a gravidade e periculosidade em abstrato que o crime proporciona, sendo entre 02 (dois) anos a 04 (quatro) anos, prorrogáveis por mais 06 (seis) meses.

Devem as demais medidas de coação ser adequadas às exigências cautelares que o caso requerer e proporcionais à gravidade do crime e às sanções que previsivelmente possam ser aplicadas (art. 193).

3.4.1.6 França

Quanto a este País, a detenção da pessoa pela polícia judiciária tem como prazo Máximo de 24 (vinte e quatro) horas, sendo que, no caso de flagrante delito, este prazo poderá ser prorrogado.

Em pormenores, a referida prisão cautelar francês não pode ultrapassar o prazo de 04 (quatro) meses, todavia, caso seja o processo

demasiadamente complexo, a lei permite a renovação do prazo por uma única vez, nunca superior a 02 (dois) meses.

Ricardo Ribeiro Campos (2008, p. 2) explica:

“é admissível a qualquer momento a concessão de liberdade de ofício pelo juiz da instrução, com ou sem a imposição do controle judicial, depois de ouvido o Ministério Público. Se concedida, a pessoa investigada deverá comparecer a todos os atos do processo e informar suas atividades (art. 147, 1ª parte)”.

3.4.2 Países que adotam o sistema anglo-saxão

Diferentemente do sistema jurídico romano-germânico tratado anteriormente, o sistema anglo-saxão, também chamado “*common law*”, surgiu do sistema inquisitorial da Inglaterra nos séculos XII e XIII, baseado em um acervo de decisões judiciais que preceituavam a tradição de determinada época, localidade ou sociedade medieval.

A lógica empregada neste sistema baseia-se no “casuísmo”, aplicando o procedimento “*adversarial system*” nos tribunais, ou seja, o amplo contraditório das partes, inclusive, pessoalmente.

Atualmente, poucos são os que adotam este sistema, dentre eles, a Inglaterra, a maior parte dos Estados Unidos, Canadá, dentre outros. Passamos a análise do principal entre eles, qual seja, a Inglaterra.

3.4.2.1 Inglaterra

Conforme dispõe Roberto Delmanto Junior (1995, p. 413):

*“O sistema inglês se divide, basicamente, em duas fases: uma primeira, que atualmente é muito questionada e está sendo paulatinamente suprimida (*committal proceedings*), em que o acusado é levado a *Magistrates’ Court* onde há uma audiência preliminar, com oitiva de testemunhas perante um*

juiz, podendo haver, se for o caso, até um julgamento sumário (summary Trial) uma segunda, em que o feito é enviado pela Magistrates' Court para processamento e julgamento na *Crown Court*".

Sobre a questão de prazos, em 1985 a Inglaterra veio a reconhecer uma regra legislativa existente desde 1710 na Escócia, na qual preceituava que o prazo para ter início a persecução criminal é de 110 (cento e dez dias). Ainda sobre o assunto, o prazo para início da audiência de julgamento é de 08 (oito) semanas da data do recebimento da acusação.

Como já dito, em 1985 o parlamento inglês inovou em diversos aspectos no âmbito criminal, dentre elas, o advento da *Prosecution of Offences Act*, que concede poderes para o Ministro do Interior criar, mediante decreto, os prazos máximos de prisão provisória (*custody time-limits*) até a fase decisória.

Desta maneira, de regra, estabeleceu-se mediante a competência do Ministro do Interior que não há prazo máximo para a prisão provisória, tendo tão somente limitado o referido período em casos que ferem a dignidade da pessoa humana, nunca excedendo o período de 70 (setenta) dias da prisão a data do julgamento sumário.

Por conseguinte, deverá o agente ser julgado em um prazo máximo de 06 (seis) meses, caso contrário, o acusado deverá ser posto em liberdade. Por fim, a jurisprudência inglesa tem admitido o prorrogamento do prazo sem que, dentre as justificativas, seja da falta de pessoal para o devido andamento processual.

4 O TRÁFICO DE DROGAS E O CRIME

4.1 Definição Literal e Etimológico do Tráfico de Drogas

Primeiramente, é importante enfatizar o que a palavra tráfico nos traz em sua concepção literal e perante a ótica da sociedade, para que se possa entender o motivo ensejador originário do legislador pátrio ao proibir expressamente a liberdade provisória aos crimes hediondos e equiparados constantes na Lei. 8072/90 (inicialmente).

Em que pese, por ser um termo geral e amplo, se faz necessária a distinção de drogas ilícitas das drogas lícitas, sendo que aquela o legislador proibiu seu uso, comercialização e produção, considerando-o como crime em nosso ordenamento jurídico, e esta, apenas disciplina os meios pelos quais devem ser obtidas e consumidas, por exemplo, o cigarro.

Corroborando a idéia pretendida, o termo “*tráfico*”, em sua concepção de origem (Sérgio Ximenes, Minidicionário Ediouro, 2000, p. 918), é todo comércio ou negócio, ato em que se destina a alienação de bens e mercadorias, no entanto, é contumaz a idéia de tráfico ligada a um ilícito de produtos, animais, e até mesmo pessoas direcionadas a um fim proibido, sejam por lei ou pelos valores consuetudinários daquela localidade.

Por lógico chegamos à conclusão que, contrário ao que a cultura popular preconiza, nem todo tráfico de drogas é ilícito, havendo a possibilidade de configurar o mero comércio de drogas (remédios) entre partes, ou seja, o tráfico de drogas é *gênero* do qual o tráfico ilícito de drogas é *espécie*.

Em que pese o termo “*tráfico de drogas*” ou “*tráfico ilícito de entorpecentes*”, tais palavras expressam o mesmo significado, ocorre que quando da vigência da Lei. 6.368/78, o legislador pátrio preferiu a denominação típica do delito de “tráfico ilícito de entorpecentes”.

Logo mais, no advento da Lei. 11.343/06 (nova lei de drogas), esta preferiu a expressão “*drogas*” em vez de “*substância entorpecente*”, deve-se o

ocorrido por conta do alerta da Organização Mundial da Saúde – OMS, que considerou o termo entorpecente impróprio, em razão de droga determinar dependência.

Discordamos completamente do termo “drogas” que atualmente é utilizado e, conseqüentemente, da Organização Mundial da Saúde, uma vez que, como já visto, é possível haver o tráfico de drogas de forma lícita, bem como, nem toda droga é entorpecente, *contrario sensu*, todo entorpecente é droga com possibilidade dos transtornos biológicos que costumeiramente estamos informados, como dependência física e psíquica.

Assim, em face das argumentações acima, justifica-se o nome empregado neste trabalho e a correta conceituação do delito do artigo 33, da Lei. 11.343/06, como “tráfico ilícito de entorpecentes”.

Sobre os aspectos globais do tráfico ilícito de entorpecentes, a sociedade se vê totalmente bombardeada pelo chamado “narcotráfico”, que nada mais é que o tráfico de substâncias ilícitas – entorpecentes. Assim, o narcotráfico é produzido em todo o mundo, desde o cultivo em países subdesenvolvidos até seu consumo, em especial nos países ocidentais, nos quais a droga final atinge um alto valor no mercado clandestino.

Vale mencionar que o tráfico internacional de entorpecentes, em grande escala, começou a desenvolver-se a partir da década de 1970, tendo tido o seu ápice na década de 1980.

Esse desenvolvimento está estreitamente ligado à crise econômica mundial. O narcotráfico determina as economias dos países produtores de coca, cujos principais produtos de exportação têm sofrido sucessivas quedas em seus preços (ainda que a maior parte dos lucros não fique nesses países) e, ao mesmo tempo, favorece principalmente o sistema financeiro mundial (Wikipédia, a enciclopédia livre – Narcotráfico).

Este montante de dinheiro oriundo das drogas corresponde à lógica do sistema financeiro, que é eminentemente especulativo. Este necessita, cada vez mais, de capital “livre” para girar, e o tráfico de drogas promove, com grande facilidade, o “aparecimento mágico” desse capital que se acumula muito rápido e se move velozmente.

4.2 Tráfico Ilícito de Entorpecentes

Conceitua-se o tráfico ilícito de entorpecentes, sem fazer referência aos verbos/núcleos do tipo penal, como o comércio ou negócio ilegal, preparo, cultivo, induzimento, instigação ou auxílio de substâncias entorpecentes, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar (artigo 33, Lei. 11.343/06).

Situa-se a sua natureza material em um duplo escopo, primeiramente como espécie de tráfico ilícito (gênero), esta abrangendo produtos, animais, matérias-primas, pessoas, entre outros e, secundariamente, espécie de tráfico de drogas - *lato sensu* (gênero), que por sua vez também abrange o tráfico de drogas *stricto sensu* (entorpecentes).

4.2.1 Tráfico ilícito de entorpecentes e sua criminalização

Diante de todos os aspectos relevantes referentes ao tráfico ilícito de entorpecentes exposto anteriormente, é oportuno colacionarmos aqui 04 (quatro) hipóteses em que o tráfico ilícito de entorpecentes e o crime se ligam:

a) A posse não regulamentada (proibida) e o tráfico de drogas são considerados crimes em quase todos os países do mundo. Em alguns países, o sistema judicial está tão sobrecarregado de processos criminais ligados às drogas que a polícia e os tribunais simplesmente não conseguem dar vazão.

b) Visto que as drogas são muito caras, muitos usuários recorrem ao crime para financiar o vício.

c) Outros crimes são cometidos para facilitar o narcotráfico, um dos mais lucrativos negócios do mundo, com fatura entre 316 e 633 milhões de reais por ano no Rio de Janeiro. O comércio ilícito das drogas e o crime organizado são um tanto interdependentes

Para garantir o fluxo fácil das drogas, os traficantes tentam corromper ou intimidar as autoridades. Os enormes lucros dos barões da droga também criam problemas, corrompendo em tese, todo o sistema. Bancos e advogados são usados para despistar a movimentação do dinheiro das drogas.

d) Os efeitos da própria droga podem levar o agente a atividades criminosas. Familiares talvez sofram abusos por parte de usuários de drogas crônicos, levando todos a uma situação lamentável.

Observando tais circunstâncias, trazia primitivamente no Código Penal de 1940, atendendo a Convenção de Haia ocorrida em 1921, em seu artigo 281, o crime de “*comércio, posse ou uso de entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica*”, redação alterada posteriormente pela Lei n. 4.451/64.

Vale mencionar, apenas em sede de referência, que o homem sempre buscou maneiras de combater o consumo de drogas, como por exemplo, nas Ordenações Filipinas de 1603 com o termo “*ressalga*”, que significa pó de caveira.

Em 26 de dezembro de 1968, o decreto-lei nº 385 deu nova redação ao artigo 281, modificando-o substancialmente, adotando em linhas gerais, o disposto no artigo 305 do anteprojeto de Código Penal de Nelson Hungria (Vicente Greco Filho, 2003, p. 157).

Finalmente, através de nossos nobres legisladores, adveio a Lei. 6.368/76 e posteriormente alterada pela Lei n. 10.409/02, desincorporando o delito do Código Penal e lançando-o em lei especial, que dispunha medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências, ficando tal lei conhecida como “lei de tóxicos”.

Em especial, estipulava o crime de tráfico em seu artigo 12, com a narrativa a seguir:

Art. 12. Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar;

Pena - Reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem, indevidamente:

I - importa ou exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda ou oferece, fornece ainda que gratuitamente, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda matéria-prima destinada a preparação de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita de plantas destinadas à preparação de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica.

§ 2º Nas mesmas penas incorre, ainda, quem:

I - induz, instiga ou auxilia alguém a usar entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica;

II - utiliza local de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, para uso indevido ou tráfico ilícito de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica.

III - contribui de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso indevido ou o tráfico ilícito de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.

Tal “lei de tóxicos”, a princípio, revolucionou o tratamento com drogas, uma vez que distinguiu o tráfico com o uso de entorpecentes, aplicando-se punições severas e ao mesmo tempo confusas, como narra Arlete Hartmann (1999, p. 368):

“A lei em vigor deixa de diferenciar as pessoas que se encontram em situações diferenciais frente às drogas – deveria ela distinguir, no mínimo, entre o uso e abuso de drogas. (...) O que vemos hoje é que todos esses comportamentos que geram conseqüências diferenciadas, tanto para usuários, como para sociedade, são jogados em vala comum e tratados da mesma forma (todos são considerados delinqüentes)”.

Sobre as substâncias consideradas entorpecentes pelo legislador, estas se encontram estipuladas pela Agencia Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, por meio de regulamentos elaborados por especialistas na área da saúde.

Com relação à liberdade provisória, a lei de tóxicos estabelecia em seu artigo 24, § 1º, a possibilidade de concessão ao agente nos casos em que couber fiança, fixando que o juiz competente poderá mantê-lo em recolhimento domiciliar, revogá-lo ou ainda conceder liberdade provisória se fosse o caso.

Nosso Código de Processo Penal à época proibiu expressamente a concessão de liberdade provisória a crimes apenados com reclusão em que a pena mínima cominada seja superior a 02 (dois) anos (*vide* art. 323, inciso I), desde modo, restou ao crime de tráfico de entorpecentes a liberdade provisória sem fiança disposto no artigo 310 do mesmo diploma legal.

Não podemos deixar de enfatizar que no período de 1976 (data de promulgação da lei de tóxicos) era vigente a Constituição Federal de 1967, que se omitiu a respeito da proibição da liberdade provisória com ou sem fiança ao indiciado pelo crime de tráfico, não realizando qualquer menção ao caso.

Adiante, em 03 de março de 1998, por força da agregação ao Tratado de Viena pelo Brasil, foi aprovada a Lei n. 9.613/98, dispondo sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências, além de postular como crime o tráfico ilícito de entorpecentes.

Desde modo, além da lei de tóxicos tipificar o crime de tráfico ilícito de entorpecentes em lei especial, levou também a sociedade uma consciência dos males causados por tais substâncias, que afetam tanto as classes altas do País como as baixas e, ainda, concedia aos indiciados a possibilidade de concessão de liberdade provisória sem fiança.

4.2.2 A constituição de 1988 e a Lei. 8.072/90

Trataremos de tecer neste tópico um panorama sobre a liberdade provisória e o tráfico ilícito de entorpecentes ante o surgimento da nova ordem jurídico-constitucional proveniente do poder constituinte originário de 1988 e, ainda, do advento da Lei. 8.072/90 (crimes hediondos).

4.2.2.1 O cerceamento à liberdade

Com a promulgação em 05 de outubro de 1988 da nova Constituição da República Federativa do Brasil, houve diversas mudanças impostas por esta, por pertinente a nós, em especial em seu artigo 5º, inciso XLIII que dispõe da seguinte maneira abaixo:

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 (grifos nossos).

Como observado acima, o supra-artigo trouxe nova interpretação a concessão de liberdade provisória aos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, vetando expressamente em sua modalidade afiançável, restando assim, sedimentado o entendimento que tinha sido dado de apenas sua concessão sem fiança mediante o atendimento dos pressupostos necessários exigidos por lei (art. 310, CPP²).

Logo mais, atendendo ao que determina o artigo constitucional colacionado anteriormente, em proposta do ilustre senador Odacir Soares, nasce a Lei n. 8.072/90, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências.

Referida lei acima nada mais é do que o desespero de conter a criminalidade que atingia a sociedade brasileira nunca antes alcançados no País e, também, atendendo ao que dispõe o artigo 5º, inciso XLIII da Constituição Federal, que prevê o tratamento jurídico diferenciado a determinadas espécies de delito.

Dentre outras alterações que foram de responsabilidade da lei 8.072/90, é oportuno dizer que equiparou o crime de tráfico de drogas como hediondo em seu artigo 2º, bem como, em que pese à liberdade provisória, especificou:

² Importante consignar que trataremos de diversos aspectos processuais penais onde serão levadas em conta as normas jurídicas vigentes no Código de Processo Penal antes da mudança legislativa ocasionada pela Lei. 12.403/11, referida lei será abordada em momento futuro.

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

I - anistia, graça e indulto;

II - fiança e liberdade provisória. (grifos nossos)

O objetivo do legislador foi o de estabelecer maior rigor ao procedimento criminal referente aos crimes hediondos e equiparados, buscando evitar a qualquer custo que o acusado se furte da aplicação da lei penal e gere um sentimento de impunidade.

Portanto, havia desde modo, encerrado o legislador qualquer maneira de concessão à liberdade provisória aos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, seja com ou sem fiança a sua soltura.

Não podemos deixar de dizer que ao equiparar o crime de tráfico aos hediondos, o legislador determinou tratamento igual a ambos, em consonância com o artigo 5º, inciso XLIII da CF. Tece Guilherme Nucci (2007, p. 397) sobre o assunto:

“Tecnicamente, essa é a solução a ser adotada. Porém, ontologicamente, voltando-se ao tratamento mais rigoroso destinado aos crimes mais graves, o tráfico de drogas não difere dos outros delitos hediondos”.

Destarte, pessoalmente, entendo que o legislador ao vetar a liberdade provisória com fiança agiu com o costumeiro acerto, em consonância com o que dispõe nossa legislação Magna, entretanto, ao censurar a liberdade provisória sem fiança (art. 2º, inciso II, *in fine*, Lei 8.072/90) adentrou ao *status libertatis*, motivo que agride diversos princípios constitucionais, tais como da presunção de não-culpabilidade, devido processo legal, separação dos três poderes, dignidade da pessoa humana, dentre outras considerações que oportunamente teceremos.

Diante disto, fica claro que a vedação a concessão de liberdade provisória não vai de encontro diretamente à norma constitucional (já que não dispõe o contrário), mas sim só desrespeitando o conteúdo de preceitos fundamentais, como afrontando a idéia geral de liberdade como regra trazida pela Constituição Federal de 1988 e criando uma prisão compulsória antes do julgamento.

Com igual propriedade, argumenta Rogério Del-Corsi (2005, p.255):

“Afastar, portanto, sem qualquer exame, a possibilidade da liberdade provisória, como quer o legislador ordinário através do inc. II do art. 2º da Lei 8.072/1990, apenas considerando a natureza da infração, portanto, em caráter genérico e absoluto para certa tipologia de delitos sem averiguar a presença dos pressupostos da prisão preventiva, representa só uma agressão a Constituição, como também retorno ao passado, quando a segregação preventiva obrigatória, de triste memória, vigorava entre nós”.

Na mesma linha de pensamento, Eugênio Pacelli de Oliveira (2007, p. 351):

“A vedação da concessão de liberdade provisória, feita abstratamente, ou seja, por força de lei, sem qualquer consideração aos elementos concretos levados aos autos, implica a transferência da tutela dos direitos e garantias individuais (ou, das liberdades públicas) exclusivamente para o órgão da acusação, e, por vezes, até para a própria autoridade policial”.

Efetivamente, como bem demonstrado pelos renomados juristas citados, padece da eiva da inconstitucionalidade toda e qualquer vedação absoluta ao estado de liberto durante o curso da persecução penal, e, ainda, fere o princípio da separação dos três poderes ao usurpar do Poder Judiciário a competência exclusiva para decidir, em primeira mão, sobre a prisão de qualquer indivíduo submetido à jurisdição brasileira (Ticiano Figueiredo, 2009, Conjur).

4.2.2.2 A jurisprudência à época

Diante da proibição expressa à liberdade provisória, com ou sem fiança, determinado pelo artigo 2º, da Lei n. 8.072/90, o Supremo Tribunal Federal reconheceu sua constitucionalidade, no qual, vale para mera ilustração colacionarmos o seguinte julgado:

EMENTA: HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA (L. 6.368/76, ART. 18, III). INDULTO. IMPOSSIBILIDADE. A Constituição Federal determinou que a Lei Ordinária considerasse o crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins como insuscetível de graça ou anistia (art. 5º, XLIII). A L. 8.072/90, que dispõe sobre os crimes hediondos, atendeu ao comando constitucional. Considerou o tráfico ilícito de entorpecentes como insuscetível dos benefícios da anistia, graça e indulto (art. 2º, I). E, ainda, não possibilitou a concessão de fiança ou liberdade provisória (art. 2º, II). A jurisprudência do Tribunal reconhece a constitucionalidade desse artigo. Por seu turno, o Decreto Presidencial, que concede o indulto, veda a concessão do benefício aos condenados por tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins (D. 3.226/86, art. 7º, I). Falta respaldo legal à pretensão do paciente. HABEAS indeferido. (STF - HC 80886 / RJ - RIO DE JANEIRO) (grifos nossos)

Na mesma linha de pensamento, HC 74108, HC 79386, HC 80886, HC 81871, bem como o julgado abaixo:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CRIME HEDIONDO. APELAÇÃO EM LIBERDADE. Não tem direito a apelar em liberdade, réu condenado por crime de tráfico ilícito de entorpecentes, por se tratar de crime hediondo (L. 8.072/90, art. 2º, II). O Pleno do Tribunal já declarou a constitucionalidade do referido artigo 2º da lei. Habeas indeferido. (STF - HC 81871 / MT - MATO GROSSO) (grifos nossos)

Posto a constitucionalidade do artigo fora de discussão, sobre o entendimento referente à concessão de liberdade provisória aos indiciados pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes, surgiram duas correntes em nossa Alta Corte, sendo a primeira aquela que seguia os parâmetros da lei geral (8.072/90 – *legalismo absoluto*), vejamos:

EMENTA: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. Diante do disposto no art. 2º, II, da Lei n. 8.072/90, ao réu preso em flagrante e denunciado pela prática de tráfico de entorpecentes, crime considerado hediondo, inadmite-se a concessão de liberdade provisória. (STF, RE 240.782-3-MA, RT 797/532). (grifos nossos)

Entretanto, vale dizer que mesmo com o reconhecimento da constitucionalidade do artigo em questão por nossa Corte Suprema, não obsteu a concessão de liberdade provisória em certos casos em que se entendia pela aplicação da lei especial permissiva (6.368/76) *a contrario sensu* da geral (8.072/90)

pela segunda corrente da Egrégia Corte em atendimento ao princípio do conflito aparente de normas penais, bem como outros Tribunais, vejamos:

PRISÃO PREVENTIVA. CRIME HEDIONDO. FUNDAMENTAÇÃO – A simples invocação da Lei. 8.072/90, mesmo em se tratando de infração ao art. 12 da Lei. 6.368/76, de acordo com o entendimento pretoriano, não autoriza a negativa de liberdade provisória, se reunidos os requisitos a obtenção do benefício legal. É mister a demonstração da necessidade concreta da medida restritiva. (STJ, 6ª Tuma, HC 8.644, Rel. Ministro Fernando Gonçalves)

MEDIDA CAUTELAR NO HABEAS CORPUS - A fundamentação da prisão preventiva – além da prova da existência do crime e dos indícios da autoria, há de indicar a adequação dos fatos concretos à norma abstrata que a autoriza como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução ou para assegurar a aplicação da lei penal (CPP, arts. 312 e 315). A gravidade do crime imputado, um dos malsinados "crimes hediondos" (Lei 8.072/90), não basta à justificação da prisão preventiva, que tem natureza cautelar, no interesse dos interesses do desenvolvimento e do resultado do processo, e só se legitima quando a tanto se mostrar necessária: não serve a prisão preventiva, nem a Constituição permitiria que para isso fosse utilizada, a punir sem processo, em atenção à gravidade do crime imputado, do qual, entretanto, "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" (CF, art. 5., LVII) (STF - HC 84225 MC / MA - MARANHÃO) (grifos nossos).

No mesmo sentido do anterior desta Egrégia Corte, confirmam-se os seguintes julgados: HC 81.795 (Pleno), HC 81.613, HC 81.126, HC 81.180, RHC 79.200. Vale menção, por fim, do professor Fernando da Costa Tourinho (2006, p. 407) que corrobora com o entendimento da segunda corrente:

“Se toda e qualquer prisão provisória descansa, inquestionavelmente, na necessidade, a proibição da liberdade, nesses casos, mesmo ausentes os motivos para a decretação da prisão preventiva, é um verdadeiro não-senso e violenta o princípio constitucional da presunção de inocência”.

4.2.3 O advento da Lei. 11.343/06 – A Nova Lei Anti-Drogas

Na data de 23 de agosto de 2006, criou-se a Lei. 11.343/06 que, revogando as Leis. 6.368/76 e 10.409/02 em seu artigo 75, estabeleceu a “nova lei anti-drogas”, instituindo o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas –

SISNAD, e, ainda, prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.

Passamos a partir de agora a discorrer quanto ao aspecto da liberdade provisória no tráfico de entorpecentes em razão da Lei. 11.343/06.

4.2.3.1 A proibição agregada

Logo em seu início de vigência, a Lei. 11.343/06 sofreu o veto dos artigos 6º, 8º a 15º e 71º, pelo Presidente da República, por violarem expressamente dispositivos da Constituição Federal (Nogueira, 2009, p. 65).

Em relação ao artigo 33 da nova lei de tóxicos que traz o crime de tráfico de drogas, não houve alterações quanto à tipificação legal, continuando os mesmos 18 (dezoito) verbos-núcleos do tipo do artigo 12 da revogada Lei. 6.368/76, apenas se alternando a redação do dispositivo (Mendonça e Carvalho, 2006, p.84).

Vale mencionar que a maior inovação foi o aumento de pena, seja quanto a privativa de liberdade, seja quanto a pena pecuniária, *in verbis*:

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.

§ 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.

§ 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga:

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

§ 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.

§ 4º 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.

Relembre como já dito, que a nova lei preferiu a expressão “drogas” em vez de “substância entorpecente”, deve-se o ocorrido por conta do alerta da Organização Mundial da Saúde – OMS que considerou o termo entorpecente impróprio, em razão de droga determinar dependência.

Não obstante, tal legislação agregou e manteve a proibição de concessão de liberdade provisória ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes constante na lei dos crimes hediondos (art. 2, § 2º) com ou sem fiança, por uma questão de consonância legal, trazendo em seu artigo 44 a seguinte redação:

Art. 44. 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.

Parágrafo único. Nos crimes previstos no caput deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico. (grifos nossos)

Luiz Flávio Gomes (2006, p. 157), sobre o artigo acima colacionado expõe sabiamente:

“O artigo 44 prevê conseqüências típicas de um crime hediondo (aliás, até mais rigorosas) para os delitos previstos nos artigos 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta lei, alguns jamais equiparados a hediondos, como por exemplo, o

artigo 35". Cria-se assim, os crimes que a doutrina nomeia "supra-hediondos", e, ainda, mantém a ofensa ao *status libertatis* do indiciado.

4.2.3.2 O crime supra-hediondo

Apenas em sede de aprimoramento do conhecimento de certos conceitos doutrinários e, ainda, sem qualquer pretexto de exaurir o tema, vale trazeremos ao leitor uma breve síntese do que consistem os crimes supra-hediondos.

Tal terminologia, que dentro da doutrina pátria é de extrema raridade encontrar, citando aqui a título de exemplo Francis Rafael Beck (2008, p. 169), é o meio no qual se refere a certos crimes que, mesmo não se encontrando no rol dos crimes considerados hediondos ou equiparados, possuem conseqüências típicas dos mesmos ou até mais rigorosas.

Como exemplo, podemos trazer o artigo 35, caput e § 1º, 34 e 37, da Lei. 11.343/06, que por força do que preconiza o artigo 44, do mesmo diploma legal, tornam-se equiparados aos crimes hediondos em seus efeitos penais, em especial, na concessão de benefícios.

Veja que referido conceito se contrasta com o sistema de definição dos crimes hediondos escolhido pelo legislador pátrio, ou seja, o *sistema legal*, no qual não cabe ao magistrado em vista da gravidade concreta do crime a ele atribuir o rótulo de hediondo (*sistema judicial*) ou também deixar de considerar hediondo um crime que faça parte do rol legal. Somente cabe a lei, e somente a mesma, definir quais crimes são hediondos.

4.2.3.3 A jurisprudência à época

Por sua vez, em razão da vedação à liberdade provisória, surgiram cada vez mais correntes combatendo a vedação legalista "cega" do benefício processual

de duvidosa constitucionalidade, ensinando que o juiz, aquilatando o caso concreto pode, fundamentalmente, conceder a liberdade provisória.

Neste sentido: HC 69.950; HC 77052/MG; HC 79.204; HC 82.903; HC-QO 83.173; HC 84.797-MC; HC 84.884; HC 85.036; HC 85.900; HC 87343MC; HC 87.424; HC 87438 MC/SP. STJ, RHC 2556/SP; RHC 2996/MGRT 784/573.

Conforme noticiado no site eletrônico do STF (www.stf.gov.br), no dia 23 de maio de 2007, é de se destacar a frase proferida pelo Ministro César Peluso no seguinte molde: “*Não confio em uma disposição legal que restringe a liberdade provisória*”

4.2.4 O advento da Lei. 11.464/07 e a liberdade provisória

Em atenção à política criminal, a polarização dos debates entre o que é o mais “certo” ou “errado” utiliza os mais diversos argumentos para justificar desde a legalização até o mais extremo punitivismo. Todos parecem já ter ouvido tudo sobre o tema, que se já mostra cansativo, desgastado, no entanto, a Lei. 11.464/07 foi a responsável por uma das discussões mais polêmicas na doutrina e jurisprudência, conforme passaremos a demonstrar agora.

4.2.4.1 A intenção do legislador e a correta hermenêutica

A Lei n. 11.464/07, de 28 de março de 2007, publicada e em vigor no dia 29 de março de 2007, alterou a redação do artigo 2º, inciso II, *in fine*, da Lei. 8.072/90, suprimindo desde diploma legal a vedação absoluta a concessão da liberdade provisória nos crimes hediondos e equiparados, adequando, neste ponto, o dispositivo valorativo da Constituição Federal (art. 5º, inciso XLIII, CF), no que estabeleceu ao Poder Judiciário a plenitude da análise das condições precaucionais autorizadores do cárcere processual.

Em seu “*animus*”, pretendeu o legislador conceder o benefício processual da liberdade provisória sem fiança aos delitos hediondos e equiparados (ênfase neste último) em razão do entendimento que já havia sendo dado por nossos Tribunais, como já mencionado anteriormente, busca-se a consonância da legalidade.

Vale colacionarmos aqui, corroborando com o acima mencionado, o parecer do relatório realizado pela Comissão de Constituição e Justiça da Lei em questão, vejamos:

COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA

PROJETO DE LEI Nº 6.793 (posterior Lei. 11.464/07), DE 2006

Dá nova redação ao art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição da República Federativa do Brasil, e ao art. 83 do Código Penal Brasileiro.

Autor: Poder Executivo.

Relator: Deputado Luiz Eduardo Greenhalgh

I - RELATÓRIO

O projeto de lei em exame, de iniciativa do Poder Executivo, visa dar nova redação ao art. 2º da lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, dispondo sobre crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLII, da Constituição da República Federativa do Brasil. **De acordo com a Exposição de Motivos inclusa no referido projeto de lei, o objetivo centra-se em adequar a atual legislação codificada à evolução jurisprudencial que tem-se assentado em nossa Corte Especial, que entendeu estender o direito à liberdade provisória aos condenados pelos delitos incursos no inciso II do art. 2º da retro-citada norma legal,** que ora se transcreve: *RHC nº 68.631, STF, Relator Min. Sepúlveda Pertence: A gravidade do crime imputado, um dos malsinados 'crimes hediondos' (Lei nº 8.072/90), não basta à justificação da prisão preventiva, que tem natureza cautelar, no interesse dos interesses do desenvolvimento e do resultado do processo, e só se legitima quando a tanto se mostrar necessária: não serve a prisão preventiva, nem a Constituição permitiria que para isso fosse utilizada, a punir sem processo, em atenção à gravidade do crime imputado, do qual, entretanto, 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória' (CF, art. 5º., LVII).*” Com tal exposição de entendimento, nota-se, à saciedade, que a proposta de alteração de nossa norma codificada, visa preservar o poder geral de cautela do juiz, a quem competirá decidir se os acusados por crime previsto e capitulado na Lei nº 8.072/90, poderão ou não responder ao processo em liberdade, evitando-se os efeitos nocivos da privação de liberdade quando, diante do exame das circunstâncias do caso concreto, a media se verificar desnecessária. Recebido pela Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado, em regime de prioridade, teve como Relator o Deputado LUIZ ANTÔNIO FLEURY, que concluiu pela admissibilidade e aprovação do projeto de lei, na forma de seu substitutivo. À esta Comissão cabe o exame da constitucionalidade, juridicidade, técnica legislativa e mérito da proposição.

II - VOTO DO RELATOR

(...)

d) Liberdade provisória

O substitutivo também altera o projeto original ao retirar a proposta de alteração do art. 2º, inciso II da Lei 8.072/90, vedando, assim, a concessão de liberdade provisória ao acusado de crime hediondo ou a ele equiparado. Contudo, entende-se que o PL original **coaduna-se com a recente orientação do Supremo Tribunal Federal**, razão pela qual o dispositivo deve ser mantido. O caráter processual da prisão preventiva pode ser traduzido como um meio de coerção pessoal cautelar, regulada pelos art. 311 e seguintes do Código de Processo Penal. A restrição da liberdade somente se justifica antes do trânsito em julgado de uma sentença condenatória quando é essencial para que o acusado não influa negativamente na instrução do inquérito ou processo criminal; haja razões para se acreditar que o acusado irá empreender fuga para não suportar o ônus de uma eventual condenação, “*visto lhe ser indiferente a vida errante dos perseguidos pelos órgãos de repressão penal*”¹, ou para garantia da ordem pública, no sentido de dar suporte à necessidade do exercício do poder cautelar do Estado em momentos em que a reação popular coloca em risco o bom termo do processo criminal ou a integridade física do acusado. **Em todos os casos, não se trata de uma antecipação da pena, mas de uma ação instrumental, para garantir que o processo criminal transcorra adequadamente. A imposição automática de prisão provisória, independentemente da consideração do caso concreto em relação ao processo crime correspondente, configura-se na antecipação da pena pela gravidade em abstrato da conduta.** Ora, se a conduta ainda não foi judicialmente avaliada, o que só ocorre após o trânsito em julgado de sentença condenatória, **a prisão do acusado – sem que se configure necessidade prática da medida para a instrução processual – é arbitrária e, portanto, incompatível com um Estado Democrático de Direito. O princípio da não-culpabilidade (art. 5º, inciso LVII, Constituição Federal), além de representar uma garantia constitucional, reflete o compromisso do Estado em limitar a intervenção penal ao condenado por um processo judicial, compromisso reforçado pelo princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV).** Com efeito, não parece ser de interesse público que alguém possa, de acordo com seus interesses, atropelar o Poder Judiciário na imposição de uma pena sem a conclusão de um processo judicial e, portanto, sem a existência de uma sentença penal a ser executada. **Tal entendimento já vem se tornando corrente nas instâncias superiores de nossos Tribunais, em face da inconstitucionalidade da determinação da Lei 8.072/90 ora em questionamento.** Vale mencionar excerto da recente decisão, em liminar, do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, que resume o entendimento corrente: **“Mais uma vez, levou-se em conta fator que não esteia a prisão preventiva, a inversão da ordem natural das coisas, no que, à luz dos ditames constitucionais, é preciso contar-se, para clausura do cidadão, com a culpa formada e imutável na via recursal – inciso LVII do artigo 5º da Carta Federal. Digo que o momento vivido pela sociedade brasileira é realmente de desassossego, considerada a criminalidade. Esse aspecto, todavia, não pode servir, presente subjetividade maior, a ter-se como respaldada a prisão preventiva, principalmente quando se cuida de réu primário e de bons antecedentes” (STF, HC 87424/SP, j. 12/12/2005).** Assim, a interpretação prevalente no substitutivo apresentado, de que o rigor determinado pelo art. 5º, inciso XLIII da Constituição deve ser aplicado antes de sentença condenatória transitada em julgado – **como é o caso da liberdade provisória - já foi seguidamente declarada inconstitucional pelos Tribunais superiores.** Desta forma, verifica-se que a redação original proposta pelo Poder Executivo deve prevalecer. (grifos nossos)

Assim, em análise do texto acima, vemos que o legislador optou por seguir o entendimento jurisprudencial que tinha sido dado por nossos Tribunais em todo o País, bem como para que seja evitado o juízo arbitrário, a antecipação da pena pela gravidade abstrata da conduta, a compatibilidade com o estado democrático de direito, a supressão do devido processo legal e do princípio da não-culpabilidade esculpida em nossa Constituição Federal.

Cumpra, por fim, acentuar que não é finalidade da interpretação jurídica elucidar a vontade do legislador (*a mens legislatoris*), interpretação esta que seria reconduzida a uma atividade de reconstrução do pensamento do legislador, como defendiam os *originalistas* (ou *subjetivistas*) no direito norte-americano.

O que se deve interpretar é o texto a luz do caso ao qual ele vai ser aplicado e concretizado (*animus in pro societate*), logo, o que se busca na interpretação é construir o sentido do texto da norma em relação a sua realidade (eis a norma, como resultado da interpretação), circunstância que prestigia, não a vontade do legislador, mas uma vontade própria da disposição normativa interpretada (*a mens legis*), que, ao fim de seu processo de positivação, adquire vida própria e autônoma, separando-se do legislador.

4.2.4.2 O conflito da legalidade de normas

Com a vinda da Lei n. 11.464/07, modificou-se o artigo 2º, inciso II, da Lei n. 8.072/90, de acordo com os moldes acima delineados, motivo este que gerou a criação de uma das mais polêmicas discussões em matéria penal, processual penal e constitucional na doutrina e jurisprudência a respeito de qual norma deve ser aplicada em relação à liberdade provisória; o disposto no artigo 44 da Lei. 11.343/06 ou a nova determinação legal do artigo 2º da Lei. 8.072/90?

Na verdade fática, a melhor pergunta a ser feita é: a Lei. 11.646/07 revogou/derrogou tacitamente em parte o artigo 44 da Lei. 11.343/06 com relação à palavra “*liberdade provisória*” no crime de tráfico de drogas? Vale, no presente

momento, realizar uma retrospectiva contextual das normas em conflito para melhor análise, qual seja:

LEI. 11.343/06 – LEI ESPECIAL

Art. 44. 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.

Parágrafo único. Nos crimes previstos no caput deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico. (grifos nossos)

LEI 8.072/90 – LEI GERAL - POSTERIOR

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

I - anistia, graça e indulto;

II - **fiança**. (grifos nossos)

Pois bem, diante do exposto, é certo que fazendo uma interpretação evolutivo-histórico, toda discussão hoje em torno deste tema originou-se com a criação inconstitucional do legislador ordinário ao vetar a liberdade provisória aos crimes hediondos e equiparados, o que, nem ao menos implicitamente, encontra-se respaldo no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal.

Em procura pela solução desde conflito entre leis penais processuais, encontramos acertadamente no determinado pelo princípio da posterioridade, isto é, a lei nova posterior revoga/derroga a lei velha anterior que regula a mesma matéria ao serem incompatíveis entre si. Assim, a Lei n. 11.464/07 derogou em parte o disposto no artigo 44 da Lei n. 11.343/06 (palavra “liberdade provisória”).

Consoante, decorrente do princípio da legalidade, surge, em especial para regular a matéria penal no tempo (e também a matéria em sede de discussão como veremos), o princípio da irretroatividade da lei penal, conforme dispositivo constitucional, *in verbis*:

Constituição Federal

Art. 5º - inciso XL - a lei penal não retroagirá, **salvo para beneficiar o réu**. (grifos nossos)

Em aplicação a matéria processual, pondera Julio Fabbrini Mirabete (1999, p. 99):

“Embora não se proíba a retroatividade das leis processuais, respeitadas as exceções constitucionais (direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada), é de se considerar que podem elas também ter caráter penal. Essas normas são de natureza diversa, de caráter híbrido, penal e processual (normas mistas) aplicando-se a elas os princípios que regem a lei penal, inclusive o da irretroatividade da lei mais severa”.

Assim, tal princípio (irretroatividade da lei penal) também se aplica as normas processuais penais, e, portanto, entendendo ser a concessão de liberdade provisória um benefício ao réu em sua condição, aplicar este princípio em consonância com o princípio da posterioridade é medida que se impõe já que a lei posterior é de aplicação imediata e daquele momento em diante (art. 2º, CPP), não havendo o que se falar em aplicação de norma que proíba a liberdade (mais severa – irretroatividade por existir mais benéfica).

Trata-se a Lei. 11.464/07 do que se denomina pela doutrina de *novatio legis in melius* (a nova lei favorece o agente de forma diversa). O parágrafo único do artigo 2º, do Código Penal, corroborando, ainda, com o determinado no artigo 5º, inciso XL, da Constituição, entende por categoria de norma mais benéfica, pois prevê novo benefício ao agente indiciado por tráfico de drogas.

Ademais, a lei de introdução ao Código de Processo Penal³ estabelece que no confronto entre as leis processuais “a prisão preventiva e a fiança aplicar-se-ão os dispositivos que forem mais favoráveis (art. 2º)”. Entendendo-se que as alterações estão submetidas à referida lei, vigoram para elas as regras de ultratividade e retroatividade da lei mais benigna no que diz respeito à prisão.

Aliás, em apontamento a outro fato contraditório, é irracional a concessão de liberdade provisória aos crimes nefastos de estupro, homicídio qualificado, latrocínio, extorsão mediante seqüestro, epidemia com resultado morte, tortura, terrorismo, entre outros, e vetar a concessão ao tráfico ilícito de

³ Decreto lei 3.931 de 11 de dezembro de 1941

entorpecentes. Tal ato fere os princípios gerais norteadores do Estado Democrático de Direito.

Dispõe o professor José Moacyr Doretto Nascimento (2007, Jus Navigandi) sobre este ponto ilógico:

“Nessa senda, é ferir de morte o apotegma constitucional da isonomia e da proporcionalidade proibir a liberdade provisória a crime equiparado ao hediondo quanto há permissão legal para concessão aos ontologicamente hediondos. Tisnado fica de inconstitucionalidade tal entendimento, porquanto o *discrimen* utilizado pelo legislador para diferenciar crimes hediondos e o crime de tráfico não guarda pertinência lógica entre os fins que se busca alcançar com tão diferenciação. Em boas palavras, o que se quer mostrar é que deve haver uma racionalidade básica entre a vantagem ou desvantagem concedida e o fator eleito para se saber quem terá ou não a (des)vantagem. Isto é, deve existir, abstratamente, um plexo lógico entre a diferenciação dos hediondos e o tráfico e o tratamento diverso dispensado a eles”.

Não podemos, ainda, confundir no presente caso a aplicação do princípio da especialidade com o princípio da posterioridade para a solução do conflito em questão, uma vez que *aquela* é construção doutrinária que através do conflito aparente de normas penais atende pela norma especial que regula o fato, entretanto, necessária é a vigência concomitante de duas ou mais normas aplicáveis em tese ao mesmo caso concreto e somente uma será utilizada – *ne bis in idem*, e esta, a lei posterior revoga a anterior pela sucessão no tempo de normas.

Sobre o tema, conceitua a distinção dos institutos Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches (2008, Jus Navegandi):

“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’.

Destarte, se ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado daquela sentença penal condenatória, é inadmissível compreender possa o

legislador infraconstitucional não só permitir, mas, até, mais grave, estatuir *ope legis* prisão sem condenação, foca, aí, do mero aprisionamento flagrancial – que tem natureza precaucional específica e limitada no tempo, em afronta ao *status libertatis* do agente.

Por conseguinte, é de se dizer que este é o entendimento que vem ganhando força em nossos Tribunais Superiores, bem como em nossa doutrina majoritária em razão do reconhecimento a ofensa do *status libertatis* e do direito subjetivo do réu ao benefício. De outra banda, há também aqueles que não o reconhecem, em afronta os específicos princípios que demonstraremos adiante neste trabalho.

4.2.4.3 Considerações finais e seus efeitos

Posto todas as considerações quanto aos efeitos que surgiram com o advento da Lei. 11.464/07 em face da liberdade provisória aos indiciados pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes, inclusive, trazendo uma breve resposta quanto ao conflito aparente de legalidade de normas, é oportuno colocarmos alguns aspectos gerais e quanto a seus efeitos no ordenamento jurídico.

Primeiramente, em sede de entendimento jurisprudencial, com a entrada em vigor da Lei. 11.464/07, a súmula 697, do Supremo Tribunal Federal, restou por prejudicada, uma vez que suprimiu a proibição da liberdade provisória aos crimes hediondos. Em que pese, segue a narrativa da referida súmula:

Súmula 697. STF. A proibição de liberdade provisória nos processos por crimes hediondos não veda o relaxamento da prisão processual por excesso de prazo.

Adiante, é interessante notar que a Lei. 11.464/07, em sua análise literária, poderia facilmente acabar com qualquer discussão quanto ao tema questão deste trabalho, no entanto, e sem qualquer justificativa, deixou o legislador de

constar ao final da referida lei o ditame costumeiro “*revogam-se as disposições em contrário*”.

De outra banda, em uma visão do direito constitucional quanto ao tema, outro fato que chama a atenção e, conseqüentemente, corrobora com a corrente que entende pela possibilidade de concessão da liberdade provisória ao tráfico de entorpecentes, é o que dispõe nossa Constituição Federal, no artigo 5º, inciso LXVI, *in verbis*:

Art. 5º. LXVI. Ninguém será levado a prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.

Veja, nobre leitor, que a própria Carta Magna nos traz o preceito de validade para a concessão da liberdade provisória ao tráfico, desta forma, e ainda, atendendo a concepção jurídica de constituição “*dever ser*” criada por Hans Kelsen, é dever interpretar o artigo 2º, da Lei. 8.072/90, como norma infra-legal com respaldo de validade normativa no artigo 5º, inciso LXVI, da Constituição (sentido jurídico-positivo), conforme determina a pirâmide de verticalidade hierárquica normativa, vejamos abaixo:



**PIRÂMIDE NORMATIVA DE HANS KELSEN - TEORIA PURA DO DIREITO
ESCALA DE ENCONTRO DE VALIDADE DA LIBERDADE PROVISÓRIA**

Seguindo a linha de raciocínio do Ilustre jurista positivista, posto o diagrama acima, chegamos à conclusão que, em relação à “*norma hipotética fundamental*” (sentido lógico-jurídico) na qual nossa Constituição busca sua validade – *lógico transcendental de validade (segundo Hans Kelsen)*, nos deparamos com o direito internacional, ou como preferem as doutrinas mais modernas, os direitos humanos, que nada mais são do que normas-princípios universais e, em tese, aceitas por todos pela relativização da soberania estatal.

Nosso Direito Internacional/Humanos atualmente busca em seu corpo normativo-principiológico algo um tanto simples, qual seja, a dignidade da pessoa humana em todas as suas formas possíveis, preconizando como um fundamento primordial a liberdade humana, a igualdade entre todos, dentre outros direitos esculpidos no Decreto 678/92 (Pacto de São José da Costa Rica).

Ato contínuo, o *jus libertatis* deve prevalecer em face de normas infra-legais que ofendem os princípios do Estado Democrático de Direito (art. 1º, CF), bem como, não deve se ater o magistrado em um conceito que leva em conta tão somente a periculosidade em abstrato do crime.

Quanto ao assunto, o Supremo Tribunal Federal já iniciou posicionamento no sentido de abolir qualquer manifestação judicial em que seja relevada a periculosidade em abstrato do crime para razões de fixação de pena e concessão de benefícios, editando, por pertinente, a súmula 718 e 719:

Súmula 718

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada. (grifos nossos)

Súmula 719

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Por fim, resta ao operador do direito a competência de melhor interpretar o conflito de leis, sendo o referido impasse a melhor expressão literal criada por Juan Eduardo Couture Etcheverry, ou seja, “*quando se deparar com um conflito envolvendo o Direito e a Justiça, opta pela Justiça*”.

4.2.5 A nova lei de medidas cautelares e seus efeitos

Conforme já analisado nos tópicos 2.7 e 3.3 deste trabalho, a Lei. 12.403/11, em vigor desde 04 de julho de 2011, instituiu as chamadas “*novas medidas cautelares no processo penal*” e realizou grandes mudanças no que concerne a liberdade provisória e prisão cautelar.

Em que pese à liberdade provisória, como já dito, o instituto da fiança passou a ser tão somente uma das 09 (nove) modalidades de medida cautelar, estando legalmente instituída no inciso VIII, do artigo 319.

Assim, conforme dispõe Luiz Flávio Gomes (2011, p. 47) é clara a intenção do legislador em preceituar o princípio da *ultima ratio* (direito penal) como prisão em *extrema ratio*, haja vista que especificou a prisão como a medida extrema dentro da última medida, o direito penal (princípio da intervenção mínima).

Com relação à liberdade provisória nos crimes inafiançáveis, em especial, no tráfico ilícito de entorpecentes, o meio de concessão se perfaz mediante a liberdade provisória sem fiança em qualquer de suas modalidades, podendo, ainda, ser cumulada com qualquer medida cautelar diversa de fiança, inclusive, com a imposição de todas as 08 (oito) medidas restantes do rol.

Deste modo, analisamos que não houve qualquer mudança no aspecto da concessão da liberdade provisória no tráfico ilícito de entorpecentes, pelo contrário, ampliou as possibilidades de medidas cautelares para aplicação no caso concreto.

Em síntese, estas são as considerações em relação à Lei. 12.403/11, em especial, quanto à liberdade provisória no tráfico ilícito de entorpecentes.

5 PRINCÍPIOS INFRINGIDOS DO DIREITO

5.1 Princípio da Legalidade

Diante da notória vedação, em certos casos, a liberdade provisória dada pela jurisprudência e doutrina, imperioso é colocarmos aqui os princípios ofendidos pelo indeferimento da concessão do benefício aos agentes indiciados pelo tráfico de drogas.

Tal princípio, um dos norteadores do Estado Democrático de Direito, em sua concepção “*Nullum crimen, nulla poena sine lege certa*” determina a proibição de que a lei seja indeterminada, genéricas, imprecisas, de aplicação conflituosa com outro dispositivo legal, dúbios ou com emprego inconstitucional. Com a advinda da Lei. 11.464/07, esta deveria ter se preocupado com o corpo normativo vigente que regulava mesma matéria (liberdade provisória no tráfico de drogas).

Oportuno mencionar que um dos efeitos que se ocasiona com a ofensa ao princípio da legalidade (sub-princípio da taxatividade), em especial ao caso em tela, é a chamada “*legalidade absoluta*” por nossa doutrina ou “*positivismo cego*” que atinge o nobre julgador, em razão da aplicação abstrata da norma, sem qualquer meio de discrepância, como um autômato⁴.

⁴ Luiz Flávio Gomes conceitua “Constantemente alertamos o equívoco de se vedar benefícios penais e/ou processuais a determinados crimes em abstrato, ignorando as circunstâncias que rodeiam o caso concreto, técnica que transforma o magistrado num autômato, fazendo preponderar um positivismo cego, em claro detrimento da Justiça.” - GOMES, Luiz Flávio; SANCHES, Rogério Cunha. Cabe liberdade provisória no tráfico de drogas? . Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1703, 29 fev. 2008.

5.2 Princípio da Presunção de Inocência

Estabelecido no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal – “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado em sentença penal condenatória”, tal princípio é totalmente atropelado pela corrente de legalismo cego que entende pela vedação da liberdade provisória, estes, avaliando a conduta abstratamente e sem qualquer conceito de culpabilidade (princípio da culpabilidade), usurpa o direito subjetivo do indiciado à dúvida (*indúbio pro reo*) e condena a uma antecipação da pena (prisão sem qualquer caráter cautelar) digna de responsabilidade objetiva.

5.3 Princípio do Devido Processo Legal

O *due process of law* determina que ninguém seja preso senão após o devido processo nos moldes do artigo 5ª, inciso LIV, da Constituição Federal – “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, nas palavras de Giuseppe Chiovenda (2000, p. 84):

“o processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir”.

Assim, há a supressão desde princípio com a prisão antecipatória da pena sem o devido trânsito do processo penal e, conseqüentemente, supressão dos princípios corolários da ampla defesa e do contraditório.

5.4 Princípio da Isonomia

Novamente, observando o estabelecido em nosso ordenamento Constitucional, em especial, no artigo 5º, caput – “*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*”. Em singela análise, a pergunta que nos paira é; se todos são iguais perante a lei porque há a diferenciação entre privilégios de tão somente um dos crimes estabelecidos em uma mesma lei (8.072/90)?; Porque o legislador proibiu a liberdade provisória ao tráfico de drogas e não ao estupro?. Não pode haver qualquer discriminação na igualdade da aplicação da lei ou perante ela.

Ademais, o tema em debate chega, em profunda análise quanto a seus efeitos, a mitigação da segurança jurídica presente em nosso ordenamento jurídico, ferindo a igualdade entre todos os que convivem em sociedade, e, ainda, o que dispõe o artigo 24, do Pacto de São José da Costa Rica (Dec. 678/92):

Artigo 24º - Igualdade perante a Lei

Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, tem direito, sem discriminação, a igual proteção da lei. (grifos nossos)

5.5 Princípio da Proporcionalidade *lato sensu* ou Razoabilidade

Como anteriormente mencionado, é totalmente ilógico a concessão de liberdade provisória a crimes ontologicamente mais graves como de estupro, homicídio qualificado, latrocínio, extorsão mediante seqüestro, epidemia com resultado morte, tortura, terrorismo, entre outros, e a vedação a concessão ao tráfico ilícito de entorpecentes.

Tal ato fere os princípios gerais norteadores do Estado Democrático de Direito (art. 1º, CF), bem como, os elementos do princípio da razoabilidade, quais sejam, a adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*.

5.6 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Um dos princípios mais importantes do homem é a liberdade, esta garantida pela nossa Constituição Federal, bem como pela Declaração Universal de Direitos do Homem em seu artigo 2º, no qual o Brasil é signatário. Com a conseqüente prisão compulsória resultante da vedação a concessão de liberdade provisória, quando, lhe é de direito, ocasiona a maior das ofensas possíveis a um dos mais importantes bens jurídicos tutelados pelo Estado, o *status libertatis*.

Vale ainda constar que, subsidiariamente ligado ao princípio da dignidade humana, se encontra em nosso direito internacional o princípio “*Pro Hominis*”, que estabelece a interpretação de normas, quando duvidosas ou em conflito, sempre em razão da mais favorável aos direitos universais do homem, o que no caso em tela é em *favor libertatis*.

5.7 Princípio da Separação dos Três Poderes

Conforme já mencionado, estabelece o artigo 5º, incisos LXI e LXVI, da Constituição Federal, as circunstâncias e modalidades de prisão. Com a vedação a liberdade provisória estatuída no artigo 44, da Lei. 11.343/06, esta feriu o Poder Judiciário uma vez que detém competência exclusiva para decidir, em primeira mão, sobre a prisão de qualquer indivíduo submetido à jurisdição brasileira. Tal argumento, ainda, foi utilizado quando da análise pela Comissão de Constituição e Justiça da Lei. 11.464/07 (vide tópico 4.2.4.1).

5.8 Princípio da Intervenção Mínima

Atrelado à legalidade, surge em nosso ordenamento jurídico o referido princípio infringido pela vedação a liberdade provisória, que preceitua o limite do

pode estatal em nosso País. Damásio Evangelista de Jesus (2009, p. 304) dá explicação:

“aquele que procura restringir ou impedir o arbítrio do legislador. Isto para que sejam evitadas a desnecessária definição de crimes e a conseqüente imposição de penas injustas, desumanas e cruéis”.

5.9 Princípio da Obrigatoriedade de Fundamentação

Como último princípio a falarmos, dispõe em nosso ordenamento Constitucional, em seu artigo 93, inciso IX, e infraconstitucional (art. 310, parágrafo único) que todas as decisões judiciais devem se fundamentadas, inclusive, e primordialmente, nos casos em que se tratam da restrição a liberdade individual.

Por ocasião do auto de prisão em flagrante delito por tráfico de drogas, deve-se o juiz, para a manutenção da medida cautelar, atentar-se a avaliar a existência dos pressupostos necessários a prisão preventiva, entretanto, tal função é suprimida⁵ em razão da vedação absoluta ao benefício citado.

Vale lembrar que, com o advento da Lei. 12.403/11, passou a ser obrigatória a fundamentação pelo magistrado quando da análise em primeira mão dos autos de prisão em flagrante delito (art. 310, CPP), pondo fim ao rotineiro despacho “*flagrante formalmente em ordem*”, em tese.

Ademais, observa-se que no caso de sentença condenatória recorrível o magistrado deverá decidir fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade (art. 2º, § 3º, Lei. 8.072/90), no entanto, como o juiz poderá fundamentar a manutenção da liberdade do agente se nem ao menos é preciso em razão da vedação *in abstracto* pela periculosidade do crime em face da sociedade (art. 44, Lei. 11.343/06)?

⁵ Existe posição de entendimento contrário, como exemplo: Regina Belgo - Liberdade provisória - obrigatoriedade de fundamentação da decisão que negar o benefício - Desnecessidade de fundamentação em se tratando de crimes hediondos – entende que quando há em discussão crimes presentes no rol de hediondos, tal fundamentação é desnecessária.

5.10 Princípio da Irretroatividade da Lei Penal

Determina o artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal e, posteriormente, reproduzida no artigo 2º, do Código Penal que “*a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu*”.

Sendo assim, com o advento da Lei. 11.464/07, ao agente que era imputado o crime de tráfico ilícito de entorpecentes, foi permitido a possibilidade de concessão da liberdade provisória em sua modalidade sem fiança, ou seja, não há o que se falar em aplicação de lei penal anterior que desfavorecesse o réu (artigo 44, Lei. 11.343/06).

Tal princípio, ainda, é garantido pelo Decreto 678/72 (Pacto de São José da Costa Rica), em seu artigo 9º, *in verbis*:

Artigo 9º - Princípio da legalidade e da retroatividade

Ninguém poderá ser condenado por atos ou omissões que, no momento em que foram cometidos, não constituam delito, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave do que a aplicável no momento da ocorrência do delito. Se, depois de perpetrado o delito, a lei estipular a imposição de pena mais leve, o delinqüente deverá dela beneficiar-se. (grifos nossos)

5.11 Princípio da Individualização da Pena

Preceitua o artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal que a pena deve ser individualizada nos planos legislativo, judiciário e executório, evitando-se assim a padronização da reprimenda penal. Para cada conduta tem-se uma pena que varia de acordo com as circunstâncias do crime e do agente.

Por sua vez, a imposição de uma vedação ao benefício da liberdade provisória aos indiciados pelo tráfico ilícito de entorpecentes rompe com o direito de uma análise individualizada quanto ao agente em si para aplicação de pena proporcional, imputando crime por sua natureza abstrata de periculosidade com que representa perante a sociedade.

6 O CONFLITO EM FACE DO DIREITO PENAL PURO

6.1 Direito Penal do Inimigo e do Cidadão – Terceira Velocidade Punitiva

Em prosseguimento, vale mencionar que a vedação a concessão de liberdade provisória é a plena consumação ao direito penal do inimigo encontrado nas palavras de Gunther Jakobs e seu contraposto Manuel Cancio Meliá, tendo em vista o caráter da lei que não reprova a culpabilidade e sim, a periculosidade (a conduta avaliada abstratamente pelo temor da sociedade), um mero direito penal formal em que se busca punir e combater de todas as maneiras aqueles que inauguram uma nova ordem estatal em prejuízo da existente.

Segundo Gunther Jakobs (2003, p.167), o direito penal do inimigo caracteriza-se por três elementos: em primeiro lugar, constata-se um amplo adiantamento da punibilidade, isto é, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva (ponto de referência: o fato futuro), no lugar da habitual retrospectiva (ponto de referência: o fato cometido). Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionalmente altas: especialmente, a antecipação da barreira de punição não é considerada para reduzir, correspondentemente, a pena cominada. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas.

A constatação do amplo adiantamento do *jus puniendi* do estado (1º elemento) se dá com a vedação a liberdade provisória e a antecipação da pena ao indiciado ao crime de tráfico de drogas em relevância tão somente na conduta abstrata praticada, excluindo a avaliação da culpabilidade, e com a supressão de diversos princípios já ditos anteriormente.

Em seguida, a desproporcionalidade/irracionalidade (2º elemento) de concessão à liberdade provisória a crimes como estupro, homicídio qualificado, latrocínio, extorsão mediante seqüestro, entre outros, e não ao tráfico de drogas, resulta em um direito ilógico, sem qualquer razão, bem como, não há com a

antecipação da pena (vide parágrafo anterior) qualquer benefício ao réu, não subsisti natureza cautelar.

Com a supressão de diversos princípios de nosso direito positivo (3º elemento), tais como da legalidade, presunção de inocência, devido processo legal, isonomia, proporcionalidade, dignidade da pessoa humana e separação dos três poderes, a vedação a liberdade provisória se esculpi no verdadeiro direito penal do inimigo.

Também, é este o entendimento dado por nossa doutrina ao caso em discussão, como expõe José Moacyr Doretto Nascimento (2007, Jus Navigandi):

“Aliter, pensa-se que sequer existe *discrimen* nessa espécie e não há fim algum a ser alcançado nessa diferenciação (...) a não ser a instauração do direito penal do inimigo.”

Na mesma linha de raciocínio, Bárbara Damásio (2008, JusBrasil):

“Não conceder liberdade provisória ao crime de tráfico de drogas é uma medida político-criminal incorreta, digna de um direito penal do inimigo (Günther Jakobs)”.

Por fim, transcrevemos o entendimento de Vicente Greco Filho (2008, p. 341):

“O direito penal do inimigo deve antecipar a tutela penal para alcançar os atos preparatórios, mesmo sendo a pena intensa e desproporcional. Para o cidadão, a coação deve ser iniciada com privação da liberdade se houver a exteriorização de um ato que exija como necessária”.

6.2 Direito Penal do Equilíbrio

O equilíbrio é a busca constante do homem, seja em sua alma, seja em seus pensamentos. No Brasil, através do ilustre jurista Rogério Greco (2009), o aspecto do equilíbrio teve seu encontro com o direito penal na obra “*Direito Penal do*

Equilíbrio – Uma visão Minimalista do Direito Penal”, onde partir de agora passaremos a analisar em face da liberdade provisória no tráfico ilícito de entorpecentes.

Citada obra já se tornou referência no meio acadêmico em razão da divisão que traz a respeito do direito penal dentro do efeito ressocializador e suas varias facetas dentro da sociedade como um todo, contribuindo para a criação de uma mente crítica quanto ao tema.

Por sua vez, Rogério Greco (2009, p. 5) define o direito penal na visão da sociedade em que atualmente vivemos, dividindo-o em discursos ideológicos, sendo ao todo três os analisados e, também, neste trabalho por nós: a) o *Abolicionismo*; b) o *movimento Lei e Ordem*; e c) o *Direito Penal Mínimo*.

6.2.1 Movimento abolicionista

Como sabemos, o direito penal é um dos ramos de direito público de maior complexidade e repercussão em nossa sociedade, bem como, não podemos negar a crueldade que implicitamente encontramos no direito penal (*analisando o aspecto de sistema penal*).

Embora inúmeros princípios tentem conter as imposições arbitrárias do legislador, sabemos que a tendência, pelo menos em nosso País, é a de utilizar o Estado Penal em substituição do Estado Social.

Assim, a crueldade do Direito Penal, a sua natureza seletiva, a incapacidade de cumprir com as funções atribuídas as penas (reprovação e prevenção), fez com que surgisse o *movimento abolicionista do direito penal* impulsionado pelas idéias do norte da Europa.

Conceituando tal movimento perfeitamente, Nilo Batista, Zaffaroni, Alagia e Slokar (2003, p. 648) tecem:

“o abolicionismo é um movimento impulsionado por autores do norte da Europa, embora com considerável repercussão no Canadá, Estados Unidos

e na América Latina. Partindo da deslegitimação do poder punitivo e de sua incapacidade para resolver conflitos, postula o desaparecimento do sistema penal e sua substituição por modelos de solução de conflitos alternativos, preferentemente informais. Seus mentores partem de diversas bases ideológicas, podendo ser assinalada de modo prevalentemente a fenomenológica, de Louk Hulsman, a marxista, da primeira fase de Thomas Mathiesen, a fenomenológico-histórica, de Nils Christie e, embora não tenha formalmente integrado o movimento, não parece temerário incluir neste a estruturalista, de Michel Foucault”

Percebemos que tais autores são comprometidos com o princípio da dignidade da pessoa humana, que chegaram as suas conclusões diante da irracionalidade do sistema penal que aplica punições a fatos de bagatela e, por outro lado, mantém a impunidade dos crimes de colarinho branco.

Tendo como pressuposto tal conceito, passamos a analisar este discurso ideológico sob a ótica da liberdade provisória no tráfico ilícito de entorpecentes, bem como, pela consumação da *teoria das janelas quebradas*.

Em que pese, na realidade que atualmente se encontra nosso País é impossível se conceber tal fundamento, qual seja, da inexistência de um direito penal como manifestação do Estado para inibir condutas socialmente inaceitáveis através do *jus puniendi* e sua substituição por meios alternativos.

No entanto, restam fundamentos, em parte, tal ideologia quanto a sua aplicação perante a liberdade provisória no tráfico ilícito de entorpecentes, uma vez que é notória a incapacidade com que nosso sistema carcerário agrega aos executados o senso comum de ressocialização, pelo contrário, origina-se nas penitenciárias o chamado “*efeito de criminalização*”, que se ocupa em grande parte de incentivar o aumento de infrações penais.

Veja que embora extremamente louvável o discurso abolicionista, é certo que, para determinados fatos graves, infelizmente, não existe outro remédio a não ser o Direito Penal, não havendo qualquer possibilidade, pelo menos em nossa sociedade, de abrimos mão do sistema penal, sob o argumento de que os outros ramos do ordenamento jurídico são capazes de resolver tais situações.

Desta maneira, o movimento abolicionista, por melhores que sejam as intenções de seus defensores, está fadado, pelo menos nas próximas décadas, ao insucesso, pois que a sociedade não é capaz de abrir mão do direito penal para se proteger do tráfico ilícito de entorpecentes.

6.2.2 Movimento lei e ordem

Em sentido oposto ao movimento abolicionista, como dois pólos de um globo, se encontra o discurso ideológico do movimento de Lei e Ordem. Como assevera Rogerio Greco (2009, p. 12):

“A mídia, no final do século passado e início do atual, foi a grande propagadora e divulgadora do movimento de Lei e Ordem. Profissionais não habilitados (jornalistas, repórteres, apresentadores de programas de entretenimento, etc.) chamaram para si a responsabilidade de criticar as leis penais, fazendo a sociedade acreditar que, mediante o recrudescimento das penas, a criação de novos tipos penais incriminadores e o afastamento de determinadas garantias processuais, a sociedade ficaria livre daquela parcela de indivíduos não adaptados”

Diante de tais fatos, o Estado Social foi deixado de lado para dar lugar a um Estado Penal, investimentos em ensino fundamental, médio e superior, lazer, cultura, saúde, habitação são relegados a segundo plano, priorizando-se o setor repressivo com anúncios de novas medidas de combate ao crime a todo tempo.

Tem-se como exemplo de tal movimento o aplicado pelos norte-americanos que, principalmente com o movimento *tolerância zero*, criado no começo da década de 90, do século passado, na cidade de Nova York, empregou medidas com o objetivo de reorganização, freio de medo das classes médias e superiores e punições mais severas até mesmo para as condutas menos importantes, ferindo de morte o princípio da proporcionalidade da pena.

Nesta linha de raciocínio, procura-se educar a sociedade sob a ótica do Direito Penal, fazendo com que comportamentos de pouca importância, irrelevantes, sofram as consequências graves desse ramo do ordenamento jurídico.

Sobre o tema, o consagrado Cesare Beccaria (1764, p. 48) já tecia:

“a certeza de um castigo, mesmo moderado, sempre causará mais intensa impressão do que o temor de outro mais severo, unido a esperança da impunidade (...)”

No entanto, é obvio que não se educa a sociedade por intermédio do Direito Penal, caso contrário estaríamos diante de um Direito Penal Maximo – denominado de *terceira velocidade*, do Inimigo, preceituado por Gunther Jakobs.

Posto tais considerações propedêuticas, observa-se que trazer para o tráfico ilícito de entorpecentes a aplicação do movimento Lei e Ordem geraria, em que pese, diversos transtornos para a administração Estatal, que não conseguira conter o excesso carcerário que teríamos (ou já temos), bem como, em um Estado Democrático de Direito, é o Estado Social que prevalece em razão do panorama atual dos direitos fundamentais como garantias universais em detrimento de um Estado Repressivo.

Sendo assim, tal corrente ideológica não é, ainda, a mais adequada para a ponderação sob a liberdade provisória no tráfico ilícito de entorpecentes, restando acertadamente o discurso ideológico do direito penal mínimo para tanto, como passaremos a discorrer.

6.2.3 Direito penal mínimo

Sobre esta discussão ideológica, podemos afirmar que se trata da mais “*equilibrada*” de todas, apregoando, em síntese, ser a finalidade do Direito Penal a proteção tão somente dos bens necessários e vitais ao convívio em sociedade, ou seja, aqueles bens que, em decorrência de sua importância, não podemos ser somente protegidos pelos demais ramos do ordenamento jurídico.

Já se percebe de antemão que para a efetividade plena desta ideologia se faz necessária a aplicação de alguns princípios norteadores do Direito Penal, dentre eles, dignidade da pessoa humana, intervenção mínima, lesividade, adequação social, insignificância, individualização da pena, proporcionalidade, responsabilidade pessoal, limitação das penas, culpabilidade e legalidade.

Por conseguinte, o direito penal mínimo (do equilíbrio) deve pautar, em especial, no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1, inciso III, CF), ocupando o homem o centro das atenções do Estado, que, para a manutenção da

paz social, deverá somente proibir os comportamentos intoleráveis, lesivos, socialmente danosos, que atinjam os bens mais importantes e necessários ao convívio da sociedade.

Por fim, está é a melhor corrente a ser adota nos tempos de hoje, bem como, com relação a liberdade provisória no tráfico ilícito de entorpecentes, este deve-se pautar no que preceitua o direito penal mínimo para melhor atender aos interesses da sociedade.

Ocorre que esta não é a nossa realidade, tendo em vista que a não concessão da liberdade provisória ao tráfico fere diversos princípios constitucionais, como já citados em tópico específico (*vide tópico 5*).

6.3 Responsabilidade Compulsória

Trataremos neste tópico da responsabilização imperativa imposta pelo Estado sem que haja, ao menos, a análise dos pressupostos fáticos e jurídicos que se encontram presentes na conduta delituosa. Quanto à liberdade provisória, a vedação constante no artigo 44, da Lei. 11.343/06 impõe ao particular pena compulsória e sem qualquer observação ao que determina nosso direito vigente, vejamos.

6.3.1 Responsabilidade objetiva e subjetiva

Preceitua Nilo Batista (1990, p. 147) certamente: “*O princípio da culpabilidade impõe a subjetividade da responsabilidade penal. Não cabe, em direito penal, uma responsabilidade objetiva, derivada tão-só de uma associação causal entre a conduta e um resultado de lesão ou perigo para um bem jurídico. É indispensável a culpabilidade. No nível do processo penal, a exigência de provas quanto a esse aspecto ao aforisma “culpabilidade não se presume”. A responsabilidade penal é sempre subjetiva. (grifos nossos)”*

Neste diapasão, e trazendo ao caso em discussão os princípios da culpabilidade em relação à responsabilidade penal, seja objetiva ou subjetiva, a vedação a concessão de liberdade provisória fere de morte o apotegma de tal princípio basilar de nosso ordenamento repressivo, bem como, agregam a persecução criminal um caráter de exclusão da análise da culpa/dolo do agente e a condenação a uma prisão compulsória provenientes dos tempos primitivos.

Sendo assim, a responsabilidade penal objetiva⁶ significa que a lei determina que o agente responda pelo resultado, ainda que, agindo com ausência de dolo ou culpa, contrariando, assim, a doutrina do Direito Penal fundada na responsabilidade pessoal e na culpabilidade (responsabilidade subjetiva) que predomina em nosso ordenamento jurídico (De Souza, 2009).

6.4 Teoria da Co-Culpabilidade

Adiante nos apontamentos teóricos existentes na doutrina penal e seu paralelo com a liberdade provisória no tráfico ilícito de entorpecentes, passaremos a discorrer sobre a teoria da co-culpabilidade.

Tal construção doutrinária, na concepção de Juarez Cirino dos Santos (2008, p. 109) se conceitua da seguinte maneira:

“a co-culpabilidade da sociedade organizada pode ser admitida como uma valoração compensatória da responsabilidade de indivíduos inferiorizados por condições sociais adversas. Assim, o corpo social deveria arcar, pelo menos em parte, com as conseqüências de sua falha em oferecer ao cidadão as condições e os pressupostos mínimos de dignidade”.

⁶ O autor Damásio E. de Jesus continua e salienta que, imputação objetiva não significa proibição de responsabilidade penal objetiva, pois, se realiza com o nexos normativo entre a conduta e o resultado jurídico e, não com a presunção de dolo e culpa, e ainda citando como exemplo, a hipótese de intervenção cirúrgica no qual o paciente é submetido, em razão da tentativa contra este de um homicídio, que na doutrina tradicional é considerada exercício regular de direito (típica mas não antijurídica), na teoria da imputação objetiva esta intervenção cirúrgica é atípica, em razão do risco permitido em que se coloca na posição de garante, sendo que, se o médico, atua de forma correta, o resultado é objetivamente imputável ao autor do homicídio.

No posicionamento de Nilo Batista (1990, p. 86): "*em certa medida, a co-culpabilidade faz sentar no banco dos réus, ao lado dos mesmos réus, a sociedade que os produziu*".

Corroborando com as concepções desta teoria, Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia, e Alejandro Slokar (2003, p. 58) determinam:

"a co-culpabilidade se funda na constatação de que, se nenhuma sociedade apresenta mobilidade vertical, a ponto de oportunizar a todos os seus integrantes o mesmo espaço social, o juízo de reprovação penal deve adequar-se, em cada caso, ao espaço social conferido ao indivíduo".

Deste modo, para os defensores desta teoria, a sociedade ao delegar o *jus puniendi* ao Estado, de forma cômoda, não reconheceu a influência deste e sua parcela de responsabilidade ao colocar o indivíduo em um conjunto social precário, sem maiores alternativas e expectativas de desvio da criminalidade (*teoria da ecologia - criminologia*).

Perante esta teoria, o principal efeito desta culpabilidade recíproca entre o Estado e o agente delituoso seria a atenuação da reprimenda penal, uma vez que o agente não seria tão somente o responsável por seus atos, e sim, a junção manifestação de um meio social inadequado de ser viver e sua conduta.

Para alguns doutrinadores, o Código Penal brasileiro utilizou-se desta teoria no que diz respeito ao artigo 66 (atenuante genérica), que em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, motivou ou, ao menos, colaborou com a infração penal.

No que diz respeito a liberdade provisória no tráfico ilícito de entorpecentes e, pensando na eficácia da teoria da co-culpabilidade, é importante mencionar que atualmente o sistema penal brasileiro é ineficaz quanto a prevenção e combate deste crime, e ainda, por este motivo é o Estado, ao menos em parte, responsável pela marginalização deste crime nas favelas e demais regiões do País.

Ademais, não pode o Estado em razão de sua ineficácia no combate ao tráfico ilícito de entorpecentes impor pena e restrições que são contrários ao Estado Democrático de Direito, aos princípios e garantias fundamentais e ao direito internacional vigente (direitos humanos).

6.5 Conclusões quanto às Teorias

Por fim, posto algumas das teorias que orbitam a doutrina penal mundial com ênfase ao objeto de estudo deste trabalho, chegamos a conclusão que diversas são as ideologias empregadas para explicar a real natureza do *jus puniendi* do Estado e sua correta aplicação em nossa sociedade atual.

Sobre a liberdade provisória, e não somente quanto a ela, o que se intensifica a cada dia é o entendimento, seja de qualquer teoria a que nos filiamos, que o Direito Penal deve estar pautado no soberano princípio da dignidade da pessoa humana, a essência do direito em todos os seus aspectos.

Ato contínuo, todas as teorias citadas, bem como outras que não foram mencionadas, a exemplo o direito penal subterrâneo, tipicidade conglobante, direito penal quântico, tipicidade congruente, culpabilidade complexa, direito penal do fato, teoria da associação diferencial, teoria do etiquetamento, teoria das janelas quebradas, teoria da anomia, teoria sob cultural, teoria da ecologia, etc., pregam em sua essência a dignidade da pessoa humana como um norte a aplicação do direito penal.

Assim, o direito penal puro quanto à vedação a liberdade provisória aos indiciados pelo tráfico ilícito de entorpecentes nos mostra a ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que impõe uma prisão compulsória, digna dos tempos antigos, ferindo diversos princípios como da legalidade, presunção de inocência, devido processo penal, proporcionalidade, entre outros já citados.

7 ATUALIDADE E VISÃO PROSPECTIVA

7.1 O Entendimento da Doutrina e Jurisprudência Atualmente

Duas foram as correntes que sugiram na doutrina a respeito do tema, a primeira, em breve síntese, entende erroneamente (entendimento pessoal) aplicação do princípio da especialidade, usurpando para a norma especial o direito a regular a concessão de liberdade provisória, bem como, entendem que nossa Constituição não permite ao crime de tráfico de drogas o privilégio do benefício.

Em que pese a primeira corrente, alguns defensores:

Antonio Lopes Monteiro (2010, p. 173): *“Ousamos dizer mais deste final de capítulo. Seria inaceitável, do ponto de vista criminal, que, para crimes tão graves como os de que trata a Lei. 8.072/90, fosse proibida a concessão da liberdade provisória com fiança (crimes inafiançáveis), e ao mesmo tempo permitida a liberdade provisória sem fiança. Ou seja, a liberdade seria concedida sem qualquer ônus, substitutiva a prisão em flagrante. Dentro deste entendimento, podemos até afirmar que o art. 310 parágrafo único, é inaplicável aos crimes inafiançáveis e toda vez que, por qualquer motivo, não puder ser concedida a fiança”*

Mesmo posicionamento é dos doutrinadores Moraes e Smanio (2007, p. 135): *“Em se tratando de lei especial e relação à Lei dos Crimes Hediondos, entendemos que devem prevalecer os dispositivos da Lei de Drogas para os crimes nela previstos. Desta forma, tanto a fiança, quanto a liberdade provisória são vedadas para os crimes de tráfico de entorpecentes e assemelhados, conforme previsão legal referida.”*

Com relação à segunda corrente existente, esta completamente majoritária a primeira em nosso País, entende pela revogação/derrogação tácita em parte do artigo 44, da Lei 11.3473/06 (palavra liberdade provisória), auferida pela Lei 11.464/07, bem como, pela inconstitucionalidade da vedação ao benefício, ofensa ao *status libertatis* e princípios do direito positivo e subjetivo do réu.

Em que pese a segunda corrente, alguns defensores:

Guilherme de Nucci (2007, p. 254): “*A questão da proibição da liberdade provisória, sem fiança, para os delitos hediondos e equiparados, foi solucionada pela edição da Lei 11.464/07, que deu nova redação ao art. 2º, II, da Lei 8.072/90, prevendo vedação unicamente da fiança. Logo, passa a ser possível, o que é lógico, a liberdade provisória, mesmo sem fiança, a tais situações*”.

Luiz Flávio Gomes (2008, p. 119): “*A nova Lei. na contramão da jurisprudência moderna insistiu na proibição. Devemos observar, porém, que a Lei 11.464/074 alterou o inciso II do art. 2º da Lei 8.072/90, permitindo a liberdade provisória para crimes hediondos ou equiparados, permissivo esse que, em face do princípio da isonomia, certamente se estenderá ao tráfico, revogando, tacitamente, a vedação expressa do art. 44*”.

Em sede de referencia, seguem a mesma linha de raciocínio: Rogério Cunha Sanches, José Herval Sampaio Junior e Pedro Rodrigues Caldas Neto, Renato Marcão, Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho, César Dario Mariano da Silva e Eloísa de Souza Arruda, Francis Rafael Beck, Bárbara Damásio, Ticiano Figueiredo, José Moacyr Doretto Nascimento, Guilherme Tinti de Paiva, entre outros.

Vale mencionar, não obstante é o achar de pessoas leigas que entendem por esta corrente defender a impunidade ao traficante, sua liberdade sem qualquer razão a sociedade, sendo que, procura-se na realidade fática, apenas o correto emprego do direito que nos pertence.

Com relação ao entendimento que vem sendo dado após a edição da Lei. 11.464/07 pela jurisprudência brasileira, esta também se dividiu em duas linhas de raciocínio.

A primeira corrente, em especial, a exemplo, com a decisão da Ilustre ex-ministra Ellen Grace, outrora presidente do Supremo Tribunal Federal, entendeu que tanto a Constituição Federal de 1988, como a Lei. 11.343/06, impedem a aplicação do citado benefício de liberdade provisória (HC 91.556-STF), bem como recorrem ao princípio da especialidade (conflito aparente de normas penais) para solucionar o impasse.

Peculiar é também colacionarmos aqui o fundamento da primeira corrente (HC 104305) no sentido de que nossa Constituição Federal proibiu

expressamente a liberdade provisória ao crime de tráfico de entorpecentes, contudo, se esquecem de observar que é apenas em uma das modalidades do benefício, com fiança (art. 5º, inciso XLIII, CF), ou seja, tal corrente aplica interpretação extensiva em *male partem* ao réu, o que é expressamente proibido em nosso ordenamento penal.

Contraditória é também a primeira corrente no seguinte aspecto: se a razão do legislador era de adequar o direito positivo ao entendimento que vinha sendo dado pela nossa jurisprudência a respeito do tema (concessão), nada mais certo fez do que a edição da Lei. 11.464/07, entretanto, a jurisprudência caminhou em sentido contrário ao pretendido pelo legislador, ato totalmente inaceitável.

Exemplo costumeiro de fundamentação defendida por esta corrente:

EMENTA: “HABEAS CORPUS” - Em que pese o tráfico ilícito de drogas ser tratado como equiparado a hediondo, a Lei 11.343/2006 é especial e posterior àquela – Lei 8.072/90. Por essa razão, a liberdade provisória viabilizada aos crimes hediondos e equiparados pela Lei 11.464/2007 não abarca, em princípio, a hipótese de tráfico ilícitos de drogas” (STF, HC 100.831/MG, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 30.9.2009).

Precedentes da primeira corrente acima: STF: HC 85711-6/ES, HC 86814-2/SP, HC 86703-1/ES, HC 89183-7/MS, HC 86118-1/DF, HC 79386-0/AP, HC 83468-4/ES, HC 82695-4/RJ.

Entretanto, entendo com todo o respeito possível à douta Ministra que se equivocou completamente, uma vez que não há que se falar em aplicação do princípio da especialidade, bem como com a singela análise evolutiva do entendimento jurisprudencial que tem se dado à matéria (relembrar motivos ensejadores da Lei. 11.464/07 pelo legislador) é medida de justiça à concessão a liberdade provisória ao tráfico de drogas, fato este defendido pela segunda corrente, que vem, timidamente, ganhando força em nossos Tribunais Superiores, vejamos:

EMENTA: “HABEAS CORPUS”. Vedação legal absoluta, em caráter apriorístico, da concessão de liberdade provisória. Lei de drogas (art. 44). Inconstitucionalidade. Ofensa aos postulados constitucionais da presunção de inocência, do “due process of law”, da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade, visto sob a perspectiva da “proibição do excesso”: Fator de contenção e conformação da própria atividade normativa do Estado. Precedentes do Supremo Tribunal Federal: ADI 3.112/DF (Estatuto do Desarmamento, art. 21). Caráter extraordinário da privação cautelar da

liberdade individual. Não se decreta prisão cautelar, sem que haja real necessidade de sua efetivação, sob pena de ofensa ao “status libertatis” daquele que a sofre. Evasão do distrito da culpa: fator que, por si só, não autoriza a prisão preventiva. Irrelevância, para efeito de controle da legalidade do decreto de prisão cautelar, de eventual reforço de argumentação acrescido por Tribunais de jurisdição Superior. Precedentes. Medida Cautelar Deferida. (HC 96715/MC/SP, Min. Celso de Mello).

Sobre a segunda corrente, encontram-se como principal defensor o ministro Celso de Melo e Marco Aurélio do STF, alguns precedentes da Egrégia Corte: HC 99278, HC 101100, HC 97976, HC 93115, HC 101718, HC 100733, HC 100745, HC 96715/SP.

Gostaria de deixar claro o meu total inconformismo e repúdio com os membros da Egrégia Corte que defendem o princípio da especialidade para a solução do conflito em questão, uma vez que é totalmente descabida de fundamentação e recai sobre conceitos aprendidos no primeiro ano das faculdades de direito, fato fora do esperado de um jurista que compõe a Corte Suprema.

Portanto, conclui-se que a matéria relativa à liberdade provisória não está pacificada em nossa jurisprudência, seja na mais alta Corte, seja em todo o resto do território nacional, restando aos nossos Ilustres Ministros do Supremo Tribunal Federal impor um ponto final na questão mediante o Pleno que ocorrerá em breve pela recente repercussão geral promovida pelo Ministro Marco Aurélio.

7.2 Recente Concessão de Penas Restritivas de Direito ao Tráfico

Na data de 01 de setembro de 2010, o Supremo Tribunal Federal decidiu por 06 (seis) votos a 04 (quatro) pela inconstitucionalidade de dispositivos da Lei. 11.343/06, que proíbe expressamente a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos para os condenados por tráfico de drogas.

Conforme informativo do STF, a determinação da Corte limita-se a remover o óbice legal, ficando a cargo do Juízo das execuções criminais o exame dos requisitos necessários para conversão da pena.

Apenas em sede de conhecimento, vale menção do voto do Ilustre Ministro Celso de Mello quando da análise da inconstitucionalidade, *in verbis*:

“Vislumbro, nessa situação, um abuso do poder de legislar por parte do Congresso Nacional que, na verdade, culmina por substituir-se ao próprio magistrado no desempenho da atividade jurisdicional. Nesse ponto [da Nova Lei de Tóxicos], entendo que a regra conflita materialmente com o texto da Constituição”

Sendo assim, trazendo tais fatos ao trabalho em tela, é inconcebível que o Supremo Tribunal Federal através de seus doutos ministros entenda pela possibilidade da conversão da pena em restritivas de direitos, que nada mais são do que o instituto da *liberdade provisória condicionada a obrigações legais* e não reconheçam a inconstitucionalidade da liberdade provisória propriamente dita.

Fere claramente, e como já exaustivamente mencionado, o princípio da dignidade da pessoa humana, isonomia, legalidade, dentre outros, a não concessão do benefício da liberdade provisória ao tráfico de drogas.

Entretanto, quanto à decisão acima referida, vê-se a preponderância com que o Supremo Tribunal Federal se encontra quanto as questões relativas ao artigo 44, da Lei. 11.343/06, o que a meu ver, é questão de tempo a análise da inconstitucionalidade da vedação da liberdade provisória. A título de exemplo temos a súmula vinculante 26 que possibilitou a progressão de regime.

7.3 Casos Análogos – Lei. 10.826/03, O Estatuto do Desarmamento

Adiante, interessante anotar que, no dia 23 de maio de 2007, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.112, decidiu que o art. 21 do Estatuto do Desarmamento (Lei n. 10.826/03), que vedava a liberdade provisória aos acusados de posse ou porte ilegal de arma de uso restrito, comércio ilegal de arma e tráfico internacional de arma, seria inconstitucional, por violação aos princípios da presunção de inocência, proporcionalidade e do devido processo legal.

Disponha, para mera referência, o artigo 21 do referido estatuto (Lei. 10.826/03) da seguinte forma abaixo:

Art. 21. Os crimes previstos nos arts. 16, 17 e 18 são insuscetíveis de **liberdade provisória** (grifos nossos)

Veja, claramente era a vedação a liberdade provisória nos crimes acima estipulados em afronta com diversos princípios de direito (como no caso do tráfico de drogas), sejam com ou sem fiança, entretanto, entendeu da seguinte forma nossos Ministros do Supremo Tribunal Federal:

Ementa

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 10.826/2003. ESTATUTO DO DESARMAMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL AFASTADA. INVASÃO DA COMPETÊNCIA RESIDUAL DOS ESTADOS. INOCORRÊNCIA. DIREITO DE PROPRIEDADE. INTROMISSÃO DO ESTADO NA ESFERA PRIVADA DESCARACTERIZADA. PREDOMINÂNCIA DO INTERESSE PÚBLICO RECONHECIDA. OBRIGAÇÃO DE RENOVAÇÃO PERIÓDICA DO REGISTRO DAS ARMAS DE FOGO. DIREITO DE PROPRIEDADE, ATO JURÍDICO PERFEITO E DIREITO ADQUIRIDO ALEGADAMENTE VIOLADOS. ASSERTIVA IMPROCEDENTE. LESÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. AFRONTA TAMBÉM AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. ARGUMENTOS NÃO ACOLHIDOS. FIXAÇÃO DE IDADE MÍNIMA PARA A AQUISIÇÃO DE ARMA DE FOGO. POSSIBILIDADE. REALIZAÇÃO DE REFERENDO. INCOMPETÊNCIA DO CONGRESSO NACIONAL. PREJUDICIALIDADE. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE QUANTO À PROIBIÇÃO DO ESTABELECIMENTO DE FIANÇA E LIBERDADE PROVISÓRIA. I - Dispositivos impugnados que constituem mera reprodução de normas constantes da Lei 9.437/1997, de iniciativa do Executivo, revogada pela Lei 10.826/2003, ou são consentâneos com o que nela se disponha, ou, ainda, consubstanciam preceitos que guardam afinidade lógica, em uma relação de pertinência, com a Lei 9.437/1997 ou com o PL 1.073/1999, ambos encaminhados ao Congresso Nacional pela Presidência da República, razão pela qual não se caracteriza a alegada inconstitucionalidade formal. II - Invasão de competência residual dos

Estados para legislar sobre segurança pública inócurren, pois cabe à União legislar sobre matérias de predominate interesse geral. III - O direito do proprietário à percepção de justa e adequada indenização, reconhecida no diploma legal impugnado, afasta a alegada violação ao art. 5º, XXII, da Constituição Federal, bem como ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido. IV - A proibição de estabelecimento de fiança para os delitos de “porte ilegal de arma de fogo de uso permitido” e de “disparo de arma de fogo”, mostra-se desarrazoada, porquanto são crimes de mera conduta, que não se equiparam aos crimes que acarretam lesão ou ameaça de lesão à vida ou à propriedade. V - **Insusceptibilidade de liberdade provisória quanto aos delitos elencados nos arts. 16, 17 e 18. Inconstitucionalidade reconhecida, visto que o texto magno não autoriza a prisão ex lege, em face dos princípios da presunção de inocência e da obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisão pela autoridade judiciária competente.** VI - Identificação das armas e munições, de modo a permitir o rastreamento dos respectivos fabricantes e adquirentes, medida que não se mostra irrazoável. VII - A idade mínima para aquisição de arma de fogo pode ser estabelecida por meio de lei ordinária, como se tem admitido em outras hipóteses. VIII - Prejudicado o exame da inconstitucionalidade formal e material do art. 35, tendo em conta a realização de referendo. IX - **Ação julgada procedente, em parte, para declarar a inconstitucionalidade dos parágrafos únicos dos artigos 14 e 15 e do artigo 21 da Lei 10.826, de 22 de dezembro de 2003.** (grifos nossos)

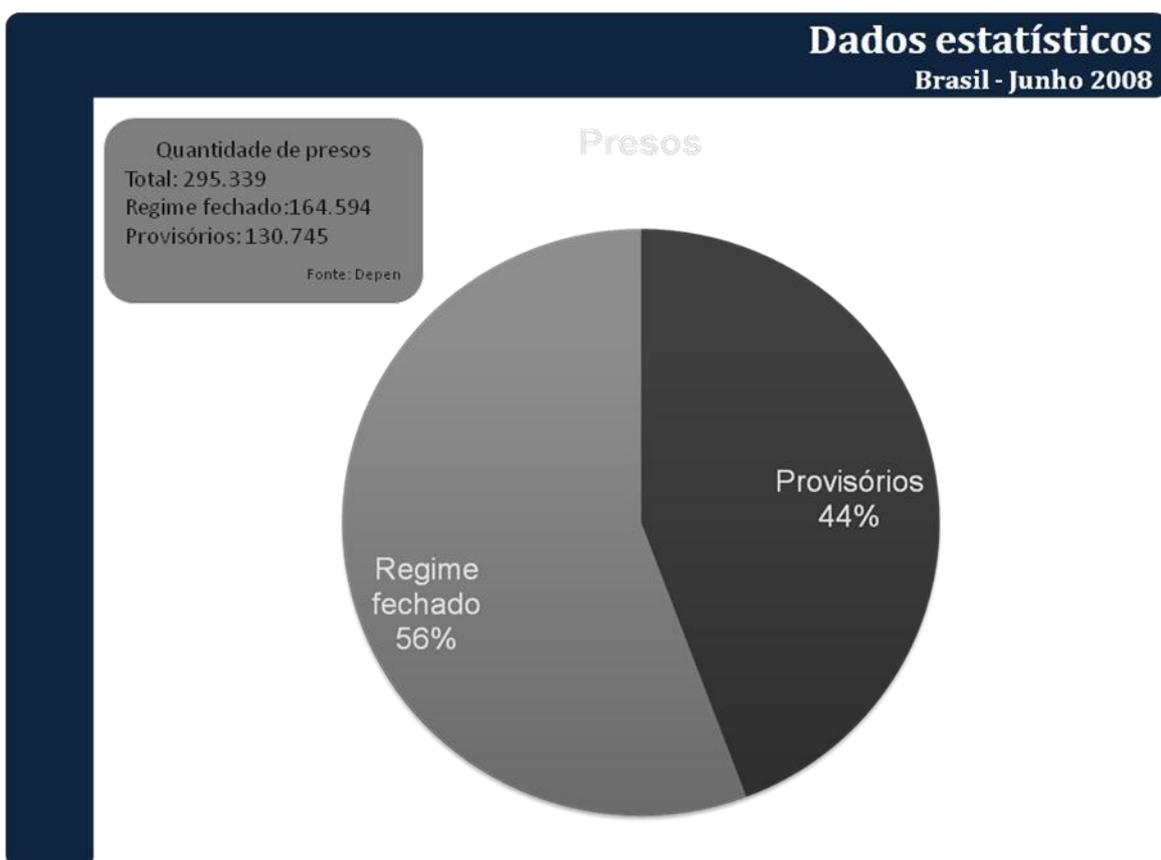
Conclui-se, assim, que referida decisão acima colacionada indica uma forte tendência da Egrégia Corte em não admitir mais a restrição à liberdade provisória pelo legislador, o que, no presente caso, pode-se aplicar analogicamente ao tráfico de entorpecentes por ser equiparado em matéria de discussão.

7.4 Gráficos Informativos para Reflexão quanto ao Tráfico

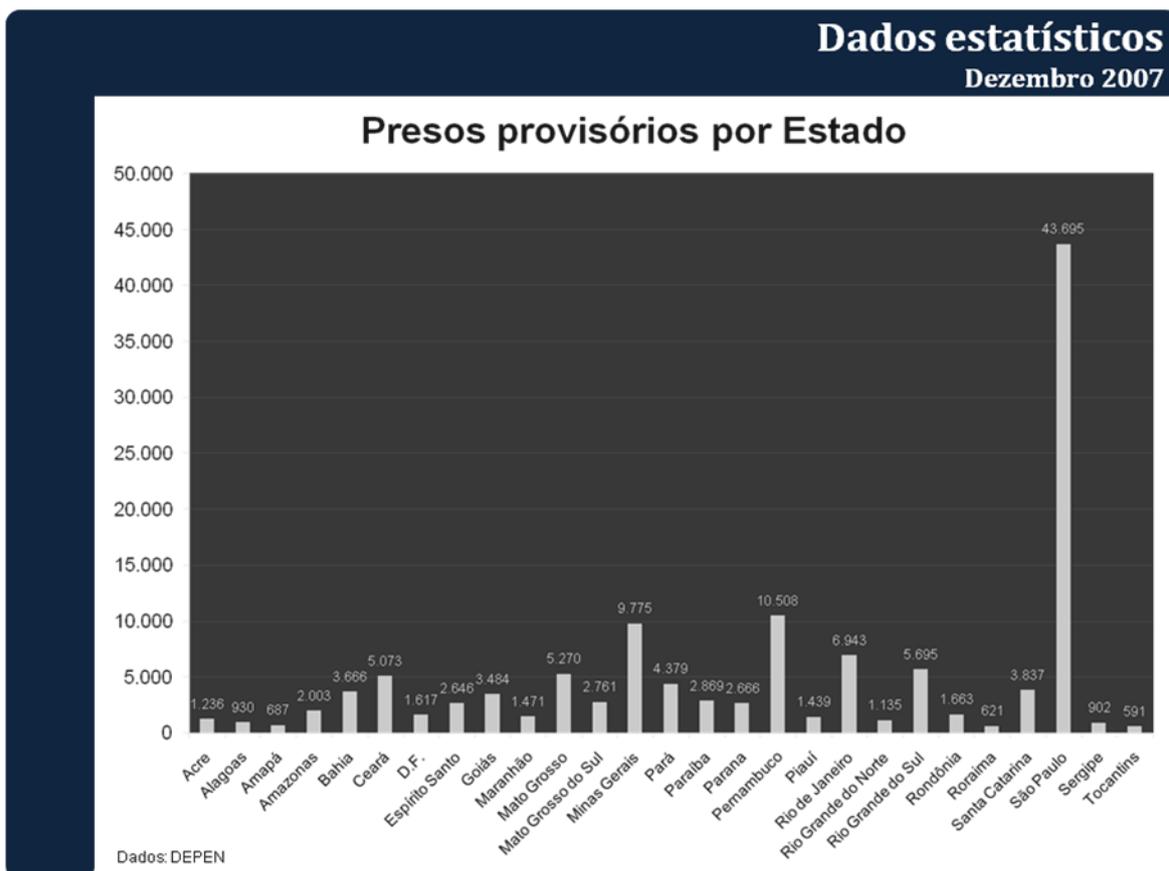
Quanto ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes, trazemos a tona alguns gráficos que demonstram a real situação do mesmo em nosso País, refletindo, ainda, a incapacidade com que o nosso Poder Judiciário de encontra para

lidar com tais fatos. Após a análise, teceremos algumas considerações quanto ao tema em face da liberdade provisória no tráfico ilícito de entorpecentes.

Em relação à prisão cautelar, não podíamos deixar de trazer à baila a quantidade expressiva de presos hoje mantidos em regime de prisão cautelar em contraste com aqueles já em execução da pena nos regimes fechados, vejamos:



Conforme consta acima, apesar dos dados referirem ao ano de 2008, nossa realidade não se alterou tanto. É expressiva a quantidade de presos no Brasil referentes a prisões cautelares, reflexo contrário a política criminal empregada em nosso País quanto à pena restritiva de direito ser a *última ratio da extrema ratio*.



Veja nobre leitor que a concessão da liberdade provisória ao tráfico de drogas é de extrema relevância, seja em seu aspecto inconstitucional até agora suscitado, seja para que exista a real efetividade da política criminal em nosso País que nem ao menos consegue lidar com os órgãos de execução da pena em estado de superlotação.

De outra banda, peculiar é a tipificação dada por nossos magistrados de 1º grau de jurisdição quanto à natureza do crime praticado, ou seja, acabam tipificando condutas de porte como tráfico para uma melhor rigidez ao combate de entorpecentes. Para melhor elucidação, acompanhe a matéria publicada no Jornal Folha de São Paulo, sob a direção de reportagem de Mario César Carvalho (2011, p. 8):

(...) criada há quase cinco anos para acabar com pena de prisão para usuários de maconha, a lei antidrogas gerou efeito contrário: contribuiu para superlotar presídios. A ideia original era que usuários prestassem serviços comunitários ou vissem palestras sobre drogas. Mas, de 2006 a 2010, o número de presos por tráfico aumentou 118% e chegou a 86,6 mil. No

mesmo período, a população carcerária cresceu 37% e passou a 496,2 mil. Para a professora de direito da UFRJ, Luciana Boiteux, o aumento tem duas razões: a pena mínima por tráfico subiu de três para cinco anos e usuários vêm sendo punidos como traficantes (...). (grifos nossos)

Segue o gráfico quanto ao aumento da tipificação do porte de drogas para o tráfico constante na reportagem referida do Jornal Folha de São Paulo:

SEM PRISÃO

Entenda o que diz a lei que acabou com a pena de prisão para usuários de drogas, e os efeitos nos presídios

A lei 11.343, de agosto de 2006

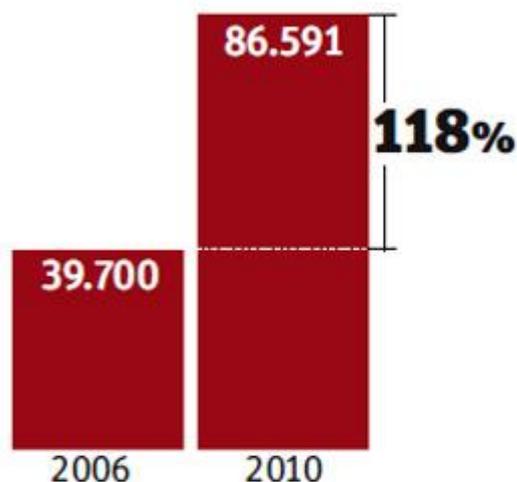
"Artigo 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

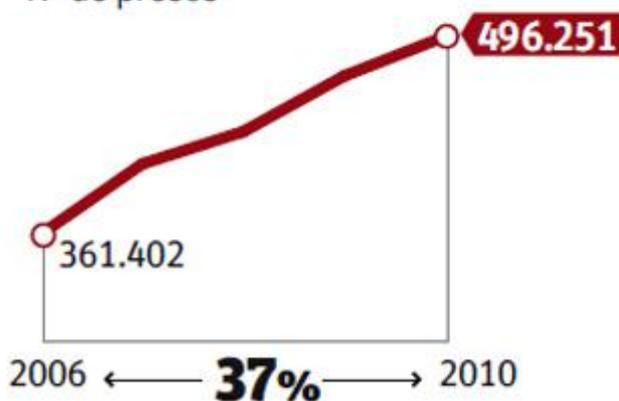
III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo

Prisão por tráfico mais do que dobrou em cinco anos



Presídios superlotados

Nº de presos



Fonte: Depen (Departamento Penitenciário Nacional)

Quanto ao exposto acima, é importante consignar que tal prática de tipificar o porte de drogas para consumo próprio em tráfico é costumeira, entretanto, mesmo com a mais das belas intenções sócio-políticas (combate frenético as drogas), fere a correta aplicação do direito penal e diversos princípios e garantias constitucionais, consumando-se a *teoria do etiquetamento criminológico* (todo usuário seria um traficante?).

Ressalta-se que nos referimos realmente a aqueles que portam drogas para consumo próprio, uma vez que sabemos com a análise crítica quanto ao fato em concreto a real intenção do agente em conjunto com as informações colhidas no competente inquérito policial.

Sobre o prisma da doutrina penal e criminológico, este fato um tanto curioso em nosso País se amolda no que se define como a *teoria das janelas quebradas* de George L. Kelling, James Q. Wilson e Catherine Coles para a contenção do aumento da criminalidade.

Segundo esta teoria, devemos imaginar um edifício com diversas janelas de vidro, com algumas delas quebradas, caso não haja o imediato reparo destas, a tendência é que vândalos destruam mais janelas. Ato contínuo, poderão entrar no edifício, e se este estiver desocupado, tornam-se os “novos proprietários” ou acabam por destruir por completo o edifício.

Outro clássico exemplo desta teoria é a seguinte preposição: *“considere-se um passeio. Algum lixo acumula-se. Depois, mais lixo acumula. Eventualmente, as pessoas começam a deixar sacos de lixo.”*

Assim, para os defensores desta corrente doutrinária, deve-se reparar os problemas ainda quando pequenos e de fácil resolução, caso contrário, perderíamos o controle sob a criminalidade. Deste modo, o crime de pequena escala ou comportamento anti-social é diminuído, e que o crime de grande escala é, como resultado, prevenido.

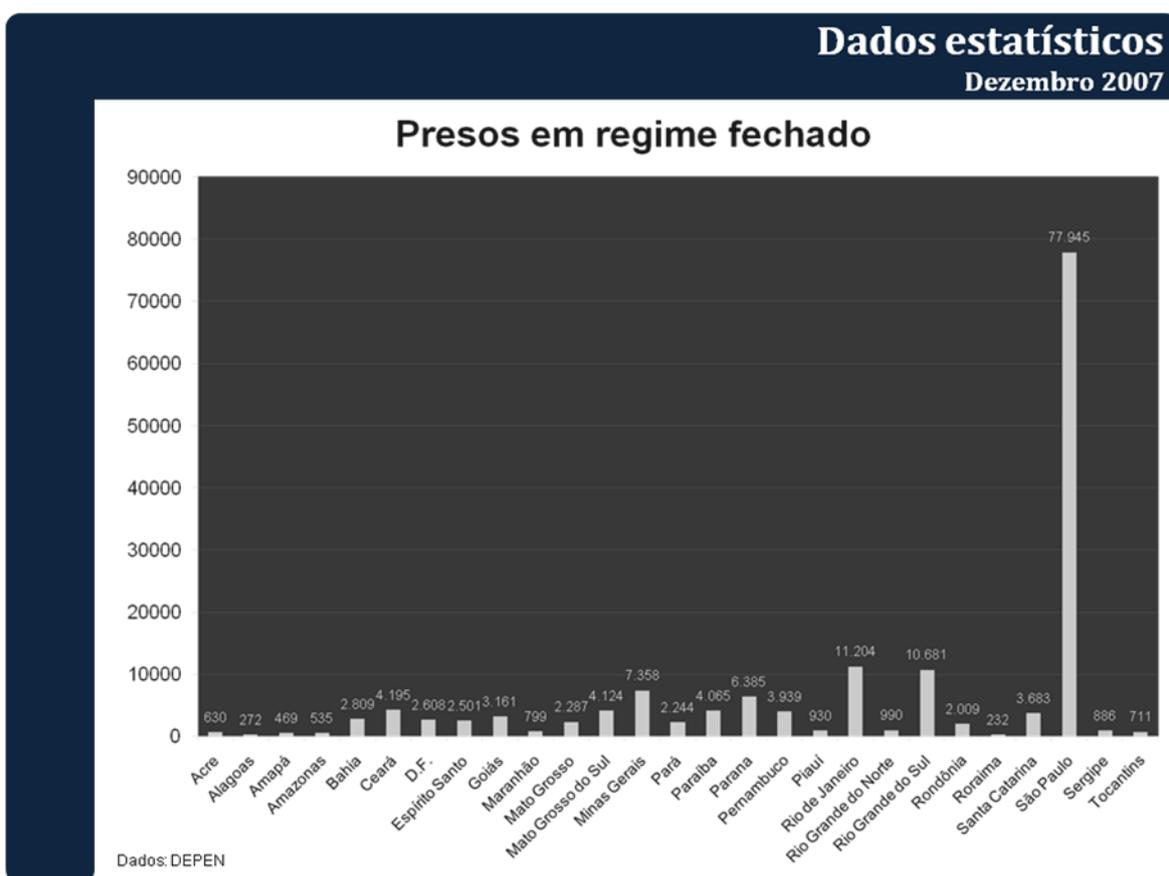
Notória é a presença manifesta da *teoria das janelas quebradas* ao tipificar o crime de porte de drogas como tráfico ilícito de entorpecentes para uma melhor prevenção e combate a criminalidade, no entanto, se esquecem que, além de contrário a lei por ferir diversos princípios, nosso País não possui qualquer estrutura para suportar relevante conduta dos magistrados.

Ademais, será que é tão forte o impacto com o bem jurídico protegido pelo poder estatal para que um crime nem ao menos apenado com pena privativa de liberdade passar a configurar outro com uma das penas privativas de liberdade mais altas em nosso ordenamento jurídico?

Acredito que a conversão ilegal ao tráfico de drogas fere, em especial, a tipicidade material (dano substancial ao bem jurídico) em sua quase ausência, bem como se amolda contrariamente no chamado *direito penal quântico*.

Em extrema síntese, o direito penal quântico formulado por Joaquim Junior Leitão preleciona na existência de uma imprecisão no Direito que se afasta da dogmática penal e se aproxima da política criminal. Por fim, há uma nítida exigência da tipicidade material, afastando da esfera penal, condutas socialmente aceitas e que não tragam uma carga mínima de lesão ao bem jurídico (*princípio da insignificância imprópria*).

Por fim, em conclusão a este tópico, trazemos o gráfico referente as prisões em percentual com os Estados da Federação:



7.5 Da Repercussão Geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal

Em razão das incansáveis petições que chegam ao Supremo Tribunal Federal para que uniformem a jurisprudência quanto à liberdade provisória no tráfico ilícito de entorpecentes houve na data de 30 de agosto de 2009 o reconhecimento pelos Ministros de repercussão geral quanto à matéria (art. 543-A, CPC) no julgado nº 601.384-1 proposta pelo Ilustre Ministro Marco Aurélio, tendo sido vencido o Ministro Joaquim Barbosa.

Em que pese, vale colacionarmos o julgado:

PRISÃO PREVENTIVA – FLAGRANTE – TRÁFICO DE DROGAS – FIANÇA VERSUS LIBERDADE PROVISÓRIA, ADMISSÃO DESTA ÚLTIMA – Possui repercussão geral a controvérsia sobre a possibilidade de ser concedida a liberdade provisória a preso em flagrante pela prática de tráfico de drogas, considerada a cláusula constitucional vedadora da fiança nos crimes hediondos e equiparados (**STF – RE- REG. 601.384-1**).

Destarte, conforme ensina Dirley da Cunha Junior (2009, p. 371) são dois os caminhos que podem ser traçados pelo Supremo Tribunal Federal quanto à inconstitucionalidade de determinada lei, procedendo à *interpretação conforme a Constituição* ou a *declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto* (mutação constitucional).

Quanto ao primeiro caso, a interpretação conforme a Constituição exclui determinadas hipóteses de *interpretação* da norma, para lhe emprestar aquela que a compatibilize com texto constitucional. Em relação ao segundo caso, possibilita ao Supremo excluir determinadas hipóteses de *aplicação* da norma, que aparentemente seriam dúbias e que levariam a uma inconstitucionalidade.

Diante de tais fatos narrados, independentemente do método adotado, percebem-se mais uma vez a preponderante preocupação da Egrégia Corte em relação ao artigo 44, da Lei. 11.343/06, que em razão do reconhecimento da repercussão geral, resta tão somente aos operadores do direito a tão aguardada análise perante o Tribunal Pleno para a formulação da competente súmula.

7.6 Política Criminal

Guardamos este tópico para o final para que após toda a análise do apresentado, possamos tecer algumas considerações quanto à política criminal exercida em nosso País quanto ao tema da liberdade provisória no tráfico ilícito de entorpecentes. Com relação à conceituação de política criminal, Nilo Batista (1990, p. 34), dispõe:

“Do incessante processo de mudança social, dos resultados que apresentem novas ou antigas propostas do direito penal, das revelações empíricas propiciadas pelo desempenho das instituições que integram o sistema penal, dos avanços e descobertas da criminologia, surgem princípios e recomendações para a reforma ou transformação da legislação criminal e dos órgãos encarregados de sua aplicação. A esse conjunto de princípios e recomendações denomina-se política criminal”

Sendo assim, a política criminal cumpre analisar se a pena é um meio adequado ao fim almejado, e dessa maneira realizar uma crítica do direito vigente, levando, por exemplo, a luta contra as penas curtas de prisão.

A análise no campo da política criminal, como se vê, não se limita a orientar a proposição de medidas jurídico-penais, pois sendo seu objeto a avaliação do sistema criminal no seu todo, compete-lhe indicar soluções preventivas extrajudiciais para se fazer em face da criminalidade.

Exemplo atual do exercício da política criminal foi o advento da Lei. 12.403/11, que trouxe para a matéria penal as novas medidas cautelares (*vide tópico 4.2.5*) determinado a prisão ser a *ultima ratio* da *extrema ratio*.

De outra banda, com o advento da Lei. 11.464/07, o legislador pátrio procurou restabelecer a uniformização da jurisprudência que outrora se fixava em nosso País, no entanto, fato contrário ocorreu, ou seja, houve manifestação diversa da vontade do legislador (representante da vontade da sociedade).

Enfim, não é o correto o emprego da política criminal ao tráfico de modo que empregue como correta a punição por prisão levando em conta a periculosidade em abstrato do crime e contrário a diversos princípios constitucionais.

8 DA INCONSTITUCIONALIDADE RETROSPECTIVA

8.1 Do Real Motivo da Origem do Conflito de Normas

Se pudéssemos elencar todos os tópicos deste trabalho em uma ordem de importância, este seria o de maior relevância. Todo o exposto exaustivamente até aqui foi o necessário para que o leitor sintetiza-se e percebe-se por si só o principal ponto, o ponto-chave científico deste trabalho, sem mistérios, iniciaremos a partir de agora a abordagem sobre o real motivo da origem do conflito de normas (art. 44, Lei. 11.343/06 x Art. 2, Lei. 8.072/90).

Inicialmente, devemos ponderar a evolução histórico-normativa da vedação da liberdade provisória no tráfico ilícito de entorpecentes trazido anteriormente neste trabalho para alcançarmos o ponto de pretensão, começando com sua antiga tipificação no artigo 281, do Código Penal, com pena de 01 (um) a 06 (seis) anos e multa.

Naquela época, como é saber de todos, já vigorava o Código de Processo Penal de 1941, que em seu artigo 321 e seguintes expressamente vedava ao tráfico a concessão do benefício da liberdade provisória em razão da pena máxima em abstrato, restando, desde modo, apenas sua concessão pela modalidade *sem fiança*.

Como já citado, posteriormente adveio a Lei. 6.368/76, alterada pela Lei. 10.409/02, que retirou o crime em questão do Código Penal e lhe deu nova roupagem, tipificando-o em norma especial/específica, uma vez a preocupação do legislador quanto ao combate desta conduta delituosa. Tal norma especial permitiu a liberdade provisória *sem fiança* ao réu, corroborando com a vedação constante no ordenamento adjetivo penal.

Em que pese a Constituição de 1967 (em conjunto com a emenda de 1969), esta não determinava qualquer restrição quanto à liberdade provisória ao tráfico ilícito de entorpecentes, ficando responsável pela devida regulamentação tão somente a lei infraconstitucional.

Adiante, foi promulgada a Constituição de 1988 (*Constituição Cidadã*) que teve como principal função elevar a regulamentação já constituída em norma infraconstitucional quanto à liberdade provisória para o patamar de norma-princípio fundamental, veja a título de revisão:

“Art. 5º, LXLIII - 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” (grifos nossos).

Por conseguinte, logo após dois anos de vigência da Constituição de 1988, e a procura de um melhor combate a determinados crimes que atingiam a sociedade a época, nosso legislador pátrio cria a Lei. 8.072/90 (crimes hediondos), preceituando:

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

I - anistia, graça e indulto;

II - fiança e liberdade provisória. (grifos nossos)

Ato contínuo, na data de 23 de agosto de 2006, criou-se a Lei. 11.343/06 que, revogando as Leis. 6.368/76 e 10.409/02 em seu artigo 75, criou-se a chamada “nova lei de drogas”, determinando sobre a liberdade provisória o que se segue:

Art. 44. 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.

Parágrafo único. Nos crimes previstos no caput deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico. (grifos nossos)

Por fim, concluindo a remissão quanto à evolução histórico-normativa da vedação da liberdade provisória no tráfico ilícito de entorpecentes, adveio a Lei.

11.464/07, que retirou a tão discutida palavra “*liberdade provisória*” do artigo 2º, inciso II, da Lei. 8.072/90.

Posto tais considerações, passamos à análise.

Primeiramente, o tema do trabalho em questão está acima de qualquer argumentação quanto à correta aplicabilidade de normas (conflito aparente de normas penais ou sucessão de leis penais no tempo), na verdade real, é inútil e irrelevante tal discussão doutrinária e jurisprudencial, como demonstraremos agora.

Observe leitor que toda problemática atualmente existente quanto à liberdade provisória e sua concessão ao tráfico ilícito de entorpecentes originaram-se com a interpretação extensiva em *malam partem* de nossa Constituição Federal pelo legislador.

Para melhor elucidação dos fatos, a análise fática da evolução histórico-normativa nos traz a resposta. Com a promulgação da Constituição de 1988 consolidou-se o correto entendimento que havia por existir em nosso ordenamento jurídico quanto ao tema (liberdade - tráfico - somente *sem fiança*), no entanto, logo após dois anos, criou-se a Lei. 8.072/90, que vedou qualquer alternativa quanto ao benefício, *com* ou *sem fiança*.

Veja que nossa Constituição somente limita o direito a liberdade provisória ao tráfico ilícito de entorpecentes (art. 5º, LXIII, CF) *mediante fiança*, não podendo se falar em uma proibição de um direito fundamental que não se manifeste da norma principiológica de validade de um Estado Soberano, nem implicitamente.

Tal conduta de estender o alcance dos direitos fundamentais, em verdade, é permitida em nosso ordenamento, ocorre que somente nos casos de ampliar o alcance destes direitos sem que, para tanto, haja a limitação/perda dos mesmos, que somente pode ser feito mediante expressa menção na Carta Magna.

Nossa Constituição Federal no artigo 60, § 4º, determinou que somente emendas a Carta Magna serão competentes para ampliar o alcance das normas e garantias fundamentais do Estado, bem como, vedou expressamente a hipótese de aboli-las. Assim, pergunta-se, uma lei ordinária (Lei. 8.072/90) que determina a extinção de um direito fundamental (sem fiança) do Estado é constitucional?

Tal resposta é simples e óbvia que não. Em primeiro lugar, o meio empregado é errôneo uma vez que somente emendas a constituição podem modificar direitos e garantias fundamentais e não normas ordinárias, e em segundo lugar, não são permitidas modificações para abolir direito fundamental e tão somente ampliar, ou seja, se a Constituição permite o direito de liberdade provisória sem fiança, não será uma lei ordinária que irá extinguir tal direito.

Desde modo, este é o real motivo da origem do conflito de normas, sendo impertinentes discussões quanto à correta aplicação de lei (Lei. 8.072/90 x Lei. 11.343/06), uma vez que é uma *inconstitucionalidade retrospectiva*.

Adiante, com o advento da Lei. 11.464/07, houve a possibilidade de sanar um vício existente há mais de 15 (quinze) anos de inconstitucionalidade, entretanto, por incrível que pareça, as atenções recaíram a debates ideológicos quanto a vedação da liberdade em conflito de legalidade de normas existentes, sendo que, na realidade, é inconstitucional em sua formação.

De outra banda, algo que se deve perguntar é o papel pertinente ao Supremo Tribunal Federal sobre o tema, uma vez que é o guardião de nossa Constituição Federal e incumbido de realizar o controle de constitucionalidade por excelência, o que até o presente momento não enxergou a realidade posta neste trabalho.

Acredito que possa responder a questão suscitada quanto ao Supremo Tribunal Federal e sua inércia perante a inconstitucionalidade da vedação a liberdade provisória no tráfico ilícito de entorpecentes.

Com a evolução de nossas Constituições, passamos por diversos sistemas de limitação do Estado e ascensão dos direitos e garantias fundamentais, porém, convenhamos que somente a Constituição Federal de 1988 trouxe em seu corpo normativo principiológico a efetiva proteção destes direitos, tanto é que também é conhecida pelo cunho "*Constituição Garantista ou Cidadã*".

Ocorre caro leitor que com o advento da Constituição de 1988 o Estado, e ainda com mais ênfase, o Supremo Tribunal Federal, não se encontrava plenamente preparado para a análise profunda e exauriente em busca da completa proteção dos direitos e garantias fundamentais.

Com o advento da Lei. 8.072/90, tão somente após dois anos da promulgação de nossa Constituição, o Supremo Tribunal Federal, primeiramente por questões de adaptação a nova ordem soberana e política criminal e, secundariamente, por falta de experiência, realizava o controle de constitucionalidade formal, frente à formação de atos e não a denominada “*teoria da transcendência dos motivos determinantes*” que procura efetivar em concreto o controle material de constitucionalidade.

Finalizando, ante todo o exposto até aqui, o real motivo da origem do conflito de normas remonta de uma inconstitucionalidade retrospectiva provenientes de uma *inconstitucionalidade agregada manifesta*.

8.2 Inconstitucionalidade Agregada Manifesta

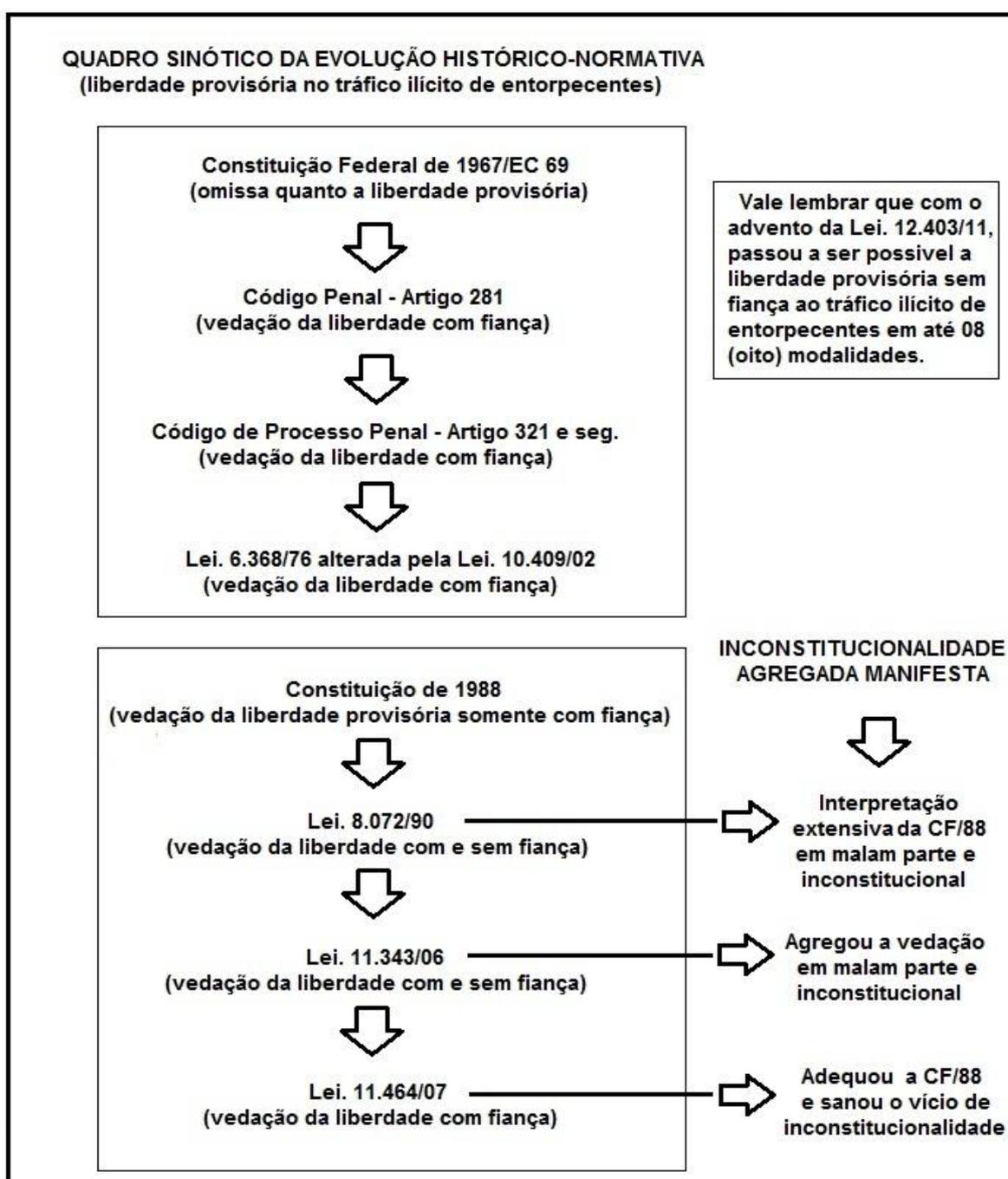
Referida nomenclatura (*inconstitucionalidade agregada manifesta*) é a concepção da correta resposta do que hoje se procura descobrir quanto à liberdade provisória no tráfico ilícito de entorpecentes e, ainda, a junção de toda a matéria colacionada no presente trabalho que, conseqüentemente, determina seu único objeto científico que pretende mostrar.

Assim, a vedação da liberdade provisória para o tráfico ilícito de entorpecentes surgiu em conseqüência da inconstitucionalidade agregada das leis que *a posteriori* advieram perante a Lei. 8.072/90 (*inconstitucionalidade de origem*), em especial, a própria regulamentação de entorpecentes - Lei. 11.343/06 (nova lei de drogas).

Por sua vez, cabe-nos mencionar a indignação com que nos encontramos a respeito do Egrégio Supremo Tribunal Federal, em especial, aos seus Doutos Ministros, que *data vênia*, sendo considerados como aqueles que melhor conhecem o direito, não enxergam a verdade por trás das discussões inúteis quanto ao tema, havendo aqueles, ainda, que defendem cegamente a legalidade do presente dispositivo.

Convenhamos que a matéria aqui trazida não remonta a complexos estudos ou frente a obscuridades normativas, pelo contrário, é de simples constatação de um acadêmico de primeiro ano de uma faculdade de direito.

Apesar de tudo, tanto na doutrina como na jurisprudência não há menção de referida inconstitucionalidade. Conclui-se, para melhor concepção da *inconstitucionalidade agregada manifesta*, trazer a baila o seguinte quadro sinótico:



8.3 Norma Transcendente Inconstitucional Agregada

Com a referida mudança legislativa acima exposta, ou seja, com o advento da Lei. 11.464/07, que adequou ao que determina a Constituição federal a Lei. 8.072/90 em relação à concessão da liberdade provisória no tráfico ilícito de entorpecentes (*somente sem fiança*) restou, por derradeiro, a vigência do artigo 44, da Lei. 11.343/06, dispondo, ainda, pela vedação *com* ou *sem* fiança da liberdade provisória ao tráfico.

Diante do posto acima, a Lei. 11.343/06 (art. 44) passou a ser uma *norma transcendente inconstitucional agregada*, ou seja, é norma porque se encontra positivada em nosso direito; é transcendente porque se desvincula de sua norma de origem (Lei. 8.072/90 agora se amolda a Constituição Federal); é inconstitucional porque mantém a interpretação extensiva em *malem parte* criada pelo legislador outrora; e por fim é agregada em razão do seu conteúdo ser derivado de outra norma do ordenamento jurídico.

Todavia, vale mencionar, ainda, que referida norma é inconstitucional em dois aspectos distintos; primeiro quanto ao aspecto formal (processo de criação de uma lei, impossibilidade de interpretação extensiva *in maalem parte*); e segundo em seu aspecto material (seu conteúdo é inconstitucional).

Posto o acima, observe que referido fato se amolda a chamada *eficácia reflexa/mediata dos direitos fundamentais* que preconiza uma interpretação que transcenda a norma fundamental, ou seja, vise proteger o que expressamente determina e implicitamente permite (art. 5º, inciso XLI, CF).

Por sua vez, resta em nossa opinião, como já exaustivamente exposto neste trabalho, que seja declarada a inconstitucionalidade desde dispositivo legal pelo Supremo Tribunal Federal por ser a maior medida de justiça.

Por fim chegamos ao final deste trabalho que teve como intuito trazer ao leitor todas as peculiaridades que atualmente orbitam o tema da liberdade provisória ao tráfico ilícito de entorpecentes, bem como, mostrar cabalmente o real motivo da origem da atual discussão que a doutrina e jurisprudência não se atentaram.

9 CONCLUSÃO

Em fim, postas todas as argumentações em torno do tema, conclui-se que em razão da periculosidade exercida por traficantes, o legislador sempre, embora algumas vezes prematuramente comparado ao direito internacional, combateu o tráfico de drogas, não só este crime como também os relacionados à espécie.

Por conta deste fato, o legislador ordinário retirou o crime de tráfico de drogas e a recolocou em norma especial que regulamenta esta espécie de delito; entretanto, com o passar dos tempos, em um singelo ato que em seu *animus* buscava o melhor para a sociedade, editou inconstitucionalmente lei que vedava a concessão de liberdade provisória (Lei. 8.072/90), com ou sem fiança, ao tráfico, sem qualquer aferição ao que preceituava nossa Constituição Federal que prega a liberdade como um dos mais importantes bens jurídicos tutelados.

Em seguida, houve uma reitera conduta inconstitucional ao agregar a vedação do dispositivo de lei vigente em lei especial que regulava a matéria (Lei. 11.343/06), contudo, tendo em vista que nossa doutrina majoritária, bem como nossa jurisprudência dominante considerou tal ato inconstitucional e em afronta a diversos princípios do Estado Democrático de Direito, o legislador elaborou a Lei. 11.464/07, que revogou expressamente a vedação a liberdade provisória em sua modalidade sem fiança.

Por conseguinte, surgiu uma das discussões atuais na doutrina e jurisprudência mais polêmicas em torno do direito penal, no qual se questionava os princípios a serem utilizados para solucionar o conflito de legalidade de normas que se estabeleceu (art. 44, Lei. 11.343/06 x art. 2, Lei. 8.072/90). Com a profunda análise chegou-se a conclusão que o princípio da posterioridade é o que acertadamente rege tal feito, a *contrario sensu*, do princípio da especialidade que muitos defendem.

Estabeleceu-se também que a vedação ao benefício fere diversos princípios norteadores do direito nacional e internacional, suprimindo-os, direitos universais, a lógica pretendida usada pelo legislador, contradições e à configuração

de um direito penal do inimigo com a imputação objetiva na análise do crime em abstrato.

Adiante, ressaltou-se que é irrelevante e inútil a presente discussão quanto à correta interpretação deste conflito de legalidade de normas, tendo em vista que a real origem deste litígio surgiu de uma inconstitucionalidade retrospectiva proveniente de uma inconstitucionalidade agregada manifesta.

Não importando qual seja a corrente que se adota, o verdadeiro erro material deste tema se encontra além da discussão que hoje a doutrina e jurisprudência debate, remontando a uma extensão interpretativa de nossa Constituição.

Finalizando, a questão hoje não se encontra pacificada, ao menos a teor da jurisprudência que, timidamente, procura meios indiretos de exercer um legalismo “cego” e desvirtuado do que nossa Carta Magna preconiza, devendo apenas aos operadores do direito a humilde esperança de um dia o nosso Supremo Tribunal Federal sumular seu entendimento a respeito do tema em seu pleno, não se esquecendo de que, enquanto debatemos, muitos sofrem por meio de uma prisão inconstitucional compulsória e antecipatória de pena.

Cito, em conclusão, Norberto Bobbio (2005, p. 64), que em suas palavras, podemos sintetizar o objetivo deste trabalho e a busca pela correta interpretação jurídica:

“Acreditamos saber que existe uma saída, mas não sabemos onde está. Não havendo ninguém do lado de fora que nos possa indicá-la, devemos procurá-la por nós mesmos. O que o labirinto ensina não é onde está a saída, mas quais são os caminhos que não levam a lugar algum”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

_____. **A Economia do Tráfico na Cidade do Rio de Janeiro: Uma Tentativa de Calcular o Valor do Negócio**. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Narcotr%C3%A1fico>.

_____. **Defensoria questiona no STF vedação de liberdade provisória nos crimes de tráfico de drogas**. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2052771/defensoria-questiona-no-stf-vedacao-de-liberdade-provisoria-nos-crimes-de-trafico-de-drogas>.

_____. **Meios no qual as drogas e o crime de interação**. Disponível em: <http://www.antidrogas.com.br/narcotrafico.php>.

AUGUSTO, Ana Paula. **A constitucionalidade da liberdade provisória face aos crimes hediondos**. Monografia. Faculdades Integradas Antonio Eufrásio de Toledo. 2007.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 12ª Ed. 2010.

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**, Rio de Janeiro: Revan, 2003, v.I

BATISTA, Weber Martins. **Liberdade provisória**, 2ª Ed. Forense, 1985.

BECK, Francis Rafael. **Lei de drogas: aspectos polêmicos a luz da dogmática penal e da política criminal**, Porto Alegre, 2008.

BELGO, Regina. **Liberdade provisória - obrigatoriedade de fundamentação da decisão que negar o benefício - Desnecessidade de fundamentação em se**

tratando de crimes hediondos. Disponível em: www.ammp.org.br/smm/aster/inst/artigo/Artigo-4.pdf.

BOBBIO, Norberto. **Direito, Ética e Política.** Ijuí: EdUnijuí. 2005.

BORGES, Fátima Aparecida de Souza. **Liberdade provisória.** Belo Horizonte. Del Rey. 2001.

BRANCO, Tales castelo. **Da prisão flagrante: doutrina, legislação, jurisprudência, postulações em casos concretos.** 3 ed. São Paulo. Saraiva.

CAMPOS, Ricardo Ribeiro. **A prisão provisória no direito comparado.** Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10547>.

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

CHIMENTI, Ricardo Cunha; MARISA Ferreira dos Santos; ROSA, Marcio Ferreira Elias; CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Constitucional.** Saraiva. 2010.

COSTA, José armando. **Estrutura jurídica da liberdade provisória,** 2 ed. Brasília jurídica, 1997.

DAMÁSIO, Bárbara. **Preso em flagrante delito obtém liberdade provisória.** Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/1248287/preso-em-flagrante-por-trafico-de-drogas-obtem-liberdade-provisoria>.

DE SOUZA, Anderson Dias. **Direito Penal: responsabilidade objetiva e teoria da imputação objetiva do resultado.** Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2188/Principais-aspectos-da-Teoria-da-Imputacao-Objetiva>.

DEL-CORSI, Rogério. **Liberdade Provisória e crimes hediondos**. RJ, N. 225.

DEPEN, Departamento Penitenciário Nacional. **Gráficos Informadores quanto as prisões no Brasil**. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJC4D50EDBPTBRNN.htm>.

ENDRES, Gustavo de Almeida. **A Liberdade Provisória no Tráfico Ilícito de Entorpecentes**. Artigo publicado no mês de julho de 2011 no Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/home/home.php>.

FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. **Criminologia Integrada**. 2ª Ed. 2002.

FIGUEIREDO, Ticiano. **Condenados por tráfico de drogas tem direito a liberdade provisória**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-jun-16/condenados-trafico-drogas-direito-liberdade-provisoria>.

GARCIA, Basileu. **Comentários ao código de processo penal (art. 282 a 393)**. Rio de Janeiro. Forense, 1945.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**, São Paulo, Saraiva. 1991.

GOMES, Luiz Flávio. **Lei de drogas comentada artigo por artigo: Lei 11.343/06**. 2ª. Ed. São Paulo. 2006.

GOMES, Luiz Flávio; SANCHES, Rogério Cunha. **Cabe liberdade provisória no tráfico de drogas?**. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/10996/cabe-liberdade-provisoria-no-trafico-de-drogas>.

GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Ivan Luís Marques da; BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches; MACIEL, Silvio Luiz. **Prisão e Medidas Cautelares - Comentários Artigo por Artigo. A Reforma do CPP - Lei 12.403/2011**. 2 Ed. 2011.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**, 7ª Ed. 2009. **Tóxicos: prevenção – repressão: Comentários a lei 6.368/76**. São Paulo. 2002.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio**. 3ª Ed. 2010.

HARTMANN, Arlete - **Uso de Drogas: Crime ou exercício de um direito**. Porto Alegre, 1999.

JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**, 3ª Ed. 2005.

JELLINEK, Georg. Trad. Fernando de Los Rios. **Teoria general del estado**. 1905.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal: Parte Geral**. Saraiva. 2009.

JÚNIOR LEITÃO, Joaquim. **Direito Penal Quântico**. 8ª Ed. São Paulo.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª Ed. 2009.

JUNIOR, Sampaio; HERVAL, José. **Manual de prisão e soltura sob a ótica constitucional: doutrina e jurisprudência**. São Paulo. 2008.

LA ROSA, Mariano R.. **Exención de prisión y excarcelación**. Astrea. 2006.

MACHADO, Angela C. Cangiano, DINIZ, Gustavo Octaviano, FULLER, Paulo Henrique Aranda. **Processo Penal**, 5ª Ed. – Elementos do Direito. 2008.

MARCÃO, Renato. **A instrução conforme a Lei. 10.409/02 (Lei anti-tóxicos) na visão do Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/textos.asp?id=10199>.

MARIANO, César Dario; ARRUDA, Eloísa de Souza. **A Lei dos Crimes Hediondos após a alteração de seu artigo 2º.** Disponível em: www.apmp.com.br.

MENDONÇA, Andrey Borges; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão. **Lei de drogas comentada artigo por artigo.** 2ª Ed. 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal interpretado**, 7ª Ed. **Código Penal Interpretado.** São Paulo: Atlas. 2007.

MONTEIRO, Antonio Lopes. **Crimes Hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos.** 7º Ed. 2008.

MORAES, Alexandre de; SMANIO Gianpaolo Poggio. **Legislação Penal Especial.** 9ª Ed. 2007.

NASCIMENTO, José Moacyr Doretto. **Da liberdade provisória no crime de tráfico de drogas. Princípio constitucional da isonomia e proporcionalidade.** Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/10533/da-liberdade-provisoria-no-crime-de-trafico-de-drogas>.

NETO, Eduardo Garcia de Silveira. **Liberdade provisória frente a constituição de 1988.** Monografia. Faculdades Integradas Antonio Eufrásio de Toledo. 2001.

NOGUEIRA, Emerson Almeida. **Aspectos Polêmicos sobre a nova lei de drogas.** Monografia. Faculdades Integradas Antonio Eufrásio de Toledo. 2009.

NUCCI, Guilherme. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 6ª Ed, RT. 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 13ª Ed. 2010. **Regimes Constitucionais da Liberdade Provisória – Doutrina, Jurisprudência e Legislação**. 2ª Ed. 2000.

Projeto de Lei. 6.793 (Lei. 11.464/07), de 2006. **Poder Legislativo**. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/>.

RAMOS, Edson. **A Utilidade da Liberdade Provisória Com Fiança no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Monografia. Faculdade Gama e Souza. 2010.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições do Direito Penal - Parte Geral**. Rio de Janeiro. Forense. 2009.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **O contrato social**, trad. MACHADO, Antonio de P. Machado. 7ª Ed., Edições e Publicações Brasil, 1963.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Criminologia da repressão**. 4ª Ed. 2007.

SANTOS, Jurandir José dos. **Prisão processual e Liberdade Provisória**. Material de apoio aos estudantes das Faculdades Integradas Antonio Eufrásio de Toledo. 2011.

SCHEERER, Sebastian. **Economia dirigida e perspectiva da política de drogas. Discursos Sediciosos, direito e sociedade**, 2004.

STF: HC 85711-6/ES, HC 86814-2/SP, HC 86703-1/ES, HC 89183-7/MS, HC 86118-1/DF, HC 79386-0/AP, HC 83468-4/ES, HC 82695-4/RJ, HC 96715, HC 99278, HC 101100, HC 97976, HC 93115, HC 101718, HC 100733, HC 100745, HC 96715, HC 80886, HC 74108, HC 79386, HC 80886, HC 81871, HC 81871, RE 240.782-3-MA,

HC 8.644, HC 84225, HC 81.795 (Pleno), HC 81.613, HC 81.126, HC 81.180, RHC 79.200, HC 69.950, HC 77052/MG, HC 79.204, HC 82.903, HC-QO 83.173, HC 84.797-MC, HC 84.884, HC 85.036, HC 85.900, HC 87343MC, HC 87.424, HC 87438 MC/SP; STJ: RHC 2556/SP; RHC 2996/MGRT 784/573. HC 100.831.

Jurisprudências. Disponível em: <http://www.stfjusbr/portal/principal/principal.asp>. e http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp.

TONINI, Wagner Adilson. **Estudo sobre a prisão para averiguação e sua legalidade.** Disponível em: <http://www.artigonal.com/doutrina-artigos/estudo-sobre-a-prisao-para-averiguacao-e-sua-legalidade-954045.html>.

TOURINHO, Fernando da Costa Filho. **Código de Processo Penal Comentado.** Saraiva, 2007.

VIEGAS, João Francisco Moreira. **Liberdade provisória e fiança.** São Paulo, Javoli, 1986.

WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil.** 2ª edição, Bookseller, 2000.

Wikipédia, a enciclopédia livre. **Narcotráfico.** Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Tr%C3%A1fico_de_drogas.

XIMENES, Sérgio. **Minidicionário Ediuoro.** 6ª Ed. 2000.