

## DA LIBERDADE PROVISÓRIA PARA OS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS

André Moraes CASTANHO<sup>1</sup>  
Jônatas Eduardo B. M. TEIXEIRA<sup>2</sup>

**RESUMO:** Com a alteração da lei de Crimes Hediondos, surgiu uma discussão na doutrina e jurisprudência sobre a proibição ou permissão de concessão de liberdade provisória para os crimes de tráfico de drogas, cujo texto da Lei de Drogas ainda veda o benefício. A pesquisa salientou a posição da doutrina e do Supremo Tribunal Federal, assim como a análise constitucional do dispositivo. No final, concluiu-se que a benesse é cabível em alguns casos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito de Locomoção. Liberdade Provisória. Lei de Tráfico de Drogas. Possibilidade. Lei de Crimes Hediondos.

### 1 INTRODUÇÃO

O trabalho foi realizado com o escopo de esclarecer a possibilidade ou não de concessão de liberdade provisória acerca dos delitos de tráfico ilícito de entorpecentes, analisando os posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários sobre o assunto, assim como a humilde tentativa de adequar os dispositivos legais à Constituição da República. Foram abordadas as regras da sucessão de leis no tempo, normas constitucionais, independência das leis e sua especialidade em relação a determinados temas.

Apesar de sempre se afirmar que o instituto da liberdade provisória, como sendo a possibilidade de alguém aguardar o transcorrer de seu processo em liberdade seja um direito do réu preso que preencha determinados requisitos

---

<sup>1</sup> Discente do 8º semestre do curso de Direito pelas Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Ex-conciliador no Juizado Especial Cível, foi estagiário da Procuradoria Seccional da Fazenda Nacional de Presidente Prudente/SP, atualmente estagia junto à Defensoria Pública do Estado de São Paulo, na Regional de Presidente Prudente, na área de execução criminal. E-mail: andre.moca@hotmail.com.

<sup>2</sup> Discente do 8º semestre do curso de Direito pelas Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Ex-conciliador no Juizado Especial Cível, atualmente é estagiário das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo”, mediante Convênio com a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, atuando na área de execução criminal. Autor na Argentina dos artigos: Liberdade Religiosa; e A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência visual. E-mail: jonatas\_teixeira@unitoledo.br.

estabelecidos pelo legislador, ainda há grande relutância da jurisprudência em conceder p benefício, tendo em vista, muitas vezes, a gravidade do delito como fundamento para tanto, em total desacordo com o princípio da legalidade, que não estipula a severidade do delito como requisito. Pelo contrário, o legislador suprimiu do texto da Lei dos Crimes Hediondos a antiga vedação de concessão de liberdade provisória a esses crimes.

Também há uma série de conflitos entre institutos, uma vez que a liberdade provisória não se institui como cumprimento de pena, já que inexistente sentença penal condenatória, mas mero transcorrer de um processo. A fundamentação de necessidade da prisão, muitas vezes genérica e abstrata, acaba por executar uma pena que ainda não foi aplicada, em total violação ao princípio da legalidade e da presunção de inocência.

Dessa forma, o presente trabalho traz à tona não somente o conceito da liberdade provisória, sua fundamentação constitucional e infraconstitucional, mas também sua aplicação ao caso concreto, mormente quando se trata da benesse aos delitos de tráfico ilícito de drogas.

## **2 DA PRISÃO E DO DIREITO DE LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO**

A Constituição Federal de 1988, bem como tratados internacionais dos quais seja o Brasil signatário, como a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, instituem diversos direitos aos cidadãos, sendo um dos mais basilares o direito à liberdade de locomoção.

A Lei Maior considera o direito à liberdade como um dos cinco direitos fundamentais, previstos em seu art. 5º, “caput”. Não obstante, estatui, em seu art. 5º, XV, que “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”. A princípio, portanto, todos possuem o direito de se locomover livremente em todas as áreas do território brasileiro, sem restrições, salvo a excepcionalidade da existência de guerra declarada.

Ademais, reza a Convenção Interamericana de Direitos Humanos:

Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.
2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.  
[...]

No entanto, em determinadas hipóteses, é possível que haja restrição dessa liberdade, notoriamente nos casos em que haja uma sentença penal condenatória com trânsito em julgado. Diz a Carta Magna, em seu art. 5º, XLVI, a, que “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; [...]”.

Clara foi a intenção do legislador constituinte em adotar medidas de segregação social do indivíduo que praticar determinado fato entendido como delito e, após ser regularmente processado e condenado, ser-lhe aplicada medida como a prisão. Isso decorre não somente da necessidade de proteção social contra um indivíduo infrator de determinadas normas, mas também da tentativa de ressocialização desse indivíduo. Assim, a restrição da liberdade é justificada. Dessa forma, ensina Tourinho Filho (2011, p. 447) que:

Sabe-se que a liberdade não é o direito de alguém fazer o que bem quiser e entender, mas sim o de fazer o que a lei não proíbe. Sem os freios da lei, a liberdade desenfreada conduziria ao tumulto, à anarquia, ao caos, enfim. Daí permitir-se, na Magna Carta, a restrição à liberdade, dès que tal restrição se faça com comedimento, dentro dos limites do indispensável, do necessário e, assim mesmo, cercada de reais garantias para que se evitem extralimitações do Poder Público.

No entanto, o presente trabalho não tem o interesse em discutir tais medidas, mas unicamente as relacionadas à possibilidade de prisão sem que haja sentença penal condenatória com o trânsito em julgado. Trata-se das prisões cautelares ou processuais, ou ainda, prisões sem pena. No dizer de Tourinho Filho (2011, p. 445), “A prisão sem pena, de que cuidamos, nada mais é do que uma execução cautelar de natureza pessoal [...] e que se justifica como medida imprescindível para assegurar o império da lei penal”<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> No mesmo sentido, Rios Gonçalves (2004, p. 3-4), dispõe que “diversamente da prisão-pena, portanto, não tem por objetivo a punição, não é baseada no juízo de culpabilidade, nem tem por finalidade retributiva, mormente diante da consagração dos princípios da presunção de inocência

Além da efetivação da aplicação da lei penal, as medidas cautelares também possuem a função de proteger a sociedade. Ainda que não se baseiem em um juízo de cognição exauriente, as prisões cautelares fundam-se em indícios mínimos de materialidade e autoria que justificam a proteção social. Dessa forma, colham-se os ensinamentos de Mougenot (2011, p. 456):

Todas as prisões ocorridas antes do advento do trânsito em julgado da decisão penal condenatória, como visto, não tem natureza de pena, devendo ser dotadas de **cautelaridade**.

As prisões cautelares têm por finalidade resguardar a sociedade ou o processo com a segregação do indivíduo. Daí falar em **cautelaridade social**, cujo escopo é proteger a sociedade de indivíduo perigoso, e **cautelaridade processual**, que garante o normal *iter* procedimental, fazendo com que o feito transcorra conforme a lei e que eventual sanção penal seja cumprida.

Deve necessariamente a prisão provisória fundar-se em uma das cautelaridades acima apontadas, sob pena de ser considerada inconstitucional por afronta ao princípio da presunção de não culpabilidade (art. 5º, LVII, da CF). (ênfases do autor)

De tudo o que fora exposto, fica claro que muito embora vige nos sistemas constitucional e processual brasileiros o princípio de presunção de inocência, é plenamente válida a aplicação excepcional de medidas cautelares que garantam a proteção social e a regular fluência do processo. Além disso, a própria Constituição Federal não só trata da prisão com trânsito em julgado de sentença penal condenatória, mas também traz à baila a possibilidade de prisões por sentenças não definitivas ou até mesmo sem que haja uma decisão judicial condenatória, desde que a decisão que decreta a prisão cautelar demonstre, fundamentadamente, sua necessidade. Reza o art. 5º, LXI, da Carta Republicana de 1988: “Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

Vê-se, assim, que não há ilegalidade e muito menos inconstitucionalidade na existência de prisões processuais, uma vez que até a Constituição Federal as autoriza, contudo, frise-se, possuem natureza cautelar

---

(que só admite ser o réu, considerado culpado após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória) e do devido processo legal. Funda-se no direito que possui o Estado de impor certos sacrifícios aos indivíduos para que possa atingir o bem comum. [...] Assim é que, caso seja necessário que um indivíduo seja segregado para que se possa apurar um fato e fazer justiça, deve-se aceitar tal privação, sem tachá-la de injusta, pois este é o preço de se viver em comunidade”.

excepcional, devendo existir, para tanto, ordem fundamentada de autoridade judicial competente para a determinação das prisões preventiva ou temporária ou, no caso de prisão em flagrante, a decisão fundamentada de manutenção da prisão, de acordo com as alterações trazidas pela lei nº 12.403/11, conforme se verá adiante.

### **3 DA LIBERDADE PROVISÓRIA**

A legislação infraconstitucional instituiu, basicamente, três modalidades de prisões processuais, quais sejam a prisão em flagrante delito, a prisão preventiva e a prisão temporária. Ainda havia outras duas modalidades antes citadas pela doutrina, que incluía nesse rol a prisão por sentença condenatória recorrível e a prisão por sentença de pronúncia. Contudo, a moderna doutrina e jurisprudência vêm entendendo que ambas, atualmente, e em razão das alterações legislativas trazidas pela lei 11.689/08, representam apenas momentos processuais para decretação da prisão preventiva.

A este trabalho interessa apenas a primeira forma de prisão, mas ainda são pertinentes alguns breves comentários acerca das outras duas modalidades para fins de comparação entre os institutos e medidas cabíveis para sua supressão.

A prisão temporária está regulamentada na Lei 7.960/89, e poderá ser decretada para fins de investigação durante a fase de inquérito policial. Possui limitação de cinco dias, prorrogáveis por mais cinco dias (art. 2º, da referida lei), se demonstrada a necessidade de tal postergação. Para delitos hediondos ou equiparados, o prazo sobe para o limite de 30 dias, prorrogável por igual período, se também for demonstrada a necessidade (art. 2º, § 4º, da Lei 8.072/90). Tanto a decretação desta modalidade de prisão, quanto a determinação de sua procrastinação deverão ser fundamentadas pelo magistrado, não somente por determinação legal, mas por exigência constitucional, embasada nos arts. 5º, LXI e 93, IX.

A prisão preventiva, por sua vez, também advém de determinação judicial, que, do mesmo modo, deve fundamentar a necessidade de sua decretação. Está regulamentada nos arts. 311/316, do Código de Processo Penal, onde serão encontrados os motivos e pressupostos autorizadores de sua decretação, assim

como os legitimados a requerer tal medida. Da mesma forma como a prisão temporária, existe a necessidade de excepcionalidade em sua decretação, visto que a restrição de liberdade de alguém que ainda não foi condenado definitivamente deve, como já fora exposto, ser precedida de fortes indícios que façam presumir ser o réu autor dos fatos delituosos sem, contudo, realizar-se um julgamento antecipado.

Como ambas as prisões são decretadas sem o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, devem perdurar somente enquanto subsistirem os motivos que autorizaram sua decretação, ou em caso de expiração do prazo legal, nada impedindo, por exemplo, que findo o prazo da prisão temporária seja, na sequência, decretada a prisão preventiva, se existirem seus motivos autorizadores (art. 2º, § 7º, da lei 7.960/89). Cessados os motivos, sem que tenha havido determinação judicial para a supressão da prisão cautelar, será pertinente o pedido de revogação da prisão, tanto para a prisão preventiva (art. 316, do Código de Processo Penal), quanto para prisão temporária.

Feitas estas considerações, resta-nos tratar da prisão em flagrante e da medida cabível para substituí-la. A fim de elucidar o tema, colham-se os ensinamentos de Gonçalves (2004, p. 14):

Pode-se, pois, conceituar a prisão em flagrante delito como a medida cautelar que se caracteriza por um ato de coação extrajudicial e que traduz verdadeiro procedimento de autodefesa estatal contra atos criminosos dos quais haja plena evidência quanto à materialidade e autoria.

Muito embora, na maioria dos casos, a prisão em flagrante dá-se no momento exato da prática delitiva, a lei cria outras circunstâncias que autorizam a decretação da prisão em flagrante. Tais hipóteses encontram-se no art. 302, do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Nessas situações, autoriza-se a prisão em flagrante, que não necessita, à evidência, de mandado judicial para tanto, muito embora a análise procedimental de tal captura e sua legalidade devam ser comunicadas com urgência ao juiz competente que, em caso de ilegalidade, deverá relaxar a prisão em flagrante delito, nos termos do art. 5º, LXV, da Constituição Federal, e art. 310, I, do Código de Processo Penal, com as alterações trazidas pela Lei 12.403/11. Assim, apesar de a prisão em si não depender, *a priori*, de mandado judicial, a análise das circunstâncias é superveniente, devendo, portanto, o magistrado determinar a manutenção da prisão, caso entenda necessário (art. 310, II, do Código de Processo Penal), ou substituí-la pela liberdade provisória (art. 310, III, do Código de Processo Penal).

Atente-se, no entanto, que a prisão em flagrante pode ter ocorrido legalmente, e as formalidades legais exigidas, na maioria dos casos, são cumpridas regularmente. Em caso de regularidade procedimental, portanto, não será cabível o relaxamento de prisão, nem a revogação, sendo pertinente a liberdade provisória, que pode sujeitar, o indivíduo, aliás, a outras medidas cautelares, nos termos do art. 321 c.c. art. 319, ambos do Código de Processo Penal, e modificados pela Lei 12.403/11.

A existência da liberdade provisória tem como fundamento tanto na Constituição Federal, como na Convenção Interamericana de Direitos Humanos. A primeira, em seu art. 5º, LXVI, dispõe que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”. Por outro lado, a Convenção afirma, em seu art. 7º, que:

Artigo 7º [*omissis*]

[...]

5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo. (grifo nosso)

Como conceito, temos que a liberdade provisória é (TOURINHO, 2011, p. 589):

[...] uma medida intermediária entre a prisão provisória e a liberdade completa. A liberdade provisória, de conseguinte, não é completa.

Por duas razões: *a)* se o autor da infração, que estava provisoriamente em liberdade, vier a ser punido com pena privativa de liberdade sem *sursis* ou qualquer medida alternativa, cessa a liberdade, e ele será recolhido à prisão, *b)* durante o tempo em que o indiciado ou réu estiver em liberdade provisória, essa liberdade não é completa. Vejam-se, a propósito, as restrições previstas no art. 310 e seu respectivo parágrafo único, e nos art.s 327, 328 e 343, todos do CPP.<sup>4</sup>

Destarte, ausentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva, deverá o magistrado conceder a liberdade provisória, por se tratar de direito subjetivo do indiciado ou réu. Contudo, o âmago da questão encontra óbice com a vedação ao benefício trazida pelo art. 44, da Lei 11.343/06, cuja discussão é o tema-objeto deste trabalho, e que será analisada adiante.

#### **4 DA EVOLUÇÃO LEGISLATIVA ACERCA DA LIBERDADE PROVISÓRIA AOS CRIMES HEDIONDOS E EQUIPARADOS**

Antes de explicar o conflito em torno do tema, cabe fazermos um breve histórico para elucidar a pesquisa.

O não cabimento do instituto da liberdade provisória para os crimes hediondos e equiparados, entre estes os crimes de drogas, até dia 28 de março de 2007, era assunto aceito por boa parte tanto na doutrina, quanto na jurisprudência. Nesse sentido, Gonçalves (2004, p. 130), antes das alterações legislativas, já se manifestava favoravelmente à vedação que, em seu dizer não encontrava impedimento constitucional, nos seguintes termos:

Não obstante as opiniões em contrário, não há qualquer vício na vedação, isso porque a Constituição não impede que o legislador infraconstitucional proíba a concessão de liberdade provisória, mormente para crimes que considerou de extrema gravidade e para os quais não autorizou a anistia, a graça e a liberdade provisória vinculada (mediante fiança).

---

<sup>4</sup> Note-se que, muito embora o autor tenha feito referência a determinados artigos do Código de Processo Penal, os arts. 310 e seu parágrafo único, bem como o art. 343, foram alterados pela Lei 12.403/11. No entanto, seu entendimento não se esvai, na medida em que a liberdade provisória ainda se encontra sob determinadas condições, seja com a concessão de fiança pelo magistrado, ou com a aplicação cumulativa de outras medidas previstas no rol do art. 319, do Código de Processo Penal.



Essa aceitação decorria da existência de dois textos legais, o art. 2º da Lei nº. 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), e o art. 44 da Lei nº. 11.343/2006 (Lei do Tráfico de Drogas).

O art. 2º da Lei nº. 8.072/90 dizia:

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 (grifo nosso)

E esta proibição foi reafirmada na Lei nº. 11.343/2006:

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. (grifo nosso)

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.

Dessa forma, de um lado dispunha a Lei dos Crimes Hediondos que era proibida a concessão de liberdade provisória aos delitos abomináveis e aos assemelhados e, novamente, com a edição da Lei de Drogas, reafirmou tal posicionamento especificamente aos delitos de tráfico ilícito de entorpecentes.

No entanto, em 28 de março de 2007, a Lei nº. 11.464 modificou a redação do inciso II do art. 2º da Lei nº. 8.072/90, dispondo que:

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. (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007)

Desse modo, a partir dessa data os crimes hediondos passaram a admitir a liberdade provisória, não porque o legislador a tenha admitido expressamente, mas porque suprimiu a antiga vedação, dispondo de modo claro sua intenção em possibilitar a concessão da liberdade provisória aos delitos dessa natureza. Tal supressão, inclusive, estende-se, a nosso ver, para os crimes de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.

Nesse momento, surgiram na doutrina alguns questionamentos: aplica-se a lei mais nova, ou seja, o art. 2º, II, da Lei nº. 8.072/90, ou a Lei de Tráfico de Drogas por ser específica? Estaria o art. 44, da Lei de Drogas, derogado? A proibição de liberdade provisória viola ou está adequada aos princípios e normas constitucionais? Se for aceita a liberdade provisória, a lei terá efeito retroativo?

São estes questionamentos que pretendemos esclarecer.

## **5 DA POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA AOS DELITOS DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES**

A doutrina está longe de ser unânime e a jurisprudência tampouco é uniforme em relação à possibilidade ou não da concessão de liberdade provisória aos crimes de tráfico de drogas<sup>5</sup>.

Passando-se primeiro por uma apreciação constitucional do dispositivo, em uma análise genérica, e não somente específica acerca dos crimes de tráfico ilícito de drogas, Gonçalves (2004, p. 130-132), afirma que não há qualquer inconstitucionalidade em se vedar a concessão de liberdade provisória a determinadas categorias de delitos em razão de sua natureza. Ademais, justifica dizendo que o art. 5º, LXVI, da Constituição da República dispõe que será cabível a liberdade provisória somente quando a lei autorizar. Em uma interpretação inversa, caso a lei vedasse a possibilidade de se obter a benesse, seria impossível sua concessão. Além disso, não haveria ferimento ao princípio da presunção de inocência<sup>6</sup>, uma vez que a própria Carta Magna teria autorizado a vedação da

---

<sup>5</sup>Alberto Silva Franco (2007, p. 484) elenca quatro principais argumentos utilizados pela doutrina e jurisprudência para impossibilitar a concessão de liberdade provisória aos delitos de tráfico ilícito de entorpecentes. Dentre eles, cita a relação da inafiançabilidade com a proibição genérica da liberdade provisória em qualquer situação; a impossibilidade de análise pelo magistrado da real necessidade da prisão tendo em mãos um mero auto de prisão em flagrante que, a princípio, não lhe daria subsistência para proferir uma decisão; a existência de presunção relativa de necessidade da prisão cautelar em crimes dessa natureza; e o princípio da presunção de inocência não é fundamento para se conceder a benesse, porquanto inutilizaria o texto constitucional. O autor, contudo, refuta todos estes argumentos, conforme se depreende da explicação constante do presente trabalho, além de outros argumentos e opiniões.

<sup>6</sup> Quanto à não vedação ao princípio da presunção de inocência, o Supremo Tribunal Federal, na ADI nº 3112, declarou a inconstitucionalidade, entre outros, do art. 21, da Lei nº 10.826/03, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Armas. O Pretório Excelso entendeu, justamente, que a criação de uma

liberdade provisória com ou sem fiança. No mais, excetua a proibição somente no tocante ao crime de tortura, cuja lei específica (Lei nº 9.455/97) suprimiu a vedação e, portanto, deveria ser aplicada<sup>7</sup>.

O aludido entendimento, com a devida vênia, não parece o mais correto. A expressão constitucional “quando a lei admitir a liberdade provisória”, contida no art. 5º, LXVI, da Constituição Federal, parece estar mais ligada às condições e restrições que se impõem sobre a liberdade provisória do que propriamente com a impossibilidade de se concedê-la. Não admiti-la em nenhuma hipótese feriria cabalmente o princípio da presunção de inocência, principalmente quando não houver qualquer motivo relevante que autorize a manutenção da prisão. Dessa forma, a adequação mais correta do dispositivo é a de que a legislação infraconstitucional cria determinadas regras relacionadas à aplicação da liberdade provisória, mas não que esta pode ser abstratamente suprimida. Destarte, a legislação pode vedar a concessão de liberdade provisória, mas não de maneira

---

forma de prisão obrigatória, sem permitir ao magistrado a análise de sua necessidade no caso concreto viola o princípio da presunção de inocência, senão vejamos:

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.

(ADI Nº 3112, Pleno, Supremo Tribunal Federal, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Julgado em 02/05/2007)

[...]

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.

[...]

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.

<sup>7</sup> Observe-se, todavia, que a mesma doutrinadora afirma que o magistrado deve ter especial atenção quanto à capitulação dada pela autoridade policial e pelo Ministério Público, uma vez que se as evidências constantes dos autos, principalmente durante a fase instrutória, indicarem a prática de outra modalidade de delito, como nos casos de desclassificação, o juiz deverá analisar o caso e, se estiverem ausentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva, deverá conceder a liberdade provisória.

absoluta e sem a análise do caso concreto para se verificar a real necessidade de conservação da prisão cautelar. Cabe à legislação infraconstitucional, portanto, unicamente dispor acerca da distribuição de regras e circunstâncias em que será possível conceder a liberdade provisória, e não suprimi-la de maneira inquestionável.

Outro argumento que é muito utilizado pela jurisprudência predominante é o de que a vedação acerca da concessão da liberdade provisória aos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes decorreria do próprio texto da Carta Magna. Com efeito, menciona-se o art. 5º, XLIII, como fundamento da proibição, que possui a seguinte redação, *in verbis*:

Art. 5º [*omissis*]

[...]

LVIII - 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. (grifo nosso)

De acordo com tal entendimento, a proibição de se conceder a fiança a crimes dessa natureza carregaria de forma implícita vedação à liberdade provisória. Assim sendo, a alteração trazida pela Lei nº. 11.464/07, no tocante ao art. 2º, II da Lei nº. 8.072/90, seria inócua, sem modificação alguma da norma proibidora da concessão da benesse.

A proibição contida no art. 44 da Lei nº. 11.343/06, desse modo, continuaria existindo, porquanto estaria adequada ao texto da Constituição da República Federativa do Brasil.

Esse posicionamento foi reafirmado em diversos julgados do Supremo Tribunal Federal. Dentre as muitas decisões do aludido Tribunal, podemos destacar:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. RELAXAMENTO. CRIME HEDIONDO. LIBERDADE PROVISÓRIA. INADMISSIBILIDADE. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL. DELITOS INAFIANÇÁVEIS. ART. 5º, XLIII, DA CF. ORDEM DENEGADA. I - Os crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico são de natureza permanente. O agente encontra-se em flagrante delito enquanto não cessar a permanência.

II - A vedação à liberdade provisória para o delito de tráfico de drogas advém da própria Constituição, a qual prevê a sua inafiançabilidade (art. 5º, XLIII).

III - Ordem denegada.

(HC 98340, Primeira Turma, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 06/10/2009, DJe-200 DIVULG 22-10-2009 PUBLIC 23-10-2009 EMENT VOL-02379-05 PP-01088 RT v. 99, n. 891, 2010, p. 539-541) (grifo nosso)

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. RELAXAMENTO. CRIME HEDIONDO. LIBERDADE PROVISÓRIA. INADMISSIBILIDADE. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL. DELITOS INAFIANÇÁVEIS. ART. 5º, XLIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRESSUPOSTOS DO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DEMONSTRAÇÃO. ORDEM DENEGADA.

I - A vedação à liberdade provisória para o delito de tráfico de drogas advém da própria Constituição, a qual prevê a inafiançabilidade (art. 5º, XLIII).

II - Presentes os requisitos autorizadores da prisão cautelar previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, em especial o da garantia da ordem pública, existindo sólidas evidências da periculosidade do paciente, supostamente envolvido em gravíssimo delito de tráfico de drogas.

III - As condições subjetivas favoráveis do paciente não obstam a segregação cautelar, desde que presentes nos autos elementos concretos a recomendar sua manutenção, como se verifica no caso presente.

IV - Ordem denegada

(HC 98143, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 02/02/2010, DJe-040 DIVULG 04-03-2010 PUBLIC 05-03-2010 EMENT VOL-02392-02 PP-00361 RF v. 106, n. 408, 2010, p. 462-469 LEXSTF v. 32, n. 376, 2010, p. 312-322) (destaque nosso)

EMENTA: HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE POR TRÁFICO DE DROGAS. LIBERDADE PROVISÓRIA: INADMISSIBILIDADE. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIAS SUFICIENTES PARA A MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR. EXCESSO DE PRAZO: AUSÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. A proibição de liberdade provisória, nos casos de crimes hediondos e equiparados, decorre da própria inafiançabilidade imposta pela Constituição da República à legislação ordinária (Constituição da República, art. 5º, inc. XLIII): Precedentes. O art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90 atendeu o comando constitucional, ao considerar inafiançáveis os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos. Inconstitucional seria a legislação ordinária que dispusesse diversamente, tendo como afiançáveis delitos que a Constituição da República determina sejam inafiançáveis. Desnecessidade de se reconhecer a inconstitucionalidade da Lei n. 11.464/07, que, ao retirar a expressão 'e liberdade provisória' do art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90, limitou-se a uma alteração textual: a proibição da liberdade provisória decorre da vedação da fiança, não da expressão suprimida, a qual, segundo a jurisprudência deste Supremo Tribunal, constituía redundância. Mera alteração textual, sem modificação da norma proibitiva de concessão da liberdade

provisória aos crimes hediondos e equiparados, que continua vedada aos presos em flagrante por quaisquer daqueles delitos.

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

3. Irrelevância da existência, ou não, de fundamentação cautelar para a prisão em flagrante por crimes hediondos ou equiparados: Precedentes.

4. Excesso de prazo não caracterizado.

5. Ordem denegada.

(HC 98843, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 13/10/2009, DJe-096 DIVULG 27-05-2010 PUBLIC 28-05-2010 EMENT VOL-02403-03 PP-00990) (destaque nosso)

EMENTA: HABEAS CORPUS. PACIENTE QUE Á ÉPOCA DA SENTENÇA CONDENATÓRIA AINDA ESTAVA PRESO EM FLAGRANTE POR TRÁFICO DE DROGAS. PEDIDO FORMULADO PARA QUE O PACIENTE TENHA O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE: IMPOSSIBILIDADE, UMA VEZ QUE, SENDO VEDADA A CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA AOS PRESOS EM FLAGRANTE POR CRIMES HEDIONDOS OU EQUIPARADOS, O PACIENTE NÃO ESTÁ EM LIBERDADE AO TEMPO DA SENTENÇA PARA POSTULAR O BENEFÍCIO. PRECEDENTES.

1. A proibição de liberdade provisória, nos casos de crimes hediondos e equiparados, decorre da própria inafiançabilidade imposta pela Constituição da República à legislação ordinária (Constituição da República, art. 5º, inc. XLIII): Precedentes. O art. 2º, inc. II, da Lei 8.072/90 atendeu o comando constitucional, ao considerar inafiançáveis os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos. Inconstitucional seria a legislação ordinária que dispusesse diversamente, tendo como afiançáveis delitos que a Constituição da República determina sejam inafiançáveis. Desnecessidade de se reconhecer a inconstitucionalidade da Lei 11.464/07, que, ao retirar a expressão 'e liberdade provisória' do art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90, limitou-se a uma alteração textual: a proibição da liberdade provisória decorre da vedação da fiança, não da expressão suprimida, a qual, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal, constituía redundância. Mera alteração textual, sem modificação da norma proibitiva de concessão da liberdade provisória aos crimes hediondos e equiparados, que continua vedada aos presos em flagrante por quaisquer daqueles delitos.

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

3. Estando o Paciente preso em razão do flagrante por tráfico de drogas à época da sentença condenatória, não pode recorrer em liberdade, uma vez que, em razão da impossibilidade de concessão de liberdade provisória, não está solto à época da prolação da sentença ("Apelação em liberdade prevista no art. 59 da Lei 11.343/2006 pressupõe a cumulação dos pressupostos da primariedade e da inexistência de antecedentes com o fato de ter o réu respondido em liberdade à ação penal, tanto pela inoccorrência de prisão oriunda de flagrante delito quanto pela inexistência de decreto

de prisão preventiva" - HC 94.521-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 1º.8.08).

4. Ordem denegada.

(HC 97915, Relatora: Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 29/09/2009, DJe-237 DIVULG 17-12-2009 PUBLIC 18-12-2009 EMENT VOL-02387-05 PP-00807) (destaque nosso)

Portanto, muito embora a lei 11.464/07 seja posterior à Lei de Drogas, como esta última se trata de legislação específica, a vedação contida em seu art. 44 não fora derogada, pois seria independente de qualquer legislação genérica sobre o tema. Ademais, sustenta-se que a possibilidade de concessão de liberdade provisória deveria ser expressa, e a mera alteração textual com a consequente supressão do termo "liberdade provisória", que dantes constava do art. 2º, II, da Lei 8.072/90, em nada influenciaria na proibição que já vigia, até porque a inafiançabilidade contida no texto constitucional já é fundamento suficiente para se vedar a liberdade provisória a qualquer delito hediondo ou a ele equiparado.

Contudo, apesar de o posicionamento predominante ser o de que a vedação à liberdade provisória aos delitos de tráfico ilícito de entorpecentes é constitucional, tal entendimento constitui absoluto constrangimento ao direito de liberdade de locomoção, aos princípios da presunção de inocência e do devido processo legal, da necessidade de motivação dos atos judiciais e em relação à sucessão de leis no tempo.

Como já fora explicitado, a regra é a de que prevalece o direito à liberdade de ir e vir. Contudo, a própria Constituição Federal criou regras a serem seguidas que permitem a constrição dessa liberdade em determinadas hipóteses, mormente quando existe o trânsito em julgado de determinada. No caso das prisões cautelares, não pode a legislação criar vedação absoluta para tanto, principalmente quando estão em jogo diversos princípios constitucionalmente garantidos, como a presunção de inocência e do devido processo legal.

Além disso, as alegações de que a proibição é constitucional por amoldar-se à vedação da fiança não possuem fundamentação idônea, uma vez que a liberdade provisória pode ser concedida tanto com fiança, quanto sem fiança. Dessa forma, nada mais se tratam do que duas modalidades possíveis de concessão de liberdade provisória, de modo que a supressão constitucional de uma dessas modalidades não constitui impossibilidade de se conceder a benesse de outra forma. Dessa forma, o professor Luís Flávio Gomes elucida ao dizer que:

A inafiançabilidade dos crimes hediondos e equiparados não constitui fundamento suficiente para se negar a liberdade provisória no tráfico de drogas. De outro lado, a mera (e seca) referência a um texto legal (art. 44 da Lei 11.343/2006, por exemplo), para a fundamentação de uma prisão, dá à prisão cautelar o caráter de prisão automática (ex vi legis), que está totalmente vedada no nosso ordenamento jurídico. Não pode jamais subsistir uma prisão que tenha sido decretada com fundamento unicamente no texto legal, como, por exemplo o art. 44 da Lei nº 11.343/2006 ou mesmo o art. 2º, inciso II, da Lei nº 8.072/90, especialmente depois de editada a Lei nº 11.464/2007, que excluiu, da vedação legal de concessão de liberdade provisória, todos os crimes hediondos e os delitos a eles equiparados, como o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins. (Luís Flávio Gomes. Cabe liberdade provisória no tráfico de drogas (Segunda Turma do STF). Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2080710/cabe-liberdade-provisoria-no-trafico-de-drogas-segunda-turma-do-stf>) (grifo nosso)

Ademais, o magistrado necessita analisar, no caso em debate, a efetiva necessidade da constrição cautelar<sup>8</sup>, de modo que a fundamentação que se baseie em mera vedação, sem que se explicitem os motivos para tanto, acarretará a nulidade da prisão. Ausentes os requisitos e pressupostos autorizadores da prisão preventiva não há a necessidade de constrição da medida cautelar. Sobre a necessidade de fundamentação de decisões, veja-se (GRINOVER, 2009, ps. 198-199):

A necessidade de motivação é imperiosa no sistema de livre convencimento. Abandonados os sistemas de prova legal e da íntima convicção do juiz, tem o magistrado liberdade na seleção e valoração dos elementos de prova para proferir a decisão, mas deve, obrigatoriamente, justificar o seu pronunciamento.

[...]

Qualquer resolução contida no provimento jurisdicional exige suficiente motivação do juiz, quer incida sobre questões de fato ou de direito, quer se refira a questões relacionadas com o direito de ação, com a validade do processo ou com o mérito da causa. Não vale a motivação implícita, a não ser excepcionalmente, em casos singulares.

---

<sup>8</sup> Nesse sentido, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal, nos seguintes termos: “Pelo que se verifica da decisão colacionada, está claro que aquele Tribunal ateve-se, tão somente, à vedação prevista no art. 44 da Lei nº 11.343/06 para restabelecer a prisão em flagrante da paciente, impedindo-a de aguardar em liberdade o julgamento de seu recurso de apelação. Com efeito, não indicou elementos concretos e individualizados mínimos, capazes de demonstrar a necessidade da medida constritiva. Com essas considerações, sem prejuízo do reexame posterior da matéria, defiro a liminar a fim de que a paciente seja posta em liberdade, se por al não estiver presa, até o julgamento definitivo da presente impetração”. (HC Nº 107.198/SC, Decisão Monocrática, Supremo Tribunal Federal, Relator: Min. Dias Toffoli, Julgado em 09/02/2011).



[...]

É tão importante a garantia da motivação das decisões que a vigente Constituição Federal afirmou: “todos os julgamentos serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade” (art. 93, IX). Portanto, a falta de motivação traduz nulidade absoluta.

Diante de tudo o que fora exposto, vem entendendo a jurisprudência do Pretório Excelso que é possível a concessão da liberdade provisória aos delitos de tráfico ilícito de entorpecentes. Contudo, tal posicionamento vem se firmando, inclusive, com base em outras decisões que já haviam sido proferidas nas instâncias inferiores, e que, conseqüentemente, carregaram à Corte Suprema a ideia da inconstitucionalidade do dispositivo. Nesse sentido, colha-se a seguinte decisão, proferida em 2008, pouco após as alterações legislativas trazidas pela Lei 11.464/07:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. CRIME HEDIONDO. LIBERDADE PROVISÓRIA.

Embora o entendimento de que, em se tratando de crime hediondo ou a ele equiparado, a manutenção da prisão preventiva não necessita ser fundamentada na ocorrência de um dos requisitos do artigo 312, do CPP, a vedação constitucional deve ser vista com reservas.

Não havendo prova da materialidade ou indícios, mesmo que mínimos, da autoria, não pode o paciente permanecer acautelado, sob pena de se configurar o constrangimento ilegal.

Tudo isso, aliado ao fato de ser o paciente primário, não possuir antecedentes criminais, ser estudante universitário e ter residência fixa no distrito da culpa, mostra-se suficiente para a concessão da liminar.

Concedida a ordem, mantendo-se os efeitos da liminar deferida.

(TJDFT - HC 20080020156580, relator, desembargador Renato Scussel, DJ 3.12.2008, p. 65) (grifo nosso)

Posteriormente, também o Supremo Tribunal Federal passou a entender dessa maneira, seja no mérito e, inclusive, em sede de medida liminar:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. PRISÃO EM FLAGRANTE. GRAVIDADE DO CRIME. REFERÊNCIA HIPOTÉTICA À POSSIBILIDADE DE REITERAÇÃO DE INFRAÇÕES PENAIS. FUNDAMENTOS INIDÔNIOS PARA A CUSTÓDIA CAUTELAR. VEDAÇÃO DA CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA AO PRESO EM FLAGRANTE POR TRÁFICO DE ENTORPECENTES [ART. 44 DA LEI N. 11.343/06]. INCONSTITUCIONALIDADE. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA, DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E

DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. (HC Nº 97.579/MT, Segunda Turma, Supremo Tribunal Federal, Relatora: Min. Ellen Gracie, Julgado em 02/02/2010).<sup>9</sup>

1. [...]

2. [...]

3. A vedação da concessão de liberdade provisória ao preso em flagrante por tráfico de entorpecentes, veiculada pelo artigo 44 da lei n. 11.343/06, consubstancia afronta escancarada aos princípios da presunção da inocência, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana [arts. 1º, III, e 5º, LIV e LVII, da CB/88]. Daí a necessidade de adequação desses princípios à norma veiculada no artigo 5º, inciso XLII, da CB/88.

4. A inafiançabilidade, por si só, não pode e não deve constituir-se em causa impeditiva da liberdade provisória.

5. [...]

6. É inadmissível, ante tais garantias constitucionais, possa alguém ser compelido a cumprir pena sem decisão transitada em julgado, além do mais impossibilitado de usufruir benefícios da execução penal. A inconstitucionalidade do preceito legal me parece inquestionável. Ordem concedida a fim de que a paciente aguarde em liberdade o trânsito em julgado da sentença condenatória. (grifo nosso)

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. LIMINAR QUE CONCEDE A LIBERDADE PROVISÓRIA E POSTERIORMENTE É CASSADA. PRISÃO DETERMINADA NO JULGAMENTO DE MÉRITO DO WRIT IMPETRADO NA CORTE LOCAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO HÁBIL A JUSTIFICAR A SEGREGAÇÃO. VEDAÇÃO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA. I - Não obstante a jurisprudência majoritária desta Corte ser no sentido de que no crime de tráfico de entorpecentes não cabe liberdade provisória, o caso dos autos revela excepcionalidade a justificar tal hipótese.

II - Paciente que teve liberdade provisória concedida em razão de liminar deferida em habeas corpus, sendo a prisão preventiva determinada no julgamento de mérito da impetração, sem qualquer dos fundamentos elencados no art. 312 do CPP.

III - O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que a execução provisória da pena, ausente a justificativa da segregação cautelar, fere o princípio da presunção de inocência. Precedentes. IV - Ordem concedida. (grifo nosso)

(HC Nº 99.717/DF, Primeira Turma, Supremo Tribunal Federal, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Julgado em 09/11/2010).

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONJECTURAS. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. INSUBSISTÊNCIA. PRISÃO EM FLAGRANTE. ÓBICE AO APELO EM LIBERDADE. INCONSTITUCIONALIDADE: NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO DO PRECEITO VEICULADO

---

<sup>9</sup> Em outros julgamentos semelhantes, a ordem de *habeas corpus* também foi concedida, com acórdãos semelhantes e ementas idênticas, nos HCs nº 98966/SC, julgado em 2 de fevereiro de 2010, e 100872/MG, de 9 de março de 2010.

PELO ARTIGO [44](#) DA LEI [11.343/06](#) E DO ARTIGO [5º](#), INCISO [XLII](#) AOS ARTIGOS [1º](#), INCISO [III](#), E [5º](#), INCISOS [LIV](#) E [LVII](#) DA [CONSTITUIÇÃO DO BRASIL](#).

1. Garantia da ordem pública fundada em conjecturas a respeito da gravidade e das consequências do crime. Inidoneidade.

2. Conveniência da instrução criminal tendo em conta o temor das testemunhas. Superveniência de sentença penal condenatória. Fundamento insubsistente.

3. Apelação em liberdade negada sob o fundamento de que o artigo [44](#) da Lei n. [11.343/06](#) veda a liberdade provisória ao preso em flagrante por tráfico de entorpecentes. Entendimento respaldado na inafiançabilidade desse crime, estabelecida no artigo [5º](#), inciso [XLIII](#) da [Constituição](#) do Brasil. Afronta escancarada aos princípios da presunção de inocência, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana.

4. Inexistência de antinomias na [Constituição](#). Necessidade de adequação, a esses princípios, da norma infraconstitucional e da veiculada no artigo [5º](#), inciso [XLIII](#), da [Constituição](#) do Brasil. A regra estabelecida na [Constituição](#), bem assim na legislação infraconstitucional, é a liberdade. A prisão faz exceção a essa regra, de modo que, a admitir-se que o artigo [5º](#), inciso [XLIII](#) estabelece, além das restrições nele contidas, vedação à liberdade provisória, o conflito entre normas estaria instalado.

5. A inafiançabilidade não pode e não deve --- considerados os princípios da presunção de inocência, da dignidade da pessoa humana, da ampla defesa e do devido processo legal --- constituir causa impeditiva da liberdade provisória.

6. Não se nega a acentuada nocividade da conduta do traficante de entorpecentes. Nocividade aferível pelos malefícios provocados no que concerne à saúde pública, exposta a sociedade a danos concretos e a riscos iminentes. Não obstante, a regra consagrada no ordenamento jurídico brasileiro é a liberdade; a prisão, a exceção. A regra cede a ela em situações marcadas pela demonstração cabal da necessidade da segregação ante tempus. Impõe-se porém ao Juiz, nesse caso o dever de explicitar as razões pelas quais alguém deva ser preso cautelarmente, assim permanecendo. Ordem concedida. (HC 101.505-SC, Relator(a): Min. EROS GRAU, Julgamento: 15/12/2009, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: DJe-027 DIVULG 11-02-2010 PUBLIC 12-02-2010 EMENT VOL-02389-03 PP-00597) (destaque nosso)

PRISÃO PROVISÓRIA -PASSAGEM DO TEMPO -HABEAS CORPUS -LIMINAR INDEFERIDA NO REGIONAL FEDERAL - IMPETRAÇÃO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - NEGATIVA DE SEGUIMENTO -APRECIÇÃO DEFINITIVA PELO REGIONAL -LIMINAR DEFERIDA.

[...]

Acontece que, sem culpa formada, o ora paciente está preso desde 18 de julho de 2006, caminhando-se para o implemento de cinco anos. Foi-lhe imposta pena de nove anos e oito meses de reclusão, cabendo a progressão no regime de cumprimento. É sabença geral que não se observa a progressividade quanto à prisão provisória, permanecendo o custodiado em regime fechado. Pouco importa a gravidade do crime. [...] Vê-se que um dano já causado acaba por perpetuar-se sem uma justificativa enquadrável no arcabouço

jurídico. 3. Concedo a medida acauteladora. Expeçam alvará de soltura a ser cumprido com as cautelas próprias, vale dizer, caso o paciente não se encontre sob a custódia do Estado por motivo diverso do relativo à prisão em flagrante verificada em 18 de julho de 2006 [...].

(HC Nº 103.630/SP, Decisão Monocrática, Supremo Tribunal Federal, Relator: Min. Marco Aurélio, Julgado em 06/05/2011).<sup>10</sup>

EMENTA: “HABEAS CORPUS”. DENEGAÇÃO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE FUNDADA NO ART. 59 DA LEI DE DROGAS. CONTEÚDO NORMATIVO DESSA REGRA LEGAL VIRTUALMENTE IDÊNTICO AO DO ART. 594 DO CPP QUE, NÃO OBSTANTE HOJE DERROGADO (LEI Nº 11.719/2008), FOI CONSIDERADO INCOMPATÍVEL, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, COM A VIGENTE CONSTITUIÇÃO (RHC 83.810/RJ, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA). REFORÇO DE ARGUMENTAÇÃO EFETUADO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF. AINDA QUE POSSÍVEL TAL REFORÇO, OS FUNDAMENTOS EM QUE SE APÓIA MOSTRAR-SE-IAM DESTITUÍDOS DE CONSISTÊNCIA EM FACE DA APARENTE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 44 DA LEI DE DROGAS. VEDAÇÃO LEGAL IMPOSTA, EM CARÁTER ABSOLUTO E APRIORÍSTICO, QUE OBSTA, “IN ABSTRACTO”, A CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA NOS CRIMES TIPIFICADOS NO ART. 33, “CAPUT” E § 1º, E NOS ARTS. 34 A 37, TODOS DA LEI DE DROGAS. POSSÍVEL INCONSTITUCIONALIDADE DA REGRA LEGAL VEDATÓRIA (ART. 44). OFENSA AOS POSTULADOS CONSTITUCIONAIS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, DO “DUE PROCESS OF LAW”, DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA PROPORCIONALIDADE. O SIGNIFICADO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE, VISTO SOB A PERSPECTIVA DA “PROIBIÇÃO DO EXCESSO”: FATOR DE CONTENÇÃO E CONFORMAÇÃO DA PRÓPRIA ATIVIDADE NORMATIVA DO ESTADO. PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ADI 3.112/DF (ESTATUTO DO DESARMAMENTO, ART. 21). CARÁTER EXTRAORDINÁRIO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE INDIVIDUAL. NÃO SE

---

<sup>10</sup> Tal decisão teve como fundamento não só a inconstitucionalidade do dispositivo, mas também a verificação de que a mora nos julgamentos podem determinar o prejuízo efetivo ao condenado não-definitivo. Observe-se que somente após o trânsito em julgado de sentença condenatória é que se torna possível a execução do título judicial. Não sendo isso que ocorreu no presente caso, visto que o paciente cumpriu praticamente metade de sua pena aguardando julgamento de mérito definitivo. A provisoriedade de sua custódia, contudo, impediu a concessão de benesses só possíveis durante a execução efetiva da pena, tais como a progressão de regime que, à época da suposta prática delitiva, ainda era de 1/6, posto que somente com o advento da Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007, é que a progressão de regime passou a exigir o cumprimento de 2/5 ou 3/5 da pena a réus primários e reincidentes, respectivamente, desde que se trate de prática de delitos hediondos ou assemelhados. Vê-se, dessa forma, que retirar o poder do juiz de conceder um benefício, ainda que inexistam motivos que sustentem a segregação do indivíduo, acarretam, em diversas situações, prejuízo irreparável. Nesse caso, a execução antecipada da pena cerceou o direito subjetivo do preso de progredir de regime prisional, sem prejuízo, é claro, da análise dos requisitos subjetivos inerentes à concessão da benesse, dentre eles o bom comportamento carcerário. Assim, com 1/6 de pena cumprida com pouco mais de 1 ano e 7 meses de cárcere, já seria possível pleitear o benefício da progressão de regime, no entanto, a contradição e incompatibilidade legislativas mantiveram o paciente encarcerado por tempo muito superior ao que determina a lei aplicável à espécie.

DECRETA NEM SE MANTÉM PRISÃO CAUTELAR, SEM QUE HAJA REAL NECESSIDADE DE SUA EFETIVAÇÃO, SOB PENA DE OFENSA AO “STATUS LIBERTATIS” DAQUELE QUE A SOFRE. PRECEDENTES. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA (HC Nº 103.529/SP, Decisão Monocrática, Supremo Tribunal Federal, Relator: Min. Celso de Mello, Julgado em 23/04/2010)<sup>11</sup>

[...]

É por tal motivo que, em situações como a que ora se registra nesta causa, o Supremo Tribunal Federal tem garantido, ao condenado, até mesmo em sede cautelar, o direito de aguardar em liberdade o julgamento dos recursos interpostos, ainda que destituídos de eficácia suspensiva (HC 85.710/RJ, Rel. Min. CEZAR PELUSO – HC 88.276/RS, Rel. Min. MARCO AURÉLIO - HC 88.460/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – HC 89.952/MG, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, v.g.), valendo referir, por relevante, que ambas as Turmas desta Suprema Corte (HC 85.877/PE, Rel. Min. GILMAR MENDES, e HC 86.328/RS, Rel. Min. EROS GRAU) já asseguraram, inclusive de ofício, a diversos pacientes, o direito de recorrer em liberdade.

É certo, no entanto, que, proferida sentença penal condenatória, nada impede que o Poder Judiciário, a despeito do caráter recorrível desse ato sentencial, decrete, excepcionalmente, a prisão cautelar do réu condenado, desde que existam, contudo, quanto a ela, reais motivos evidenciadores da necessidade de adoção dessa extraordinária medida constritiva de ordem pessoal (RTJ 193/936, Rel. Min. CELSO DE MELLO - HC 71.644/MG, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

[...]

O exame da decisão ora questionada parece revelar que esse ato decisório não se ajustaria ao magistério jurisprudencial prevalecente nesta Suprema Corte, pois – insista-se – a denegação, ao sentenciado, do direito de recorrer (ou de permanecer) em liberdade depende, para legitimar-se, da ocorrência concreta de qualquer das hipóteses referidas no art. 312 do CPP (RTJ 195/603, Rel. Min. GILMAR MENDES – HC 84.434/SP, Rel. Min. GILMAR MENDES – HC 86.164/RO, Rel. Min. AYRES BRITTO, v.g.), a significar, portanto, que, inexistindo fundamento autorizador da privação meramente processual da liberdade do réu, esse ato de constrição reputar-se-á ilegal, porque destituído, em referido contexto, da necessária cautelaridade.

Cabe, por último, algumas considerações acerca da aplicação da lei posterior sobre o disposto no art. 44, da Lei de Drogas. O entendimento que parece ser o mais adequado é o de que em razão da entrada de um dispositivo novo que suprime uma proibição (o art. 2º, II da Lei nº. 8.072/90), a proibição contida na lei anterior (art. 44 da Lei nº. 11.343/2006), embora seja de lei que sirva para tratar especificadamente do assunto, estaria revogada. Ademais, por se tratar de norma

---

<sup>11</sup> Tal medida liminar, diga-se, foi confirmada, no mérito, pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, aos 3 de agosto de 2010.

penal mista posterior mais benéfica, a Lei 11.464/07 retroagiria, sendo uma exceção ao princípio da irretroatividade, conforme dispõe art. 5º, XL da Carta da República e art. 2º, parágrafo único, do Código Penal.

Nesse sentido, veja-se a lição de Franco (2007, p. 484):

A Lei 11464/2007 recolocou a questão da liberdade provisória em trilhos certos. Ao abolir a locução *liberdade provisória* do texto do § 1º do art. 2º<sup>12</sup> da Lei 8.072/90, a Lei 11.464/2007 ajustou-se plenamente ao disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, que, em relação aos crimes hediondos e assemelhados, excluía tão-somente a fiança, sem fazer alusão à liberdade provisória.

Desse modo, a modificação feita no art. 2º, II da Lei nº. 8.072/90 revogou expressamente a vedação à liberdade provisória aos crimes hediondos, a tortura e ao terrorismo. Quanto à revogação ter ocorrido em relação ao delito de tráfico ilícito de drogas, parece inequívoco que as alterações também se estendem a estes crimes, sendo o caso de revogação tácita do art. 44, da Lei de Drogas. Assim, argumenta-se que se fosse admitido somente a revogação feita expressamente, não abarcando também o delito de tráfico de drogas, estar-se-ia diante de uma violação aos princípios da proporcionalidade e isonomia. Isso não seria admissível, demonstrando, portanto, a permissão da concessão do instituto.

## CONCLUSÃO

Diante do exposto, infere-se que não há melhor entendimento do que o favorável à concessão da liberdade provisória aos crimes de tráfico de drogas quando ausentes os motivos ensejadores da prisão preventiva.

Esse posicionamento está mais de acordo com o processo penal garantista e com os preceitos e princípios constitucionais, assim como em relação à legislação internacional da qual o Brasil seja signatário.

---

<sup>12</sup> O autor, salvo melhor juízo, equivocou-se ao citar o referido artigo e parágrafo, que na verdade fazem menção ao início do regime prisional a que está sujeito quem pratica delito hediondo ou equiparado. Na verdade, o dispositivo que deveria ser mencionado é o art. 2º, II, da Lei 8.072/90.

Quando a Constituição estabeleceu o princípio da liberdade, o estado ideal de coisas promovido foi a primazia da liberdade em todas as relações. A proibição da liberdade provisória fere esse princípio, além de não coadunar com o sobreprincípio do Estado Democrático de Direito, uma vez que o preso não se pode permanecer nessa situação com a mera fundamentação de que a legislação proíbe sua liberdade. Ora, a proibição sem qualquer justificativa sem dúvida nenhuma transfigura a prisão em flagrante em uma execução antecipada de pena, que está em total desconformidade com os sistemas constitucional e infraconstitucional brasileiros.

Dessa forma, a interpretação que parece ser a mais correta é a de que há possibilidade de se conceder a liberdade provisória, seja a delitos hediondos e os a eles equiparados. Não se está dizendo, por óbvio, que a liberdade provisória seja de concessão obrigatória, mas é claro que está condicionada a determinadas circunstâncias previamente fixadas pelo legislador ordinário. O que se rebate neste artigo é que seja impossível conceder um benefício unicamente porque a legislação o veda, sem qualquer fundamentação acerca da necessidade de se manter a constrição cautelar.

## **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:**

AMÉRICA. Convenção (1969). **Convenção Interamericana de Direitos Humanos**. Disponível em <http://www2.idh.org.br/casdh.htm>. acessado em 30 de julho de 2011.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Acessado em 30 de julho de 2011.

\_\_\_\_\_, Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Disponível para pesquisas em <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>.

CABETTE, Eduardo [Luiz Santos](#). **Reflexos da nova disciplina da liberdade provisória da Lei nº 11.464/07**. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/9735/reflexos-da-nova-disciplina-da-liberdade-provisoria-da-lei-no-11-464-07>. Acessado em 20 de abril de 2011.

FIGUEIREDO, Ticiano. **Acusados por tráfico têm direito à liberdade provisória**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-jun-16/condenados-trafico-drogas-direito-liberdade-provisoria>. Acessado em 20 de abril de 2011.

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

GOMES, Luiz Flávio. **Cabe liberdade provisória no tráfico de drogas (Segunda Turma do STF)**. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2080710/cabe-liberdade-provisoria-no-trafico-de-drogas-segunda-turma-do-stf>). Acessado em 20 de abril de 2011.

GOMES, Luiz Flávio. DAMÁSIO, Bárbara. **Liberdade provisória e tráfico de drogas**. Disponível em <http://www.lfg.com.br>, 24 junho. 2009. Acessado em 20 de abril de 2011.

GONÇALVES, Daniela Cristina Rios. **Prisão em Flagrante**. São Paulo: Saraiva, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 11ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **O STF, a liberdade provisória e o tráfico de drogas – uma luz ao final do túnel**. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/39025>. Acessado em 20 de abril de 2011.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 33ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 3.