

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA
CURSO DE DIREITO

Associação Educativa Evangélica
BIBLIOTECA

NALIM RODRIGUES RIBEIRO ALMEIDA DA CUNHA

A INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO À
LIBERDADE PROVISÓRIA NOS CRIMES DE TRÁFICO
DE DROGAS

RUBIATABA – GO

2011

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA
CURSO DE DIREITO



NALIM RODRIGUES RIBEIRO ALMEIDA DA CUNHA

A INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO À
LIBERDADE PROVISÓRIA NOS CRIMES DE TRÁFICO
DE DROGAS

Monografia apresentada à FACER – Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito sob a orientação do professor Valtecino Eufrásio Leal, mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento.

35888
5

Tombo nº	18402
Classif.:
Ex.: 1.
.....
.....
.....
Origem:	id
Data:	09-02-12

RUBIATABA – GO

2011

FOLHA DE APROVAÇÃO

NALIM RODRIGUES RIBEIRO ALMEIDA DA CUNHA

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO À
LIBERDADE PROVISÓRIA NOS CRIMES DE TRÁFICO DE
DROGAS**

COMISSÃO JULGADORA

**MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO TÍTULO DE BACHAREL EM
DIREITO PELA FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA**

RESULTADO: _____

Orientador: _____

Valtecino Eufrásio Leal

Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento

1º Examinador: _____

Denise Helena Monteiro de Barros Carollo

Pós-Doutora

2º Examinador: _____

Ana Cristina Gomes Marques de Farias

Especialista em Psicodrama Terapêutico

RUBIATABA, 2011.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho de conclusão a minha família, o meu alicerce de vida.

Ao meu namorado, Hélvio, por todo apoio e compreensão.

Aos professores que foram exemplos de competência e dedicação em todos os anos de curso e de uma forma muito especial, ao meu orientador, Valtecino Eufrásio Leal, pela amizade e pelo incentivo, assim registro aqui minhas homenagens.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus pelo dom da vida e por estar sempre iluminando os meus caminhos.

Aos meus pais Ruy e Odália pelo amor, carinho e dedicação, por acreditarem em minha vitória, não mediram esforços para que eu conseguisse chegar até aqui.

A minha irmã Láina pela demonstração de carinho e apoio.

Ao meu professor e orientador Valtecino Eufrásio Leal, grande mestre, por quem tenho um especial apreço e ao meu namorado Hélvio que me apoiou com todo seu carinho e paciência incentivando-me ao término deste trabalho.

*“A liberdade é mais importante que o
pão”.*

(Nelson Rodrigues)

RESUMO: No presente trabalho se busca analisar a vedação legal à concessão do instituto da liberdade provisória prevista no artigo 44 da Lei n.º 11.343/2006. Lançando mão do método de compilação bibliográfica e da técnica hipotético-dedutiva, sopesam-se argumentos referentes à constitucionalidade da referida vedação, para ao final ensejar, responder se a proibição aplicada irrestritamente sem a análise subjetiva da presença de requisitos inerentes a prisão preventiva fere princípios constitucionais, tratando-se assim de uma vedação inconstitucional.

Palavras-chave: Liberdade provisória, tráfico de drogas, vedação ex lege, inconstitucionalidade.

ABSTRACT: In the present paper seeks to analyze the seal of the Legal Institute of the granting bail under Article 44 of Law No. 11.343/2006. Adopting the method of compiling the technical literature and hypothetical-deductive, weighing up arguments concerning the constitutionality of said seal, to give rise to the final answer whether the ban applied unrestrictedly without the presence of subjective analysis of the requirements of remand hurts constitutional principles , treating it like a seal unconstitutional.

Keywords: Freedom provisional, drug trafficking, sealing ex lege, unconstitutional.

LISTA DE ABREVIATURAS, SIGLAS E SÍMBOLOS

Art. = Artigo

Apud = citado por

CF = Constituição Federal

CPP = Código de Processo Penal

STF = Supremo Tribunal Federal

ST J= Superior Tribunal de Justiça

TJ= Tribunal de Justiça

nº. ou n. = número

p. = página

§ = parágrafo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. ASPECTOS GERAIS DA LIBERDADE PROVISÓRIA.....	14
1.1 Acepções e ângulos da liberdade e sua relação com o direito positivado.....	14
1.2 Conceito de liberdade provisória	19
1.3 Evolução histórica da liberdade provisória.....	21
1.4 Natureza jurídica	24
1.5 Pressupostos.....	25
1.6 Classificação das espécies de liberdade provisória.....	26
1.7 A liberdade provisória e as modificações impostas pela Lei nº 12.403/2011.....	28
2. VEDAÇÕES A LIBERDADE PROVISÓRIA.....	31
2.1 As vedações constitucionais.....	33
2.2 As vedações contidas no Código de Processo Penal	34
2.2.1 Vedações à liberdade provisória com e sem fiança	36
2.3 As vedações contidas na legislação especial.....	38
2.4 As vedações e a aplicação da Lei nº 12.403/2011	42
3. A LIBERDADE PROVISÓRIA NOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS	44
3.1 Aplicabilidade da vedação à concessão da liberdade provisória	47
3.2 Posicionamentos jurisprudenciais	49
4.A DISCUSSÃO SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO À CONCESSÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA	56
4.1 Posicionamentos doutrinários	56
4.2 O entendimento jurisprudencial ante a controvérsia do tema.....	60
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	67
REFERÊNCIAS.....	70

INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisa o Instituto da Liberdade Provisória, mais especificamente as hipóteses em que é prevista a sua vedação. Na investigação se avalia a aplicação da vedação a concessão da liberdade provisória no tocante ao crime de tráfico de drogas com o objetivo de aprender se há inconstitucionalidade nesta vedação. Procura-se através de um estudo sistemático do regime jurídico da liberdade provisória, compreender a questão da constitucionalidade da vedação legal a esse instituto, contida no artigo 44 da Lei nº 11.343/2006, nos casos de crime de tráfico de drogas.

Como objetivo geral ressalta-se a análise acerca da constitucionalidade da vedação a concessão de liberdade provisória ao agente incurso nos crimes de tráfico de drogas. Como objetivos específicos, o presente trabalho científico pretende estudar historicamente o instituto da liberdade provisória e as possibilidades de sua aplicação, examinar as situações em que é prevista a vedação ao instituto no âmbito geral do Processo Penal Brasileiro, em leis esparsas e seus fundamentos legais, bem como compreender a possibilidade da aplicação da liberdade provisória no tocante ao crime de tráfico de drogas, examinando a judicialização do tema, posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais a respeito, e por fim discutir se há incidência de inconstitucionalidade na vedação à liberdade provisória nos crimes de tráfico de drogas.

Aparentemente essa vedação atenta contra o Princípio da Dignidade Humana previsto no artigo 3º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, e assim, partindo de um problema específico, examina-se do ponto de vista acadêmico e judicial, possíveis caminhos jurídicos que impeçam a violação em apreço. Porquanto, um dos objetivos é inferir se o artigo 44 da lei nº 11.343/2006, ao vedar a liberdade provisória nos crimes de tráfico de drogas, negando a possibilidade da concessão do benefício ao agente incurso neste delito, mesmo este possuindo os requisitos gerais inerentes à concessão da liberdade provisória e estando ausentes às hipóteses autorizadas da segregação cautelar, com fundamentação única e restrita na proibição prevista nesta lei especial, estaria violando princípios constitucionais.

A constituição Federal de 1988 garantiu o direito à liberdade provisória em seu artigo 5º, inciso LXV, sendo explícita sobre a vedação da liberdade provisória com fiança no mesmo

artigo 5º, inciso XLIII, disciplinando como inafiançável o crime de tráfico de entorpecentes. No entanto, a Carta Magna ao preceituar no artigo 5º, inciso LXVI que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir liberdade provisória, com ou sem fiança”, restringindo de forma expressa somente a liberdade provisória com fiança no mesmo artigo, inciso XLIII, estaria admitindo a possibilidade da liberdade provisória sem fiança.

Assim a problemática se define diante do questionamento quanto à incidência de inconstitucionalidade na vedação à concessão da liberdade provisória aos agentes incurso nos crimes de tráfico de drogas.

A liberdade provisória, segundo Pacheco (2008, p. 785) é um instituto que visa manter o agente em liberdade, substituindo a prisão em flagrante, desde que presentes determinados pressupostos de concessão e sob determinadas condições de manutenção da liberdade, cujo descumprimento acarreta a revogação da liberdade e a restauração da prisão em flagrante. Desta forma, para Pacheco (2008, p. 785), a liberdade apresenta-se como regra em nosso ordenamento jurídico, sendo a prisão, a exceção. A prisão, por seu caráter de exceção, para ocorrer, exige fundamentação legal e o preenchimento de requisitos os quais demonstrem a sua necessidade. No caso da vedação à liberdade provisória nos crimes de tráfico de drogas, a atual aplicação se dá sem a análise dos requisitos subjetivos concernentes à liberdade provisória da regra geral do ordenamento vigente. Portanto, a segregação encontra fulcro na reprovação social da conduta delitiva e na possibilidade de reiteração da conduta criminosa, caso o indivíduo continue em liberdade. Ou seja, a vedação irrestrita tem por escopo a proteção da sociedade.

No entanto, como lecionam Bizzoto, Rodrigues e Queiroz (2010, p. 162) para a criação de tal proibição, o legislador baseou-se na inafiançabilidade para o crime de tráfico de entorpecentes previsto na Carta Magna a qual veda expressamente a concessão da fiança nesses delitos. A liberdade provisória proibida trata-se daquela independente de fiança, sobre a qual a Constituição Federal de 1988 só versa no tocante à possibilidade, desde que presentes todos os requisitos exigidos no Código de Processo Penal Brasileiro.

O presente trabalho monográfico inicia-se com noções gerais e um apanhado histórico do Instituto da Liberdade Provisória, visualizando o surgimento do instituto nas principais civilizações e nas legislações, mencionando pontualmente os conceitos de liberdade

provisória, a evolução histórica do instituto, sua natureza jurídica, os principais pressupostos, as espécies e as modificações impostas pela Lei nº 12.403/2011. Por conseguinte, no segundo capítulo, analisam-se as hipóteses de vedação presentes em nosso ordenamento jurídico no âmbito geral, as constitucionais, as contidas no Código de Processo Penal, a diferenciação da vedação a concessão do instituto com e sem fiança, as vedações contidas na legislação especial e por fim as modificações ocorridas na aplicação em razão da Lei nº 12.403/2011. No terceiro capítulo se enfrenta a discussão acerca da aplicabilidade da vedação a concessão da liberdade provisória na doutrina pátria, trazendo posicionamentos de diversos autores sobre a questão e para uma efetiva assimilação do tema, em tal capítulo é inserida diversos arestos que abarcam entendimentos do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal. O quarto e último capítulo é destinado à discussão sobre a constitucionalidade da vedação à concessão da liberdade provisória. Dessa maneira são demonstrados entendimentos doutrinários sobre a questão se intentando colaborar a pesquisa com os principais acórdãos da Suprema Corte que tratam da questão, como os proferidos pelos Ministros Eros Grau e Ricardo Lewandowski, e pela Ministra Carmem Lúcia.

Foram utilizados como metodologia no desenvolvimento do presente trabalho, conceitos doutrinários, artigos da Constituição Federal de 1988 e artigos da Lei de Drogas, bem como jurisprudências. Dessa forma, são analisados diversos posicionamentos acerca do tema. Método, segundo Lakatos e Marconi (1991, p. 48), consiste em um “conjunto de atividades sistemáticas e racionais que com maior segurança e economia permite alcançar o objetivo - conhecimentos válidos e verdadeiros -, traçando o caminho a ser seguido e auxiliando as decisões do cientista”. A pesquisa bibliográfica que norteia o presente estudo, conforme dispõe Lakatos e Marconi (1991, p. 48), pode ser vista como “um procedimento formal com método de pensamento reflexivo, requerendo um tratamento científico se consubstanciando em um caminho para que se conheça a realidade ou para descobrir verdades em parciais”. O tipo de monografia utilizada na confecção deste trabalho é a de compilação. Segundo Nunes (2009, p. 32), “o trabalho de compilação consiste na exposição do pensamento dos vários autores que escreveram sobre o tema escolhido”. Para a abordagem do tema exposto é utilizado o método dedutivo, partindo de questões generalizadas até se chegar a conclusões particulares, segundo Lakatos e Marconi (1992, p. 62) “casos particulares são “referidos” a princípios gerais quando aqueles são deduzíveis destes, que se encontram associados a algo, cuja finalidade é assinalar o particular que se encontra em causa”.

As obras descritas na bibliografia e utilizadas como referência para ampliar o conhecimento sobre o tema proposto, foram de suma importância para compreensão do tema, e em função disso, vale destacar alguns doutrinadores que foram citados, como por exemplo, Antônio Scarance Fernandes, Denílson Feitoza Pacheco, Eugênio Pacceli de Oliveira, Fernando Capez; Guilherme de Souza Nucci, José Frederico Marques e Nestor Távora, os quais foram primordiais para o desenvolvimento deste trabalho.

1. ASPECTOS GERAIS DA LIBERDADE PROVISÓRIA

Neste capítulo serão abordados os principais aspectos referentes ao Instituto da Liberdade Provisória. Inicialmente se analisará a liberdade em seu amplo sentido, ou seja, as principais fases de sua evolução nas civilizações e posteriormente, será objeto de apreço a liberdade provisória, sua evolução histórica, natureza jurídica e espécies. Desse modo, se pretende melhor concatenação de idéias em relação aos capítulos seguintes, voltados para o enfoque de previsões legais que vedam a possibilidade do acusado ou réu se ver livre até o final da persecução criminal que poderá cominar na definitiva segregação como punição a uma infração penal.

1.1 Acepções e ângulos da liberdade e sua relação com o direito positivado

A princípio se apresenta importante conceituar o que vem a ser liberdade. Segundo França (1977, p. 384), a liberdade surgiu no Gênesis como um ato de escolha, firmando o nascimento da razão, pois é intrínseca ao homem, faz parte de sua natureza. Por ser ato de escolha é também um ato de vontade racional, não sendo de causalidade natural, física, mas sim um aspecto da vida espiritual provida de vontade imanente à capacidade ordenada ao conhecimento racional.

Assim, para França (1977, p. 384), a liberdade se resume na força consciente do homem com que move a si mesmo em direção aos fins próprios e imanentes da natureza; a liberdade se consubstancia no poder do homem de transformar a lei contida na sua natureza em uma lei que determine a sua conduta.

Para melhor compreensão a respeito do tema e seus reflexos no direito positivado do ponto de reflexão desta pesquisa, soa como oportuno considerar a liberdade nas principais fases de evolução das civilizações.

Iniciando este breve apanhado, vê-se que Filho (2006, p. 56)¹ apresenta interessantes apontamentos acerca da liberdade Grega, ao afirmar que “ na Grécia clássica encontramos um Estado constituído, uma religião oficial e um código de leis universalmente para todos os cidadãos”.

Firmando tais considerações, Filho (2006, p. 56), apresenta com detalhes o sentido de liberdade concernente àqueles povos:

[...] o cidadão ateniense somente se reconhecia como autônomo porque participava e agia, instituindo suas próprias leis, no interior de uma assembleia também constituída de homens livres, visto que a liberdade do cidadão só tinha legitimidade na medida em que esta liberdade era reconhecida por outros livres de modo igual a ele. Esta liberdade do cidadão ateniense estava intrinsecamente relacionada com a ação deste no interior do todo social, pois cada cidadão não possuía, enquanto indivíduo particular, enquanto este ou aquele cidadão, nenhuma liberdade, mas esta liberdade somente se apresentava como tal na medida em que o que cada cidadão almejava era o bem da cidade. [...]

Por conseguinte, sopesando a liberdade na conjuntura romana antiga, Wirszubski apud Antikeira (2009, p. 356)² considera que:

[...] a liberdade de um romano estava condicionada à cidadania, o grau de liberdade desfrutado por um cidadão dependia da estrutura política do Estado romano por inteiro. Em Roma, a liberdade do cidadão e liberdade interna do Estado é, de fato, apenas diferentes aspectos da mesma ideia [...]

Realizando um estudo a respeito da liberdade do homem na era medieval, Oliveira (2009, p. 7)³, assegura que naquela perspectiva, a liberdade era tida como o poder de viver na

¹FILHO, Antonio Vieira da Silva. Dissertação: O Estado Universal do Mundo: a autonomia "poética" do herói e a vida prosaica no Estado na Estética de Hegel., disponível USP:< www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/. > Acesso em 10 /05/2011, às 10:30hrs.

²ANTIQUEIRA, Moisés. Tito Lívio e a lógica dos corpos: Ou por que assassinar Lúcio Sício e sacrificar Virgínia. São Paulo, n. 161, dez. 2009. Disponível em <<http://www.revistasusp.sibi.usp.br/scielo.>>. Acesso em 10 /05/2011, às 10:00 hrs.

³OLIVEIRA, Terezinha. Universidade, liberdade e política na comuna medieval: um estudo de cartas oficiais. História, Franca, v.28, n.2, 2009. Disponível em <<http://www.scielo.br/scielo.>>, acesso às 11/05/2011, às 09:00 hrs.

comuna de acordo com os próprios interesses, preocupando-se, os indivíduos, somente em respeitar as leis gerais do reino.

Guizot apud Oliveira (2009, p. 5) teceu um comparativo, analisando o sentido de liberdade na Idade Média, para os burgueses do século XII (habitantes do burgo) e para os burgueses do século XVIII (classe social), asseverando a mudança ocorrida na visão de liberdade na era medieval com o passar do tempo:

[...] no século XII, quando os burgueses se aliavam para combater seus senhores, a conquistada liberdade significava a conquista de direitos e mesmo a emancipação em relação ao poder dos seus senhores. Para o historiador, os burgueses de então não pretendiam abolir o governo feudal, nem questionavam a existência de privilégios. Buscavam apenas viver em paz e dirigirem os negócios da cidade. Exatamente por isso as cidades eram cercadas com muralhas e a vida, por conseguinte, a liberdade, estava restrita

Ao interior de seus muros. Prosseguindo sua análise, o autor observou que o sentido da palavra liberdade, no século XVIII, nada mais tinha a ver com aquele do século XII. Para os burgueses dos setecentos, às vésperas da Revolução, a liberdade somente seria conquistada se a nobreza e o clero deixassem de ocupar o governo da nação já que as atividades mais importantes da nação eram realizadas pelos burgueses. Almejavam a abolição dos privilégios, tornando todos os homens iguais. Decorridos seis séculos, liberdade não se restringia mais à conquista da emancipação das comunas, mas dizia respeito ao comando do governo do país. Os burgueses do século XVIII, ainda que fossem descendentes diretos dos habitantes dos burgos do século XII, não aceitavam mais o poder político da nobreza e do clero. Em função disso a liberdade era concebida de outra maneira. [...]

Nessa perspectiva, Oliveira (2009, p. 8) enfatiza que “não existiu na Idade Média um conceito de liberdade geral, que não fosse restrito a determinados condicionantes sociais, foram às relações sociais que deram a este conceito suas especificidades e natureza”.

Finalizando esse epítome histórico-social a respeito da liberdade, Matos (2009, p. 125/126) ⁴ também trata do tema na era do contratualismo, período que corresponde ao século XVIII, onde “os pactos representavam acordos de livre vontade de cada homem”. Seguindo a visão de Hobbes, referido autor evidencia o momento em que o homem abre mão da liberdade natural, em favor de um bem comum, fornecendo ao Estado o poder de limitação de sua liberdade:

⁴MATOS, Delmo. Níveis e articulações do argumento contratualista de Hobbes. Cadernos de Ética e Filosofia Política n.15, São Paulo, 2/2009, pp. 123-149. Disponível em <<http://www.fflch.usp.br/df/cefp/Cefp15/mattos.pdf>> acesso em 14/05/2011, às 11:00hrs.

[...] Os contratos são instrumentos ou dispositivos artificiais que se baseiam na transferência ou renúncia mútua de direitos, ou seja, da liberdade natural pertencente aos homens. Esta renúncia ou transferência desemboca numa limitação da liberdade que, por sua vez, é consequência direta da expressão da vontade de cada um para realizar interesses que demonstram acima de tudo a preservação da vida e a sua manutenção confortável e digna [...] é possível vislumbrar que a possibilidade do contrato em Hobbes reside, sobretudo, no consentimento ou na vontade de cada homem se unir resultando como requisito final para a segurança daqueles que estabelecem tal união a necessidade de um poder comum ou absoluto, por meio do qual “cada homem possa conservar a paz entre si mesmos e unir suas forças quando necessário contra um inimigo comum [...]

Importante frisar, acerca da liberdade no contratualismo, que Rousseau (1989, p. 35), delineou a modificação do sentido de liberdade ocorrida naquele período, onde o homem abria mão de sua liberdade natural e se submetia ao Estado em nome de uma liberdade coletiva:

A alienação total de cada associado com todos os seus direitos a favor de toda a comunidade, porque primeiramente, entregando-se cada qual por inteiro, a condição é igual para todo nenhum tem interesse em fazê-la onerosa aos outros. [...] Cada um de nós põe sua pessoa e poder sobre uma suprema direção da vontade geral, e recebe ainda cada membro como parte indivisível do todo.

Neste passo, Rousseau (1989, p. 39) tem no pacto social, o marco que evidencia a transição da liberdade natural para a liberdade civil. Assim, diz “a liberdade moral que faz o homem dono de si próprio, porque o impulso dos apetites é a escravidão e a obediência à lei que cada um de nós se prescreve constitui liberdade”.

Complementa este sucinto apanhado o posicionamento de Saldanha apud França (1977, p. 356), reafimando a influência da ideologia de liberdade na história, tendo se estabelecido para esta ideologia uma posição singular e constante no pensamento humano:

[...] A liberdade tem sido entendida em termos religiosos, metafísicos, psicológicos, sociais. Discutiu-se exaustivamente, nos séculos XVII e XVIII, sobretudo, a relação da liberdade (“livre arbítrio”) com o determinismo.

Tem-se tomado a liberdade como inerente ao homem; como razão e finalidade da história; como conteúdo fundamental da vida social. O liberalismo ocidental moderno, conduzido e vivido pela burguesia, colocou com um valor básico a liberdade. A liberdade individual seria algo irrecusável e a partir dela – por via do consenso e da lei – se edificariam o progresso social, a justiça política, o equilíbrio das instituições.

Mas as crises sociais e os socialismos emergentes, denunciando a insuficiência das liberdades formais postas pelo liberalismo e pelos ordenamentos liberais, reformularam o problema, demandando a discussão dos aspectos sociais e econômicos da liberdade – como, de resto, todos os problemas humanos passaram a ser discutidos sob esses aspectos, desde a revolução industrial.[...]

Por fim, vale ressaltar a relação que Saldanha apud França (1977, p. 356) traçou entre a liberdade e o direito:

[...] O problema das relações entre a liberdade e o direito podem ser colocado das seguintes formas: a) relações entre a liberdade, como fenômeno social genérico, e a ordem jurídica; b) posição da liberdade no direito, ou seja, como se situa (em que grau e sob que formas) o valor da liberdade dentro da ordem jurídica; e c) a liberdade como um direito. Este último aspecto põe a liberdade como um “direito subjetivo”, fundado ou não sobre um plano extrapositivo conforme a orientação doutrinária, ideológica, metodológica.

De qualquer modo, porém, configurando ou não a liberdade-direito como vinculada a um plano extrapositivo (e, portanto, a um “direito natural), é preciso que se estabeleça um estatuto jurídico positivo para a liberdade. Tomada como um aspecto ou um capítulo dos chamados direitos humanos, a liberdade passa geralmente a ser tratada no plural, o que aliás ocorreu desde o tempo de Locke. O problema é, então, o de regulamentar as liberdades, que se compreendem (v. Liberdades Públicas) no sentido de projeções ou versões de uma liberdade central e essencial existente presumivelmente no ente humano, por si mesmo, e efetivamente no ordenamento positivo, especialmente no direito constitucional positivo. [...]

A partir dessa reflexão, podemos dizer que a liberdade segundo França (1977, p. 385), é intrínseca ao ser humano e em razão disso, torna-se evidente à necessidade de sua inclusão na perspectiva jurídica, mais especificamente, de uma positivação visando à colocação da liberdade em seus diversos aspectos, como uma garantia fundamental.

1.2 Conceito de liberdade provisória

À priori veja se a tese apresentada por Costa (1989, p. 1) sobre o direito à liberdade, pois segundo este autor, independente da visão ser jurídica, política, sociológica ou filosófica é “impossível conceber-se a noção de liberdade em extensão absoluta”, enfatiza a situação na atual esfera dos Estados democráticos, em que nenhum direito individual poderia ser absoluto.

Prosseguindo sua análise, Costa (1989, p. 2) reafirma o direito à liberdade como um direito relativo, vez que sendo instituto jurídico-político deve curvar-se ante as limitações da lei e do direito, às quais têm por objetivo adequar aos interesses individuais, aos fins da coletividade em geral, sem que isso reflita no cerceamento das potencialidades individuais:

[...] No Estado de Direito, as restrições que mais afrontam a liberdade do cidadão são aquelas que promanam do Direito Penal. Daí porque esse ramo do Direito tem natureza predominantemente excepcional, inadmitindo, por conseguinte, que as suas regras restritivas do patrimônio e da liberdade sejam ampliadas ao talante dos seus intérpretes e aplicadores. Ademais se ressalte que o Direito Penal, em matéria de prova, é o mais exigente esgalhamento do nosso *jus positium*, razão porque, em escala de princípio é inconcebível possa sofrer qualquer ataque na sua liberdade ambulatorial (ir e vir), sem que antes tenha sido o fato devidamente apurado, processado e julgado.[...] Como não poderia deixar de ser, a menos que se pretenda retornar ao sistema primitivo da justiça privada, o Estado – como único detentor da soberania nacional – exerce o monopólio do *jus puniendi* (direito de punir o criminoso) e do *jus persecutionis* (direito de agir para realizar o direito de punir), mas, antes disso, deverá acatar a garantia constitucional do devido processo legal (*due 19processo f Law*), que orienta no sentido de que nenhuma reprimenda penal, por mais branda que seja, poderá ser infligida ao cidadão antes de ser correspondente infração penal exaustivamente apurada e julgada em processo regular que assegure ao acusado o mais amplo direito de defesa. [...]

Assim, Costa (1989, p. 2) conclui que “por força do princípio, a prisão de qualquer cidadão, como conseqüência da prática da infração penal só poderá ser imposta com a superveniência da sentença penal condenatória transitada em julgado”, enfatizando a exceção das situações em que as razões de ordem pública levem à necessidade de interferência do Estado na liberdade do indivíduo, impondo a prisão preventiva, ou determinando uma liberdade limitada, como ocorre no caso da liberdade provisória que se conceitua a seguir.

Sobre a liberdade provisória, Capez (2010, p. 330) a define como um “instituto processual que garante ao acusado o direito de aguardar em liberdade o transcorrer do processo até o trânsito em julgado, vinculando ou não a certas obrigações, podendo ser revogado a qualquer tempo, diante do descumprimento das condições impostas”.

Noutra importante análise, Fernandes (2010, p. 296) ensina que “a liberdade provisória em suma, traz a ideia de uma liberdade com sujeição do acusado a deveres, de maior ou menor intensidade, os quais se não observados, podem levar ao cessar da liberdade com a ocorrência da prisão”.

Complementa os pensamentos acima, as idéias de Pacheco (2008, p. 784), traçando a liberdade provisória como um instituto processual que “visa à substituição da prisão em flagrante, desde que presentes determinados pressupostos de concessão e sob determinadas condições a manutenção da liberdade, as quais o descumprimento ocasiona a revogação da liberdade concedida”.

Para Manzine apud Tucci (2010, p. 261), “a liberdade provisória é um sucedâneo da prisão provisória, que consiste em uma situação de liberdade delimitada pelos desígnios do processo penal”.

Dessa perspectiva, Tucci (2010, p. 261) salienta que tal instituto trata-se de uma “medida preventiva de natureza igualmente cautelar (e denominada equivocadamente de contracautelar), concedida pela legislação processual penal ao suposto ou indigitado agente de atuação ou omissão tida como infringente de preceituação do direito material”

Marques (2003, p. 127) firma os ensinamentos supra delineados lecionando que o “Código de Processo Penal disciplina como liberdade provisória medida de caráter cautelar em prol da liberdade pessoal do réu ou do indiciado, no curso do procedimento”. Leciona que esse instituto visa assegurar a liberdade pessoal do indiciado ou réu, tanto na fase investigativa ou de instrução, mediante restrições impostas aos que ela é concedida.

1.3 Evolução histórica da liberdade provisória

É possível compreender, com base nas lições de França (1977, p. 405) que a prática da instituição da liberdade provisória é milenar:

[...] Demóstenes no discurso contra Timócrates, narrou o juramento dos heliastas: nenhum ateniense podia ser preso antes de condenado, se três cidadãos do seu senso assumissem a responsabilidade pelo seu comparecimento em juízo. Os atenienses davam tanta importância à liberdade provisória que todo o juiz, ao tomar posse do cargo era obrigado a prestar um juramento de que cumpriria a lei garantindo a liberdade, salvo nas exceções de conspiração contra a liberdade e peculato.

Também na antiga Roma o mesmo respeito era observado. Tito Lívio narra que certo Quintios cometera um delito de morte revestido de crueldade. Um tribuno moveu uma acusação capital contra o assassino que passeava pelas ruas de Roma, quando o povo foi concitado para prendê-lo. Mas no ajuntamento popular surgiu o pai de Quintios clamando que o cidadão romano não poderia ser detido antes de comprovada a sua culpa. O povo decidiu-se a favor do acusado e os juízes lhe concederam a liberdade provisória sob garantia de fiadores e caução pecuniária a ser mais tarde fixada pelo senado. Cícero fez o elogio de um dos decênviros por ter respeitado a regra cautelar. Em outras situações, os magistrados ora davam aos lictores ordem de prender o acusado se não dessa caução (*nivades daret*), ora, após uma rebelião, mandavam encarcerar todos os que não pudessem indicar fiadores (*Vades poscere coeperunt. Non dantes in arcerem conjiciebant*). Sallustio refere que os cúmplices de Catilina foram deixados livres sob a guarda de fiadores (*in liberis custodis*). [...]

França (1977, p. 405) narra ainda que entre os visigodos e os bárbaros, já existia a figura da liberdade provisória. A palavra “fiéis carcereiros” indicava a guarda do acusado, enquanto se esperava o exame de corpo de delito e a aplicação da pena.

Para Tourinho Filho (1999, p. 434) foi a partir do Direito Romano Antigo, que se começou a perceber indícios do surgimento do instituto da liberdade provisória, mas, tal instituto somente teria ganhado contornos definidos a partir da lei das doze tábuas, quando passou a ser um direito do acusado e não mais uma faculdade do estado.

Tourinho Filho (1999, p.435) traceja o surgimento e aplicação da liberdade provisória, nestes termos:

[...] A instituição da liberdade provisória, sucedâneo da prisão provisória não é, como se podia supor, uma criação dos legisladores modernos. Os antigos romanos a conheceram. Entretanto foi a partir da Lei das Doze Tábuas que adquiriu contornos definitivos, transmudando-se em direito do imputado. Pouco importava a gravidade da infração. Concedia-se a liberdade provisória, desde que se observassem as seguintes condições: 1.a) prestação de uma fiança; 2.º) que o crime não fosse contra a segurança do Estado. Mesmo quando o imputado era pobre, sem condições de prestar fiança, a Lei das Doze Tábuas se conformava com a simples caução fidejussória (compromisso pessoal de um cidadão, ainda que fosse pobre). [...]

Vale ressaltar que Tourinho filho (1999, p. 435) aborda a evolução histórica do instituto, elucidando as modificações sofridas na aplicação da liberdade provisória ao longo da história, as quais lhe propiciaram a forma que hoje conhecemos:

[...] Se, prestada a fiança, o imputado deixasse de comparecer, quando chamado, sem apresentar escusas razoáveis, era detido, retornando ao cárcere. Se, porventura, nesse caso, ou quando condenado definitivamente, não fosse encontrado, seus bens eram confiscados e se lhe aplicava a interdição da água e do fogo (aqua et igni interdicere) - "ato administrativo que consistia em negar a um indivíduo o direito de permanecer dentro do território romano". Mesmo nos crimes contra a segurança do Estado, permitia-se ao imputado o direito de abandonar livremente a cidade. Tal modalidade de liberdade provisória poderia parecer esdrúxula. Não o era, entretanto. O exílio, àquela época, era a mais cruel das penas. O solo pátrio, diz Fustel de Coulanges, era verdadeiramente sagrado para o homem, porque habitado pelos seus deuses. O que o homem possuía de mais caro se confundia com a própria pátria. Abandoná-la significava a morte. Por essas razões e que se permitia a fuga..

.Outra razão que justificava aquela concessão de liberdade provisória repousava na circunstância de que os romanos entendiam que não se devia deixar encarcerado, provisoriamente, o imputado, enquanto o acusador permanecia com ampla liberdade de ação, implicando tal circunstância uma quebra da igualdade que devia existir entre acusação e defesa.

No Império, "cuando el principio de la libertad individual fue menos respetado, cuando las creencias religiosas se eclipsaron, cuando la Idea de la patria se volvió menos poderosa y la del exilio menos odiosa" e justamente quando o processo inquisitivo substituiu o acusatório, houve maior restrição à concessão da liberdade provisória. A medida ficava à discricção do Magistrado, e este levava em conta a gravidade da acusação e, até mesmo, a personalidade do imputado. Na hipótese de concessão do "favor", se houvesse quebra do compromisso de se apresentar, quando chamado, o fiador era condenado à multa... Na Grécia, salvante as hipóteses de peculato e

conspiração contra a pátria e a ordem política, o acusado ficava em liberdade, mediante caução ou fiança de três cidadãos, responsáveis pelo seu comparecimento em juízo [...]

Em contrapartida, França (1977, p. 405) afirma que desde o início da Monarquia Portuguesa, a liberdade provisória adentrou nos costumes forenses. Cita que D. Diniz legislava em 1356 e D. Pedro I em 1360, sobre o seguro, a homenagem, a fiança e os fiéis carcereiros.

Quanto ao aparecimento do instituto no ordenamento brasileiro, Tourinho Filho (1999, p. 435) afirma que a liberdade provisória tratava-se inicialmente de uma caução de bens, às vezes, sob compromisso de terceiros, os chamados "fiéis carcereiros", às vezes, como privilégio, como "homenagem" (quando o cidadão conseguia "livrar-se solto" sob palavra), e, finalmente, por meio das chamadas cartas de seguro.

Leciona Oliveira (2008, p. 453) confirmando o ensinamento acima, que a liberdade provisória já era vislumbrada dentro do ordenamento pátrio desde antes da legislação imperial, ao tempo das ordenações do reino, mais especificamente as Filipinas, do século XIV, quando nosso ordenamento processual implementou a prisão antes do trânsito em julgado, embasada no risco da não apresentação do acusado para julgamento.

Ainda segundo Oliveira (2008, p. 453), a liberdade provisória, no contexto da época, era tida como uma exceção à prisão, não como um direito do preso, mas como faculdade do Estado. Destacando que as cartas de seguro, a homenagem, os fiéis carcereiros e a fiança constituíam o instituto da liberdade provisória, com natureza de garantia pessoal (fidejussória), como meio de ter garantida a apresentação do preso no dia do julgamento.

Coadunam-se com essas reflexões, as assertivas de França (1977, p. 405), quando ressalta que, “a Constituição Imperial Brasileira, estabelecia em seu artigo 179, § 9º, que ninguém seria levado a prisão ou nela permanecer caso prestasse fiança nos casos previstos na lei.” Assim, o acusado poderia ser posto em liberdade, independentemente de fiança nos crimes que não fossem apenados com pena superior a seis meses de prisão ou desterro.

Por conseguinte, afirma França (1977, p. 405) que o Código Penal Criminal de 1932, em seu artigo 113⁵, extirpou do ordenamento de maneira expressa as cartas de seguro e qualquer outro modo diferente da fiança, para a concessão de liberdade aos réus.

1.4 Natureza jurídica

Acerca dessa questão, Marques (2003, p. 131) trata a natureza jurídica do instituto por dois prismas, o primeiro a vislumbra como cautela que visa a substituição da segregação cautelar, portanto, “caracterizando-se como um sub-rogado processual do cárcere sob custódia”, o segundo aborda o instituto como uma contracautela, o qual visa assegurar a liberdade pessoal do indivíduo, liberdade que é garantida na Carta Magna como uma garantia individual e como um “direito público subjetivo do cidadão”.

Importante ressaltar que para Pacheco (2008, p. 785), a liberdade provisória não se trata propriamente de liberdade no sentido literal da palavra, liberdade, esta, que qualquer indivíduo tem como direito garantido dentro do ordenamento jurídico pátrio, mas, sim de medidas cautelares infligidas a pessoas. Desse modo, tanto a prisão provisória quanto a liberdade provisória são medidas cautelares pessoais. O que difere, em suma é o grau da limitação à liberdade.

Dessa perspectiva, Pacheco (2008, p. 787) conclui sua linha de pensamento afirmando que “a denominação liberdade provisória, que foi dada a esse conjunto de medidas cautelares, acarreta a ilusão de que se trata realmente de liberdade, bem como dificulta perceber-se que sua natureza jurídica é de medida cautelar pessoal”.

Contudo, ressalta Fernandes (2010, p. 299) que a liberdade provisória em suma, é uma medida cautelar, “tem caráter cautelar, semelhante, em sua essência, ao das demais medidas cautelares relativas à prisão e à liberdade”.

Assim sendo, a liberdade provisória, apesar de ser um instituto que possibilita a liberdade ao acusado, afigurando-se assim como uma contracautela, tem precipuamente

⁵Art. 113. Ficam abolidas as cartas de seguro, e qualquer outro meio, que não seja o da fiança, para que algum réu [sic] se livre solto. (OLIVEIRA, 2000, P. 63)

essência substitutiva, maculando-se em uma tutela acautelatória, característica que prevalece sobre a de contracautela.

1.5 Pressupostos

A liberdade provisória segundo Marques (2003, p. 135), tem como pressuposto principal o “estado coercitivo de direito em relação ao réu ou indiciado; coerção *in acto* ou coerção simplesmente potencial. Não ficará detido o réu ou indiciado que tiver direito à liberdade provisória, como também não será levado se puder ser concedida fiança a seu favor.”

Deste pressuposto principal, conforme Marques (2003, p. 135) surgem outros três pressupostos específicos: prisão em flagrante; sentença condenatória, nos casos em que o réu almeja interpor recurso, nos casos que não se enquadram no disposto no art. 321, nº I e II, do CPP⁶; e a pronúncia do réu.

Marques (2003, p. 136) assevera, ainda que:

[...] esses pressupostos, em que se desdobra o pressuposto genérico do estado coercitivo, são necessários, mas não suficientes, para que se conceda a liberdade provisória. É que, além deles, outros são exigidos para que o réu possa defender-se solto enquanto não se encerra a fase de conhecimento do processo condenatório. Formas dos diversos casos em se apresenta o estado coercitivo, que é substituído pela liberdade provisória, esses pressupostos, constituem, apenas, o elemento básico e fundamental para a admissibilidade da citada providência cautelar.[...]

Assim, ressaltamos que para Marques (2003, p. 136), para se falar em liberdade provisória, faz necessário a existência do pressuposto principal e de um dos pressupostos específicos.

⁶Código de Processo Penal.

1.6 Classificação das espécies de liberdade provisória

Segundo Oliveira (2008, p. 455), as duas principais espécies concernentes ao instituto da liberdade provisória se subdividem em liberdade provisória com fiança e sem fiança.

Contudo, para Pacheco (2008, p. 786), a liberdade processual se subdivide em quatro grupos: a liberdade sem fiança e sem vinculação; a liberdade provisória sem fiança e sem vinculação; a liberdade provisória com fiança e com vinculação; a liberdade provisória vedada ou proibida.

Pacheco (2008, p.787), ordena as espécies de liberdade provisória conforme sua vinculação. A princípio, trata dos casos de liberdade sem fiança, sem vinculação ou com vinculação mínima:

[...] a) Liberdade provisória do artigo 321 do Código de Processo Penal, em que o acusado (também o suspeito) “se livra solto”. É liberdade sem fiança e sem vinculação. A rigor, não é liberdade provisória, mas liberdade plena, definitiva;

b) Liberdade provisória do artigo 69, parágrafo único, 1ª parte, da lei nº 9.099/1995 (juizados especiais criminais). É liberdade sem fiança e com mínima vinculação (a prisão em flagrante não é mantida, desde que o acusado seja encaminhado imediatamente ao juizado ou assuma o compromisso de a ele comparecer);[...]

Por conseguinte, Pacheco (2008, p. 787) discorre sobre os casos em que há a concessão da liberdade provisória sem fiança, mas com a incidência de vinculação:

[...] c) Liberdade provisória do art. 310, *caput*, do Código de Processo Penal. É liberdade sem fiança e com a vinculação, mediante termo, de comparecimento do acusado a todos os atos do processo. É mais vantajosa que o parágrafo único do mesmo artigo, pois a prisão em flagrante não é mantida, desde o início, por se reconhecer que o acusado praticou a conduta típico-penal protegido por uma causa de exclusão de ilicitude;

d) Liberdade provisória do artigo 310 parágrafo único, do Código de Processo penal. É liberdade sem fiança e com a vinculação, mediante termo, de comparecimento do acusado a todos os atos do processo. Não é tão

vantajoso quanto o *caput* do mesmo artigo, pois aqui a prisão em flagrante não é mantida por não estarem presentes os requisitos da prisão preventiva;

e) Liberdade provisória do artigo 350 do CPP. É liberdade sem fiança (o crime é afiançável mas o acusado é legalmente pobre), porém com muita vinculação (arts. 327, 328 e 350, *fine*): 1) comparecer perante a autoridade todas às vezes que for intimado para atos do inquérito e da instrução criminal e para o julgamento (note que tem também os atos do inquérito); 2) o acusado afiançado, não poderá sob pena de quebramento da fiança, mudar de residência, sem prévia permissão da autoridade processante; 3) o acusado afiançado não poderá ausentar-se por mais de 8 (oito) dias de sua residência, sem comunicar àquela autoridade o lugar onde será encontrado; 4) se praticar outra infração penal, a fiança também será revogada (art. 350, *fine*, Código de Processo Penal);[...]

Importante ressaltar que Pacheco (2008, p. 787), dando sequência à classificação, exemplifica os casos em que a concessão do instituto se dá mediante o pagamento de fiança:

[...] f) liberdade provisória com fiança (arts. 322 et. seq. do Código de Processo Penal). É liberdade com fiança (depósito de dinheiro, ou bens ou hipoteca) e com muita vinculação (as mesmas referidas acima, como se depreende dos arts. 327, 328 e 324, I, CPP. Note que o artigo. 324, I, faz referencia às obrigações do art. 350 do CPP, incluindo, portanto, a prática de outra infração penal como causa de revogação). O que temos a mais aqui é o recolhimento da fiança. [...]

Temos mais duas hipóteses na ordenação da vinculação. Se considerarmos como liberdades provisórias aquelas decorrentes da primariedade e dos bons antecedentes do réu, nas hipóteses de sentença penal condenatória recorrível (art. 594, CPP) e de sentença de pronúncia (art. 408, §2º, CPP), temos dois casos em que estas são sem fiança e sem vinculação. Estes dois casos ocorrem somente na fase processual, após as referidas sentenças, enquanto os outros citados acima podem ocorrer desde a prática do fato até o transito em julgado da sentença final. [...].

Coaduna-se com essas reflexões, a introspecção de Fernandes (2010, p. 298), que classifica as medidas cautelares substitutivas, no caso o instituto da liberdade provisória, em quatro espécies e situações especiais:

[...] liberdade provisória sem vínculos (art. 321, CPP); liberdade provisória com vínculo de comparecimento aos atos do processo e sem fiança (art. 310 e parágrafo único do CPP); liberdade provisória sem fiança e com vínculo de comparecimento a todos os atos do inquérito e do processo (art. 327) e de não mudança de residência, a não ser com a autorização da autoridade processante, ou de ausência por mais de 8 (oito) dias da residência, sem comunicação do local em que poderá ser encontrado (art. 328, CPP). Nos

últimos degraus estão os casos em que se mantém a prisão provisória porque presentes os requisitos da preventiva: o réu pode ficar detido em seu domicílio (art. 1º da Lei 5.256, de 06.04.1967), em quartéis ou locais especiais (art. 295, *caput*, do CPP e Leis 2.860m de 31.08.1956, 5.606, de 09.09.1970, e 7.172, de 14.12. 1983), em sala especial do Estado-Maior (art. 7º, V, da Lei 8.906, de 04.07.1994), ou, finalmente, em cadeia pública ou presídios, separado dos presos definitivos, em cela distinta, podendo consistir em alojamento coletivo (art. 295, §§ 1º a 5º, do CPP, acrescentados pela Lei 10.258, de 11.07.2001).[...].

Todavia, Capez (2010, p. 330/331) classifica a liberdade provisória em três espécies: obrigatória, permitida e vedada. Na primeira espécie, obrigatória enquadram-se os casos das infrações penais em que o réu se livra solto, ou quando o autor do fato, surpreendido em flagrante, assume o compromisso de comparecer à sede do juizado⁷. Tratando-se da liberdade provisória permitida, em suma, esta ocorre quando não couber a prisão preventiva, ao teor do art. 312 do Código de Processo Penal. No que concerne a terceira espécie, em que a liberdade provisória é vedada, trata-se dos casos em que a concessão do instituto é expressamente proibida por lei.

1.7 A liberdade provisória e as modificações impostas pela Lei nº 12.403/2011

Com a inserção das alterações impostas pela entrada em vigor da “Nova Lei de Prisões e Medidas Cautelares” a Lei nº 12.403/2011 no Código de Processo Penal, a possibilidade de concessão da liberdade provisória passou a ser analisada independentemente de qualquer requerimento.

O art. 310 do CPP⁸, com a nova redação, disciplina que “ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados

⁷ Possibilidade prevista no artigo 69, parágrafo único, da Lei 9.099/95.

⁸ Código de Processo Penal.

os critérios constantes do art. 282 deste Código”. Assim, a análise pertinente à aplicação da liberdade provisória agora é feita de ofício pelo Magistrado.

Neste sentido ressalte-se que o autor Oliveira (2011, p. 6), em suas lições afirma que:

A expressão liberdade provisória somente foi mantida em razão de seu inadequado manejo no texto constitucional, conforme se vê no art. 5º, inciso LXVI, a dizer que ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança. Eis, então, a primeira crítica às novas regras: não é porque o constituinte de 1988, desavisado e desatualizado com a legislação processual penal de sua época, tenha se referido à liberdade provisória, com e sem fiança, que a nossa história deve permanecer atrelada a este equívoco. O que é provisório é sempre a prisão, assim como todas as demais medidas cautelares, que sempre implicarão restrições a direitos subjetivos. A liberdade é a regra; mesmo após a condenação passada em julgado, a prisão eventualmente aplicada não será perpétua, isto é, será sempre provisória. Por isso, pensamos que se deveria varrer do mapa essa expressão, limitando a lei a explicitar as medidas cautelares e as modalidades de prisão. Todas elas provisórias.

Nesta perspectiva, a liberdade provisória, para o referido autor, é expressão inadequada ao sistema processual penal vigente, tendo em vista que a liberdade será sempre a regra e a prisão a exceção, mesmo nos casos de condenação transitada em julgado, pois inexistente a possibilidade de prisão perpétua no ordenamento pátrio.

Oliveira (2011, p. 6), esclarece em suas lições acerca da aplicação do instituto no contexto da Lei nº 12.403/2011, asseverando que:

A liberdade provisória, agora, passa a significar apenas a diversidade de modalidades de restituição da liberdade, após a prisão em flagrante. O art. 321, CPP (ausentes os requisitos que autorizam a prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319...) deve ser entendido nesse sentido (de restituição da liberdade do apripionado) e não como fundamento para a decretação de medidas cautelares sem anterior prisão em flagrante.

Desta feita, se apresenta a análise da possibilidade de concessão da liberdade provisória como dever do magistrado, que analisando as circunstâncias de cada caso concreto

decidirá, de imediato, ao receber os autos do flagrante, se possível, pela restituição imediata da liberdade, e se houver necessidade pela cumulação com a imposição de alguma cautelar, dentre as previstas no art. 319⁹ do CPP¹⁰, ou, caso estejam presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva, descritos nos arts. 312 e 313 do Código de Processo Penal poderão decidir fundamentadamente pela conversão do flagrante em segregação cautelar.

A partir desse levantamento, cabe-nos compreender que a liberdade provisória nos moldes anteriores a nova lei nº 12.403/2011 era concedida, desde que, presentes seus pressupostos. Como vimos anteriormente, estes, consubstanciam-se originariamente, no estado coercitivo de direito e na presença de um dos pressupostos específicos. Exigindo, ainda, a existência de possibilidade legal de concessão.

Todavia, agora, ante o novo quadro instaurado no processo penal pátrio a liberdade provisória perdeu sua essência principiamente estudada, passando a ser apenas mais uma das hipóteses de restituição de liberdade, independentemente de requerimento.

Após este breve estudo a respeito dos aspectos gerais do instituto da liberdade provisória: conceito, evolução histórica e principais características. Abordaremos no próximo capítulo, as hipóteses de vedação a concessão do instituto e seus principais fundamentos.

⁹ Art. 319 - São medidas cautelares diversas da prisão: I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; VIII - fiança, nas infrações que a admitem para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; IX - monitoração eletrônica. §1º (Revogado). § 2º (Revogado) § 3º (Revogado). § 4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares.

¹⁰ Código de Processo Penal

2. VEDAÇÕES A LIBERDADE PROVISÓRIA

A liberdade é um direito fundamental previsto na Constituição Federal Brasileira, em seu art. 5º. Dessa forma, como visto no capítulo anterior, dentro do ordenamento pátrio só se admite a restrição a esse direito pelo Estado, o possuidor do *jus puniendi*¹¹, em situações específicas e legalmente previstas.

O instituto da liberdade provisória tem por escopo garantir a manutenção do réu ou acusado em liberdade, durante a persecução penal, até final decisão transitada em julgado, a qual poderá determinar ou não a definitiva segregação. Respeita-se assim, durante o decorrer do processo, o direito à liberdade constitucionalmente garantida ao réu, quando este fizer jus a tal concessão.

Manifestando-se contrário à vedação irrestrita da concessão deste instituto, Távora (2009, p. 528), assevera que:

É interessante notar que o legislador, quando pretende dar um tratamento mais rígido ao processamento de algumas infrações, se vale do expediente de vedar a concessão de liberdade provisória. Desta maneira, havendo prisão, o agente responderia toda à persecução penal no cárcere, em verdadeira antecipação de pena, suprimindo-se do magistrado, no caso concreto, a aferição da necessidade do cárcere cautelar. É, sem dúvida, uma indevida intromissão do legislativo nas atividades típicas do judiciário. Não estamos diante de uma ciência exata, um caso não é igual ao outro, nem os presos se equivalem. Vedado por completo a liberdade provisória é conduzir a persecução penal às cegas, fazendo pouco caso da presunção de inocência.

Porquanto, parece clara a necessidade de cuidado na análise que concerne à irrestrita vedação à liberdade provisória, tendo em vista sua ligação direta às garantias constitucionais fundamentais, como a presunção de inocência e o direito ao devido processo legal, no que diz

¹¹Direito de punir. Fonte: dicionário de latim, disponível em <<http://www.loveira.adv.br/dicionario.htm>> acesso em 10/06/2011, às 10:00 hrs.

respeito a uma imposição de segregação, que venha a interferir em um direito tão precioso quanto à liberdade.

Por outro ângulo faz se importante considerar que a liberdade provisória, em razão de sua natureza cautelar, visa substituir a segregação por uma liberdade condicionada. Portanto, os doutrinadores a analisam como medida substitutiva exclusiva a situação de restrição ao estado de liberdade, firmando-na como inaplicável a outras restrições, como a de direitos ou às medidas de segurança.

Quando leciona acerca da inaplicabilidade da liberdade provisória, Marques (2003, p. 140), afirma o seguinte:

A liberdade provisória como contracautela, somente se admite para evitar danos ao *status libertatis*¹², em caso de prisão cautelar. Providências preventivas de natureza análoga, como as interdições provisórias de direitos, ou aplicação provisória de medida de segurança, não podem ser substituídas pela liberdade provisória.

No tocante às interdições de direito, é óbvio não caber a liberdade provisória, visto que aquelas medidas cautelares não afetam a liberdade de locomoção do réu, e sim o exercício e gozo de direitos subjetivos de espécies e natureza diversas. [...]

Inadmissível é, ainda, a liberdade provisória como providência substitutiva da prisão que se revista da forma de custódia preventiva em sentido estrito (retro, nº988). É que não cabe a prisão preventiva em nenhum dos casos em que se admite a liberdade provisória.

No que tange a esta questão da vedação à concessão do instituto, Távora (2009, p. 525) afirma que “é vedada quando couber prisão preventiva e nas hipóteses em que a lei estabelecer expressamente a proibição”.

Desta maneira, no presente trabalho, se analisará de modo específico as situações de inaplicabilidade do instituto dentre as situações de restrição ao estado de liberdade do réu ou acusado. Tais vedações são previstas, precipuamente na Constituição Federal, e foram

¹²Estado de liberdade. Fonte: dicionário de latim, disponível em <<http://www.loveira.adv.br/dicionario.htm>> acesso em 10/06/2011, às 10:20 hrs.

respectivamente abordadas pelo Código de Processo Penal e por Leis especiais, como será examinado a seguir.

2.1 As vedações constitucionais

As principais previsões de inaplicabilidade da liberdade provisória estão elencadas no art. 5º da Carta Magna de 1988, onde se encontram dispostas as hipóteses de inafiançabilidade dos crimes de racismo, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo, hediondo e de ações de grupos armados, civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado Democrático e estabeleceu a garantia de que ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando se admitir a liberdade provisória com ou sem fiança¹³.

Leciona Gonçalves e Reis (2010, p. 217) de modo a confirmar tais assertivas constitucionais, ao asseverar que:

A Constituição Federal e a legislação proíbem de forma expressas a fiança nos crimes de racismo, hediondos, de tráfico de entorpecentes, terrorismo e tortura, delitos ligados a ação de grupos armados civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, crimes contra o sistema financeiro, punidos com reclusão e ainda, crimes de lavagem de dinheiro.

As vedações impostas à concessão do instituto pela Carta Magna, dizem respeito estritamente aos casos de inafiançabilidade, ou seja, impossibilidade de aplicação da liberdade provisória mediante o pagamento de caução, mas nada esclarece quando há liberdade provisória sem fiança.

Nesta perspectiva, Oliveira (2008, p. 457) assevera que a Constituição Federal, em duas oportunidades trata da liberdade provisória. Na primeira, trata da previsão de que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória com ou sem fiança”, que é estabelecido pelo artigo 5º, inciso LXVI. Na segunda, trata dos

¹³Previstos nos incisos XLII, XLIII, XLIV e LXVI.

casos de vedação à concessão da liberdade provisória mediante fiança, prevista no referido artigo, nos incisos XLII, XLIII e XLIV, considerando inafiançáveis “a prática do racismo, a prática de tortura, o tráfico ilícito de drogas, os crimes hediondos, o terrorismo e etc.”.

Parece claro, nestas lições, que a liberdade provisória sem a vinculação a fiança não foi expressamente vedada nos casos em que a liberdade provisória que exige a caução o foi.

Ademais, vê-se que a Constituição Federal previu a manutenção do estado de liberdade a quem preencher os requisitos concessivos atinentes à liberdade provisória, seja ela com ou sem fiança. Desta forma, não se apresentando possível a aplicação de uma em decorrência de inadequação aos pressupostos, pode se socorrer da aplicação da outras nos casos em que não houver expressado vedação.

Confirma tais afirmações, Oliveira (2008, p. 458), ao ensinar que “o texto Constitucional parece admitir a coexistência de dois regimes de liberdade processual, à época, à liberdade provisória com e sem fiança”.

Neste contexto, liberdade provisória sem fiança, conforme visto no capítulo anterior se caracteriza pela concessão da liberdade provisória sem a prestação da caução, mas em regra, com alguma vinculação e concessão exclusiva pela via judicial. A doutrina a trás como medida para as situações mais gravosas, em que não é cabível a fiança. Assim, compete ao Magistrado analisando os pressupostos objetivos e subjetivos, a concessão dessa espécie de contracautela.

2.2 As vedação contidas no Código de Processo Penal

A concessão da liberdade provisória em caráter geral está prevista no art. 310 do CPP, o qual dispõe sobre a possibilidade de aplicação ao agente que praticou o fato, “nas condições do art. 19, I, II e III¹⁴, do Código Penal e que, após a oitiva do Ministério público poderá conceder ao réu liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação”.

¹⁴ Atualmente tais dispositivos correspondem aos artigos 23 e seguintes do Código Penal.

Note-se, que no parágrafo único do referido artigo, já se verifica a avaliação por exclusão, quando disciplina que “Igual procedimento será adotado quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva”.

Tais percepções apresentam-se claras na lição de Tourinho Filho (2009, p. 655) na seguinte afirmação: “a nossa lei não diz quais as infrações que admitem fiança. Limita-se a indicar quais as infrações que não a comportam e as situações que forjam inafiançabilidade”.

Outros doutrinadores esclarecem que a promulgação da atual Constituição Federal ocasionou alterações no tratamento dado à liberdade provisória.

A lição de Fernandes (2010, p. 304), traz claramente tal posicionamento: “a legislação, após a constituição mostrou-se rigorosa, no tratamento da liberdade provisória”, justifica sua asseveração em razão da lei 7.780/89 ter atualizado os valores das fianças do CPP, que, por conseguinte foi alterada pela lei 8.072/90, com o intuito de proibir a liberdade provisória sem fiança nos “casos de prisão em flagrante pela prática de crime contra a economia popular ou de crime de sonegação fiscal” só admitindo a liberdade com pagamento de fiança em virtude de decisão judicial¹⁵.

Asseverando as modificações que tornaram a análise de concessão ao instituto mais severa, Fernandes (2010, p. 304) faz menção à lei 8.072/90, que em razão do previsto no artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal, dispôs acerca da vedação nos casos de crimes hediondos, de prática de tortura, de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e de terrorismo, em suas próprias palavras “manifestando exagero na enunciação dos crimes hediondos, excesso na restrição total da liberdade provisória com ou sem fiança, na exigência de cumprimento integral da pena em regime fechado e, ainda, ao permitir prisão temporária por 30 dias”.

Partindo para uma apreciação direta das vedações à liberdade provisória contidas no CPP, Tucci (2009, p. 264) entende que o referido ordenamento contempla de igual modo, as

¹⁵ Art. 325, § 2º do Código de Processo Penal.

restrições à liberdade provisória impostas pela Carta Magna, respectivamente no artigo 323, e nas circunstâncias exemplificadas no artigo 324.

Diante disso, vislumbra-se que o CPP tratou de maneira mais detalhada as hipóteses de vedação já dispostas na Constituição Federal, elencando de modo amplo e claro todas as situações em que a Carta Magna, explicitamente, impossibilitou a aplicação da liberdade provisória.

O entendimento de que o CPP realiza por método de exclusão a verificação da possibilidade de aplicação da liberdade provisória, também foi abordado por Pinto e Cunha (2009, p. 206):

Interessante notar que o código utilizou um critério negativo para definir os crimes que admitem fiança. Significa dizer que ele não apontou os crimes que admitem fiança, mas sim aqueles que são inafiançáveis. Portanto, tirando os inafiançáveis, admitem fiança todos os demais crimes.

Desta feita, percebe-se que no atual regramento pátrio não há as previsões de concessão da liberdade provisória mediante a fiança. A análise é feita por exclusão, não estando o acusado ou réu incurso em delitos previstos como inafiançáveis, ou seja, no caso concreto não estando vetada a possibilidade de concessão da fiança, esta será concedida.

2.2.1 Vedações à liberdade provisória com e sem fiança

Antes de tratar diretamente das vedações, faz-se interessante compreender o que se entende por fiança. Para Cunha e Pinto (2009, p. 206), trata-se de “prestação de uma garantia real ou caução que garantam ao acusado o direito de responder ao processo em liberdade. É a garantia real prestada pelo preso para obter sua liberdade”.

É possível observar, relembrando o histórico anteriormente pesquisado que o conceito de fiança continua basicamente nos mesmos parâmetros desde a sua inserção no sistema

jurídico brasileiro, tida como uma caução, uma prestação fiançeira de modo a vincular o réu ou acusado ao processo, mas concedendo a ele a possibilidade de o responder em liberdade.

As vedações que estão diretamente relacionadas à liberdade provisória mediante fiança, encontram-se elencadas nos art. 323 e 324, ambos do CPP. No que tange à liberdade provisória sem fiança, sua previsão encontra-se disposta no art. 310 do CPP, reforçando que conforme as lições analisadas, caberá liberdade provisória sem fiança, quando a mesma for incabível mediante fiança, não estiverem presentes os pressupostos da prisão preventiva, e quando não for expressamente vedada por lei especial.

Veja-se que os ensinamentos de Távora (2009, p. 537) demonstram seu posicionamento contrário à atual legislação processual penal, que possibilita nas hipóteses em que a liberdade provisória mediante fiança for vedada, a incoerência da aplicação da liberdade provisória sem fiança:

Dois critérios se sobressaem, pois a lei trata dos crimes punidos com reclusão, e que tenham pena mínima superior a dois anos. Neste esquadramento, não limitou as contravenções, os crimes apenados com detenção e os apenados com reclusão cuja pena mínima seja de até 2 anos. No nosso entendimento, esta limitação perdeu sua razão de existir. O sistema tem de ser congruente, proporcional. A limitação exclui uma série de infrações do instituto da fiança, mas as mesmas admitem liberdade provisória sem fiança, se não estiverem os requisitos que autorizam a preventiva.

O posicionamento acima referido deixa transparecer discordância do autor com a legislação pátria no que pertine a concessão da liberdade provisória.

Em contrapartida, Karam (2009, p. 30) analisa na legislação processual brasileira, a “previsão da possibilidade de prestação de fiança, como ainda regulada, não tem maior relevância” e segundo suas lições:

A única diferença entre os chamados crimes afiançáveis e inafiançáveis reside no fato de que, na prática do sistema penal, na primeira hipótese, a liberdade poderá ser recuperada mais rapidamente, em alguns casos cabendo

a própria autoridade policial a determinação da soltura mediante o pagamento de fiança.

Assim, a liberdade provisória com fiança caracteriza-se por ser aplicada de forma mais célere, podendo ser concedida, inclusive, pela autoridade policial. Enquanto a liberdade provisória sem fiança tem característica à concessão exclusiva pela via judicial.

2.3 As vedações contidas na legislação especial

Diante do contexto sob apreço, se passa a incursionar nas hipóteses de vedação à concessão da liberdade as conjeturas de completa vedação a concessão do instituto, igualmente na liberdade provisória com e sem fiança. Ressalte-se que tais previsões são de caráter especial, pois se acham contidas em regramentos específicos, como a Lei dos Crimes hediondos e a Lei de Drogas, dentre outras.

Noutra análise, as lições de Pacheco (2008, p. 789) tecem considerações a cerca da expressa vedação à concessão da liberdade provisória com e sem fiança:

Há hipóteses em que a lei veda qualquer tipo de liberdade provisória com ou sem fiança:

- a) Aos agentes que tenham tido intensa e efetiva participação na organização criminosa (art. 7º da lei 9.034/1995);
- b) Crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores (art. 3º da lei 9.613/98 – lei de lavagem de dinheiro);
- c) Os crimes de drogas previstos nos artigos 33, *caput* e §1º, e 34 a 37 da lei 11.343/2006, (tráfico de drogas, tráfico de maquinários, associação para o tráfico, financiamento de tráfico e colaboração como informante do tráfico), nos termos do art. 44, *caput*, da lei 11.343/2006;

Note-se que tais vedações não prevêm a análise de quaisquer requisitos, sejam objetivos ou subjetivos. A incursão em quaisquer destes delitos especificados, veta de imediato a possibilidade de o acusado ou réu conseguir responder ao processo em liberdade.

Importante ressaltar que em seus ensinamentos, Pacheco (2008, p. 789) esclarece que a vedação à fiança contida nos parágrafos únicos dos artigos 14 e 15 da lei 10.826/2003 (Estatuto do desarmamento) e a vedação a liberdade provisória sem fiança do artigo 21 da lei 10.826/2003, foram declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

Tal decisão fora fundamentada no reconhecimento de que essas vedações ferem direitos constitucionais fundamentais, como o da presunção de inocência, devido processo legal e proporcionalidade.

Depreende-se das lições de Pacheco (2008, p. 789) que, no que tange aos crimes hediondos e de terrorismo que a nova redação apresentada pela lei 11.464/2007 à lei 8.072/1990, suprimiu a vedação da liberdade provisória (sem aplicação de fiança) do inciso II, mantendo somente a vedação no que se refere à fiança. Por sua vez, “o crime de tortura e o crime de tráfico de entorpecentes, apesar de mencionados no caput do artigo 2º, tem regras próprias, em leis específicas”.

Por outro lado, soa interessante analisar a lição de Oliveira (2008, p. 468), a qual esclarece a origem e a conceituação inicialmente pretendida com a expressão “inafiançabilidade”:

A definição e o conceito de inafiançabilidade foram elaborados a partir da vigência do Código de Processo penal, quando a única modalidade de liberdade provisória existente era a liberdade com fiança. Com isso, dizer que determinada infração era inafiançável era o mesmo que dizer que não cabia, em tais casos, qualquer espécie de liberdade provisória.

Ocorre que segundo Oliveira (2008, p. 468), o “CPP de 1977, acrescentou ao regramento pátrio a previsão da liberdade provisória sem fiança, no art. 310, deixando de ser a liberdade provisória mediante fiança a única espécie”, trazendo dúvidas acerca da aplicação do termo, já que a partir de então, existia outra modalidade do instituto e a posterior Constituição Federal de 1988, trouxe a especificação dos crimes inafiançáveis.

Assim, Oliveira (2008, p. 469), analisando a situação, afirma que:

Quando a Constituição veio a se referir à inafiançabilidade para os crimes de racismo e tortura, e outros, incluindo os previstos no Estatuto do Desarmamento (arts. 14 e 15) e na Lei de tóxicos (Lei 11.343/2006), a única conclusão que se poderia e que se pode extrair do texto é a vedação da concessão de liberdade provisória com fiança. Não há de se falar em proibição da aplicação do art. 310, parágrafo, único, seja porque não houve referencia expressa na Constituição – e é a própria Constituição que reconhece a também existência de regime de liberdade provisória sem fiança (art. 5º, LXVI) -, seja sobretudo, porque não se interpreta uma norma constitucional superveniente exclusivamente na legislação ordinária então vigente.

A discussão proeminente na doutrina acerca da liberdade provisória gira em torno desta questão central, ou seja, se a Constituição Federal, ao vedar a liberdade provisória mediante fiança nos crimes de tortura, racismo, hediondos, tráfico de drogas, dentre outros abrangidos por leis especiais, ampliou tacitamente a inserção da liberdade provisória sem fiança em tal vedação.

Os referidos regramentos trazem em seu texto legal a vedação expressa à liberdade provisória e alguns como Oliveira (2008) a vedação a liberdade provisória mediante fiança e outros como Távora (2009), expandem a aplicação da vedação a qualquer espécie de liberdade provisória.

A lei 8.072/90, em seu art. 2º, inciso II, com redação originária, proibia expressamente a concessão de liberdade provisória para os crimes hediondos, tráfico de entorpecentes, terrorismo e tortura.

Neste enfoque, Rangel (2008, p. 743) asseverou que a anterior interpretação acerca dessa norma, entendendo pela vedação extensiva a qualquer espécie de liberdade provisória a quem incorresse em quaisquer destes crimes com a seguinte assertiva doutrinária:

A constituição da República, ao mesmo tempo em que concede a liberdade provisória com ou sem fiança como direito fundamental, excepciona esta regra, negando este direito quando se tratar de crimes hediondos (CF. art. 5º,

LXVI c/c XLIII). Ao mais desavisado, pode parecer que o legislador constituinte veda, apenas, a liberdade provisória mediante fiança nos crimes hediondos e os que lhes foram equiparados, porém não veda a liberdade provisória mediante fiança nos crimes hediondos e os que lhes foram equiparados, porém não veda a liberdade provisória sem fiança prevista no art. 310 e seu parágrafo único do CPP. Considere-se, inclusive, que o legislador constituinte fez diferença entre as duas bastando conferir a regra do inciso LXVI do art. 5º. Pensávamos ser errado este posicionamento, pois, se o legislador constituinte vedou o mais (liberdade provisória mediante fiança), não seria plausível que o menos (sem fiança) fosse permitida.

Para referido doutrinador, a interpretação acerca da norma, era teleológica, pois buscava compreender qual a intenção do legislador. Segundo Rangel (2008, p. 744) a previsão “quis impedir que se colocassem em liberdade provisória os autores de crimes hediondos graves, para resguardar a chamada lei de ordem”.

Todavia, após inúmeras divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca desta interpretação, entrou em vigor a lei 11.464/2007, que findou a discussão, após inserir mudança na redação do art. 2º, inciso II, da Lei dos Crimes Hediondos, possibilitando ao magistrado, conceder ao acusado ou réu a liberdade provisória, desde que fundamentadamente.

Assim, Rangel (2008, p. 745), em seus apontamentos, afirma que:

A supressão da expressão “liberdade provisória” do inciso II e a redação do § 3º não permitem outro entendimento acerca da possibilidade da liberdade provisória em crime hediondo, até porque a possibilidade de progressão de regime (§ 1º), até então vedada, é outro indicativo da adoção de política criminal mais favorável ao réu. Neste sentido, o juiz, hodiernamente, verifica se estão presentes os motivos que autorizam a custódia cautelar do acusado. Se positiva a resposta decretam a prisão preventiva. Se negativa, concedem-lhe a liberdade provisória, tudo em conformidade com o disposto no § 3º do art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos.

Faz se importante ressaltar a lição de Rangel (2008, p. 746) acerca da lei 11.464/2007, pois esta norma segundo o referido doutrinador “apenas adequa o texto legal à decisão da Suprema Corte”.

Assim, anteriormente a criação da referida lei, o STF declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da vedação de progressão de regime nos crimes hediondos. Rangel (2008, p. 746) afirma que “a questão foi decidida no HC 82.959/SP em que se declarou inconstitucional o § 1º do art. 2º da lei 8.072/90. A decisão do STF não valeria *erga omnes*¹⁶, mas era intuitivo que todos os casos que chegassem ao STF teriam o mesmo desfecho”.

2.4 As vedações e a aplicação da Lei nº 12.403/2011

Por efeito da perspectiva incluída pela entrada em vigor da Lei nº 12.403/2011, apresenta-se uma nova visualização acerca da manutenção das hipóteses de vedação a restituição à liberdade, ou, à concessão de liberdade provisória.

Para Oliveira (2011, p. 57), todas “essas vedações legislativas à restituição da liberdade são inconstitucionais”. Oliveira (2011, p. 57) sustenta que a Lei 12.403/11 por ser uma lei geral, não revogou, inicialmente, a legislação específica que trata do assunto. Existem regramentos pátrios que ainda proíbem a concessão de liberdade provisória, com e sem fiança, para determinados crimes, além daqueles para os quais o CPP¹⁷, agora, estabelece a inafiançabilidade ou a proibição de imposição de fiança.

Em função disso, Oliveira (2011, p. 57) afirma que “uma interpretação sistemática do direito processual penal caminha inexoravelmente no sentido de recusar aplicação a qualquer norma que vede a restituição da liberdade ao preso em flagrante sem ordem judicial escrita e fundamentada, baseada em razões cautelares”.

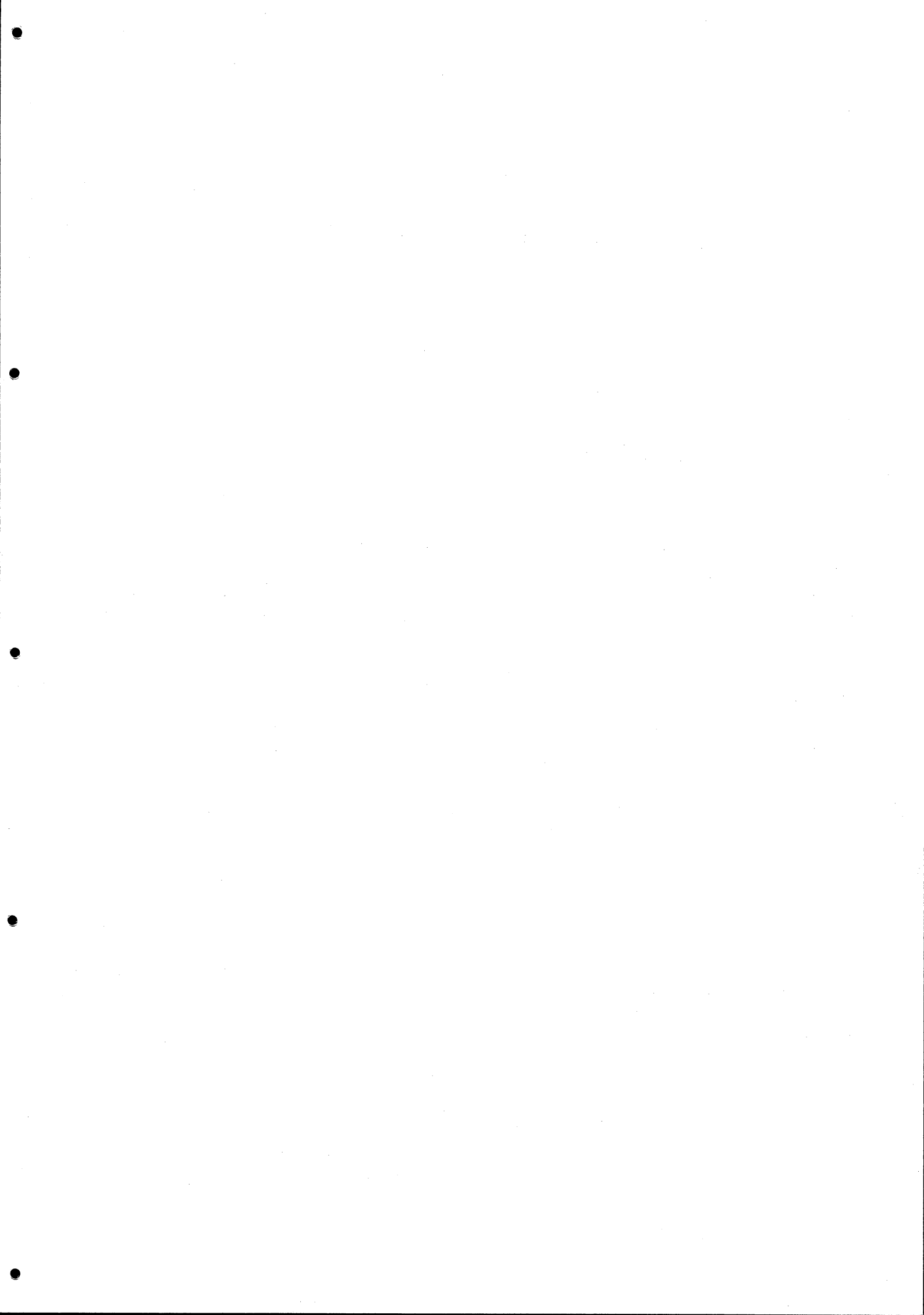
Assim, para o referido autor, mesmo ainda subsistindo as hipóteses de vedação à restituição da liberdade em determinados casos, entende que o regramento processual penal tem se direcionado a modificar esse sistema, obstando a aplicação de normas que vedem a restituição da liberdade sem decisões fundamentadas, primando assim pelos princípios da presunção de inocência e proporcionalidade presentes na Carta Política de 1988.

¹⁶Expressão comum no Direito que equivale a: “Contra todos”. Fonte: dicionário de latim, disponível em <<http://www.loveira.adv.br/dicionario.htm>> acesso em 12/06/2011, às 20:20 hrs.

¹⁷Código de Processo Penal

Desta forma, após a análise destes posicionamentos doutrinários, vê-se que a liberdade provisória, apesar de direito garantido pela Carta Magna, em alguns casos específicos, tem sido vedada, caso encontre-se o acusado ou réu em circunstâncias que impossibilitem a sua concessão.

No próximo capítulo, analisar-se-á detalhadamente a vedação da liberdade provisória no tocante ao crime de tráfico de drogas (lei 11.343/2006), examinando-se a judicialização da questão, frente a posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais.



3. A LIBERDADE PROVISÓRIA NOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS

Nos capítulos anteriores foram analisados os principais aspectos atinentes ao instituto da liberdade provisória, desde esboço histórico, conceito e espécies. Dentre as espécies estudadas no capítulo anterior, a hipótese de vedação à concessão desta medida cautelar se apresenta como ponto central ao prosseguimento do presente estudo.

Como visto, a proibição relativa à concessão do instituto mediante o pagamento de fiança está disposta no artigo 5º, incisos XLII, XLIII, XLIV e LXVI, da Constituição Federal. Tudo indica não existir dispositivo constitucional que obste a concessão de liberdade provisória sem fiança, ao contrário, a Carta Magna de 1988 no mesmo art. 5º, LXVI preceitua que “ninguém será levado à prisão ou nela será mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória com ou sem fiança”.

Acerca deste tema grande parte da doutrina pátria, como se verá a seguir, tem apresentado entendimento pela possibilidade de concessão da liberdade provisória sem fiança, nos casos em que esta for vedada, desde que, presentes os requisitos constantes no art. 310¹⁸ do CPP¹⁹.

Igualmente, foram delineadas no capítulo anterior, as previsões de vedação a concessão de liberdade provisória nas leis especiais, dentre estas, a previsão contida no artigo 44 da Lei nº 11.343/2006. Tal vedação será o ponto fundamental de estudo a ser tratado no presente capítulo.

Anteriormente, os crimes relacionados ao tráfico de entorpecentes eram disciplinados pela lei 6.368/1976, a qual foi revogada pela Lei nº 11.343/2006, a atual Lei de Drogas. Esta nova lei, segundo ensinamentos de Bizzoto e Queiroz (2010, pág. 11) veio como “mais um instrumento legal vinculado aos anseios dos defensores do movimento da lei e da ordem, partícipes e beneficiários das consequências a crescente circularidade do medo e do

¹⁸Este artigo foi recentemente alterado pela lei 12.403/2011, a qual modificou substancialmente as formas de concessão da liberdade provisória, como visto no primeiro capítulo.

¹⁹ Código de Processo Penal.

terrorismo social” em que a sociedade se encontra atualmente. Apresentando um caráter de severa repressão ao tráfico de entorpecentes, que em tese, tenciona propiciar a paz social.

Em razão desta natureza repressiva, a nova Lei de Drogas estabelece em seu artigo 44, expressa vedação a concessão de diversos benefícios aos acusados incurso nos crimes previstos nos artigos 33, caput e §1º, 34 a 37, todos do referido diploma. A vedação trata da proibição de concessão de diversos benefícios, dentre estes, a liberdade provisória.

Neste sentido, a lição de Carvalho e Mendonça (2008, p. 194) discorre sobre a vedação aos benefícios disciplinada na Lei nº 11.343/06, e aborda a previsão constitucional contida no art. 5º, XLIII da atual Carta Política:

O Poder Constituinte originário determinou tratamento mais severo aos chamados crimes hediondos e equiparados. Veja hediondo, mas crime equiparado a este. A razão de a Constituinte ter separado os crimes hediondos dos equiparados foi assegurar a estabilidade na consideração desses últimos como crimes mais severamente punidos. Explique-se. Para os crimes hediondos o constituinte autorizou que a lei defina e indique quais crimes serão qualificados como tal (atualmente os previstos no art. 1º da Lei 8.072/1990, mas cujo rol pode ser alterado por lei ordinária, como já ocorreu).

Na lição de Carvalho e Mendonça (2008, p. 194), vê-se que em relação aos crimes equiparados aos hediondos, como é o caso do tráfico de drogas “não poderá a lei deixar de conceder-lhes tratamento mais severo, pois o próprio constituinte já engessou a atividade do legislador neste ponto”.

Ainda segundo Carvalho e Mendonça (2008, p. 194), não havia nenhum tipo penal na Lei 6.368/1976, com a sigla de “tráfico ilícito de entorpecentes”, sempre houve divergência sobre quais crimes, dentre os arrolados naquela Lei, poderiam ser enquadrados neste conceito. Por exemplo, “em relação ao delito de associação para o tráfico anteriormente previsto no art. 14 da Lei 6.368/1976, a jurisprudência não o considerava crime equiparado ao tráfico para fins de aplicação do regime jurídico previsto na Lei 8.072/1990”.

Nesta perspectiva, Carvalho e Mendonça (2008, p. 194) prosseguem em suas lições esclarecendo sobre a aplicação desta vedação no que tange às figuras típicas disciplinadas pela Lei nº 11.343/2006, as quais são efetivamente enquadráveis no conceito de tráfico de drogas:

A nova Lei de Drogas visando evitar referida discussão determinou serem enquadráveis no conceito de tráfico de drogas as infrações previstas nos artigos 33, caput e §1º, e 34 a 37 da nova Lei de Drogas, conferindo-lhe tratamento mais severo. Afasta-se, portanto qualquer discussão: hoje o crime de associação para o tráfico é considerado tráfico para fins de aplicação do regime mais severo. Por exclusão, não são considerados equiparados a hediondos os crimes previstos nos arts. 28 (porte para consumo próprio), 33. § 2º, (auxílio ao uso) e § 3º (uso compartilhado), 38 (prescrição culposa) e 39 (condução de embarcação ou aeronave sob o efeito de droga) da nova Lei de Drogas.

Coaduna-se a essas assertivas, Bizzoto e Queiroz (2010, p. 148), ao abordarem em suas alocações que “no artigo 44 da Lei 11.343/2006 e seu parágrafo único estão contidas vedações processuais e penais aos acusados e apenados envolvidos nos crimes do artigo 33 caput, 33, §1º, 34, 35, 36 e 37 da Lei 11.343/2006”.

Por conseguinte, Bizzoto e Queiroz (2010, p. 161) asseveram que:

Adentrando a seara da Lei 11.343/2006, o seu art. 44 proíbe a concessão de liberdade provisória para os crimes do art. 33, ‘caput’ e §1º, e 34 a 37, todos da comentada Lei, não se referindo à fiança. Entretanto, em primeira observação, note-se que o artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição da República tornou inafiançável o crime de tráfico de entorpecentes, alcançando tal conceituação parte dos tipos previstos na Lei 11.343/2006 (vide teoria geral dos crimes de tráfico e afins).

Assim, vê-se que a nova Lei de Drogas, atendendo a intenção do legislador, transparece seu caráter acentuadamente repressivo ao trazer expressas vedações à concessão dos diversos benefícios aos acusados incursos nas figuras típicas que correspondem ao crime de tráfico de entorpecentes, dentre estes, a concessão de liberdade provisória mesmo esta sendo prevista como aplicável pela Carta Magna.

3.1 Aplicabilidade da vedação à concessão da liberdade provisória

Como visto a discussão quanto à aplicabilidade da vedação a concessão de liberdade provisória contida na Lei 11.343/2006, abarca, essencialmente, a liberdade provisória sem fiança, tendo em vista que a concessão mediante fiança já se encontrava vedada pelo artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, que tornou inafiançável o crime de tráfico de entorpecentes.

Acerca dessa temática, lecionam Bizzotto e Queiroz (2010, p.106) no sentido de que a Constituição da República silenciou sobre a vedação, asseverando que “A Lei 8.072/1990, que trata dos crimes hediondos ou equiparados foi alterada pela Lei 11.464/2007, o que revogou a proibição de concessão de liberdade provisória para os crimes de tráfico.”

Assim, Bizzoto e Queiroz (2010, p. 106), entendem pela ocorrência de revogação tácita do dispositivo que veda a concessão do instituto “Como a Lei 11.464/2007 se trata de legislação posterior, também revoga a proibição da liberdade provisória contida no artigo 44 da Lei 11.343/2006”.

Neste passo, Oliveira (2008, p. 469), aborda em seus ensinamentos que a vedação contida na Lei 11.343/2006, por uma questão lógica, somente pode se referir à liberdade provisória sem fiança, tendo em vista que a vinculada à fiança fora vedada expressamente na Carta Magna de 1988:

A definição e o conceito de inafiançabilidade foram elaborados a partir da vigência do Código de Processo Penal, quando a única modalidade de liberdade provisória existente era a liberdade com fiança. Com isso, dizer que determinada infração era inafiançável era o mesmo que dizer que não cabia, em tais casos, qualquer espécie de liberdade. Entretanto, já a partir de 1977, com a inclusão do parágrafo único ao art. 310 do CPP, a liberdade provisória com fiança perdeu grande parte de seu interesse, já que, desde que inexistentes razões da preventiva obtinham-se a liberdade provisória com a única obrigação de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação, nos termos do citado parágrafo único do art. 310. E mais: a partir de 1977, obtinha-se a liberdade provisória para todas as infrações, independentemente da sua gravidade. Por isso, quando a Constituição veio a se referir na inafiançabilidade para os crimes de racismo e de tortura, e

outros, incluindo os previstos no Estatuto do Desarmamento (arts. 14 e 15) e na Lei de Tóxicos (Lei 11.343/2006), a única conclusão que se poderia e que se pode extrair do texto é a vedação da concessão de liberdade provisória com fiança.

A lição de Oliveira (2008, p. 469), esclarece, ainda, que subsiste a possibilidade de concessão da liberdade provisória nos casos de tráfico de drogas, pois não há proibição quanto à aplicação do art. 310, parágrafo único do CPP²⁰, primeiramente por não existir previsão expressa na Constituição Federal de 1988, tendo em vista que “a própria constituição que reconhece a também existência do regime de liberdade provisória sem fiança (art. 5º, LXVI)”, e segundo porque “não se interpreta uma norma constitucional superveniente com base exclusivamente na legislação ordinária então vigente”.

Coaduna-se a essas assertivas, Mendonça (2008, p. 198) quando em suas preleções afirma a natureza da vedação contida na Nova Lei de Drogas, e suscita a ocorrência de uma revogação tácita da vedação à concessão de liberdade provisória nesta referida lei, em razão da edição da Lei nº 11.464/2007 que alterou o artigo 2º da Lei nº 8.072/1990, pondo fim à vedação a liberdade provisória quanto aos crimes hediondos e equiparados:

Vedou-se, ainda, aos crimes de tráfico a liberdade provisória, nos termos do que anteriormente era previsto no art. 2º, II, da Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/1990). A liberdade provisória é instituto que visa substituir a prisão em flagrante, à prisão decorrente de sentença condenatória recorrível (art. 594 CPP) e a prisão decorrente de pronúncia (art. 408 CPP), quando estas não se mostrarem mais necessárias. Como o próprio nome demonstra, é uma liberdade em que o agente, em regra, fica vinculado ao processo, devendo observar determinadas condições, sob pena de ser revogada a liberdade concedida. Com a edição da Lei 11.464, de 28 de março de 2007, que entrou em vigor no dia seguinte, alterou-se o art. 2º da Lei 8.072/1990, acabando-se com a vedação da concessão da liberdade provisória aos crimes hediondos e equiparados. Questiona-se: manteve-se intacta a regra da vedação à liberdade provisória na Lei de Drogas? Em princípio, pela aplicação do princípio da especialidade, poder-se-ia defender que a presente Lei é especial em relação à Lei 8.072/1990 (que seria, para tal fim, lei geral). Todavia, entendemos que a Lei 11.464/2007 revogou tacitamente a proibição de liberdade provisória prevista na Lei de Drogas, pois é norma posterior e se referiu expressamente ao crime de tráfico.

²⁰ Código de Processo Penal

Porquanto, os aludidos autores têm entendido de forma congruente sobre a possibilidade de concessão da liberdade provisória nos casos de crimes de tráfico de drogas. A fundamentação flui por duas linhas principais: a possibilidade constante de concessão ante o silêncio constitucional e em uma possível revogação tácita em virtude da edição da lei 11.464/2007.

O silêncio da Carta Magna sobre a questão apontada, segundo Mendonça (2008), Bizzoto e Queiroz (2010), permite uma interpretação onde seria possível a liberdade provisória sem fiança, desde que presentes os requisitos específicos, mesmo nos casos de tráfico de drogas.

Por conseguinte, a ocorrência de revogação tácita da expressa vedação *ex vi*²¹ do artigo 44 da Lei nº 11.343/2006, em razão da edição da Lei 11.464/2007, a qual suprimiu a vedação do mesmo instituto aos crimes hediondos e equiparados que estava estabelecida no art. 2º da Lei nº 8.072/1990, tornando possível a concessão desta medida cautelar para estes crimes.

3.2 Posicionamentos jurisprudenciais

Em oposição aos posicionamentos doutrinários, a jurisprudência pátria de um modo geral tem se manifestado no sentido da aplicabilidade da vedação prevista no art. 44 da Lei 11.343/2006, inclusive em razão da inafiançabilidade atinente aos crimes de tráfico de entorpecentes, prevista no art. 5º, inciso XLIII.

De modo a elucidar o entendimento jurisprudencial que tem sido aplicado hodiernamente acerca do tema, apresenta-se a seguir, julgados do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

O Tribunal de Justiça do Estado de Goiás tem entendido, em consonância com os julgados do Superior Tribunal de Justiça, pela aplicabilidade da vedação a concessão do instituto prevista no art. 44 da Lei de Drogas, fundamentando sua posição na inafiançabilidade

²¹ Por efeito. Fonte Dicionário de Latim, disponível em < <http://www.loveira.adv.br/dicionario.htm> > acesso em 13/09/2011, às 16:00 hrs.

imposta pelo art. 5º, XLIII da CF²² e na atual redação do artigo 323 do CPP²³, inserida pela Lei nº 12.403/2011, veja-se os julgados²⁴:

Habeas Corpus. Tráfico de droga. Liberdade provisória. Indeferimento. Motivação bastante. Não houvesse expressado vedação legal à liberdade provisória de traficante (Lei 11.343/06, art. 44), merece sustentação a negativa do benefício baseada nas circunstâncias da prática do delito e a repercussão gravosa ao meio social do seu cometimento. Ordem denegada. (TJGO, HABEAS-CORPUS 326712-45.2011.8.09.0000, Rel. DES. JOSE LENAR DE MELO BANDEIRA, 2A CAMARA CRIMINAL, julgado em 25/08/2011, DJe 900 de 12/09/2011).

HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO CONVERTIDA EM PREVENTIVA. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. LIBERDADE PROVISÓRIA. VEDAÇÃO PELO TIPO PENAL. A Lei de Drogas, em seu art. 44, contém expressa vedação à liberdade provisória vinculada permitida para o crime tipificado pelo art. 33, da Lei nº 11.343/06, estando a proibição revelada na própria figura delitiva, razão pela qual não se confere o benefício ao paciente preso em flagrante delito pela comercialização de substância entorpecente, principalmente quando a autoridade impetrada, para indeferir o favor rogado, além dessa restrição, invoca condição auto-reativa da preventiva, em correspondência com o art. 312, do Código de Processo Penal. ORDEM DENEGADA. (TJGO, HABEAS-CORPUS 327957-91.2011.8.09.0000, Rel. DES. LUIZ CLAUDIO VEIGA BRAGA, 2A CAMARA CRIMINAL, julgado em 25/08/2011, DJe 896 de 05/09/2011).

Neste passo, o Superior Tribunal de Justiça, em regra, tem se manifestado de modo a indeferir à liberdade provisória aos incursos nos crimes de tráfico de drogas, entendendo pela perfeita aplicabilidade da vedação imposta pela lei especial, inclusive, conforme recente julgado do Ministro Jorge Mussi, no qual se refere tal magistrado a: “condições pessoais favoráveis, em princípio, não tem o condão de por si sós, propiciar a concessão da liberdade provisória”, firmando a aplicação da vedação contida na lei de drogas, nesses termos:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA. INDEFERIMENTO. VEDAÇÃO LEGAL À CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E CONSTITUCIONAL. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. POTENCIALIDADE

²² Constituição Federal de 1988.

²³ Código de Processo Penal

²⁴ Fonte: Home Page do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, disponível a <<http://www.tjgo.jus.br>> acesso em 14/09/2011, às 09:00hrs.

LESIVA DA INFRAÇÃO. GRAVIDADE CONCRETA. NECESSIDADE DE ACAUTELAMENTO DA ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. COAÇÃO NÃO DEMONSTRADA. ORDEM DENEGADA. 1. Não caracteriza constrangimento ilegal a negativa de concessão de liberdade provisória aos flagrados no cometimento em tese do delito de tráfico de entorpecentes praticado na vigência da Lei n.º 11.343/06, notadamente em se considerando o disposto no art. 44 da citada lei especial, que expressamente proíbe a soltura clausulada nesse caso, mesmo após a edição e entrada em vigor da Lei n.º 11.464/2007, por encontrar amparo no art. 5º, XLIII, da Constituição Federal, que prevê a inafiançabilidade de tal infração. Precedentes da Quinta Turma e do Supremo Tribunal Federal. 2. Evidenciada a gravidade concreta do crime em tese cometido, diante da elevada quantidade de droga apreendida - 180 g de cocaína -, mostra-se necessária a continuidade da segregação cautelar dos pacientes, para a garantia da ordem pública. 3. Condições pessoais favoráveis, em princípio, não têm o condão de, por si sós, propiciar a concessão da liberdade provisória, se há nos autos elementos suficientes a demonstrar a imprescindibilidade da manutenção da segregação, como ocorre na hipótese. 4. Ordem denegada. (STJ - HC 201.518/PE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2011, DJe 05/09/2011)²⁵.

Ratifica esta assertiva, o HC- 206.794/DF²⁶, cuja relatora, a Ministra Laurita Vaz explicita entendimento firmado pela Quinta Turma do STJ²⁷ de que a vedação expressa da liberdade provisória nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes é por si só, motivo suficiente para impedir a concessão da benesse ao réu:

HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. VALIDADE DA VEDAÇÃO CONTIDA NO ART. 44 DA LEI N.º 11.343/06. ORDEM DENEGADA. 1. O Paciente foi preso em flagrante delito na posse de 27 porções de crack, totalizando 12,29 gramas de massa bruta. 2. É firme a orientação da Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a vedação expressa da liberdade provisória nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes é por si só, motivo suficiente para impedir a concessão da benesse ao réu preso em flagrante por crime hediondo ou equiparado, nos termos do disposto no art. 5º, inciso XLIII, da Constituição da República, que impõe a inafiançabilidade das referidas infrações penais. Precedentes desta Turma e do Supremo Tribunal Federal. 3. Ordem denegada. (STJ- HC 206.794/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2011, DJe 08/09/2011)

²⁵ Fonte: Home Page do Superior Tribunal de Justiça, disponível à <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>> acesso em 14/09/2011, às 10:10 hrs.

²⁶ Fonte: Home Page do Superior Tribunal de Justiça, disponível à <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>> acesso em 14/09/2011, às 10:15 hrs.

²⁷ Superior Tribunal de Justiça

Entretanto, na mesma corte, a Sexta Turma, em decisão proferida pelo relator Ministro OG Fernandes, ao contrário da Quinta Turma, decidiu pelo deferimento do pedido de liberdade provisória a um acusado incurso no crime de tráfico de drogas, por entender que a Lei nº 11.464/2007, que alterou a lei nº 8.072/90, tornou possível a concessão de liberdade provisória aos crimes hediondos e equiparados, afirma que a negativa da concessão estava limitada somente na gravidade abstrata do delito, não havendo indicação concreta da presença dos requisitos autorizadores a decretação da prisão preventiva:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. DEFERIMENTO. INTERPOSIÇÃO DE RSE. PROVIMENTO. DECRETAÇÃO DA CUSTÓDIA. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS. VEDAÇÃO DA LEI Nº 11.343/06. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. AUSÊNCIA DE REQUISITOS PARA A MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. 1. A Sexta Turma desta Corte vem decidindo no sentido de que, com o advento da Lei nº 11.464/07, que alterou a redação do art. 2º, II, da Lei nº 8.072/90, tornou-se possível a concessão de liberdade provisória aos crimes hediondos ou equiparados, nas hipóteses em que não estejam presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal. 2. No caso, a negativa da liberdade provisória está fundamentada tão somente na gravidade abstrata do delito e na vedação legal contida no art. 44 da Lei nº 11.343/06, não indicando, concretamente, de que forma a liberdade do paciente colocaria em risco a ordem pública, a conveniência da instrução criminal ou a aplicação da lei penal. 3. Ademais, não foi apontada qualquer circunstância particular, seja relativa ao modo de execução da conduta criminosa, seja quanto à personalidade do paciente, que justificasse a segregação provisória. 4. Ordem concedida para revogar a prisão preventiva, facultado ao Juiz de primeiro grau, caso assim entenda necessária, a aplicação de medida cautelar prevista no art. 319 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 12.403/11. (STJ - HC 205.615/MT, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 23/08/2011, DJe 08/09/2011).

Porquanto, já se vislumbra a controvérsia acerca do tema. Dentro da própria corte superior há posicionamentos diversos quanto à aplicabilidade da vedação à concessão da contracautela. Este último julgado coaduna-se com os posicionamentos doutrinários apresentados, que versam sobre a ocorrência de revogação tácita do art. 44 da Lei de Drogas, com o advento da Lei nº 11.464/2007.

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal, em 2009, reconheceu a existência de repercussão geral à controvérsia acerca da concessão de liberdade provisória ao preso em flagrante pela prática de tráfico de drogas:

PRISÃO PREVENTIVA – FLAGRANTE – TRÁFICO DE DROGAS – FIANÇA VERSUS LIBERDADE PROVISÓRIA, ADMISSÃO DESTA ÚLTIMA – Possui repercussão geral a controvérsia sobre a possibilidade de ser concedida liberdade provisória a preso em flagrante pela prática de tráfico de drogas, considerada a cláusula constitucional vedadora da fiança nos crimes hediondos e equiparados. (STF - RE 601384 RG, Relator (a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 10/09/2009, DJe-204 DIVULG 28-10-2009 PUBLIC 29-10-2009 EMENT VOL-02380-08 PP-01662 LEXSTF v. 31, n. 371, 2009, p. 506-508)²⁸

Note-se que em recente julgado da Suprema Corte, o relator Ministro Ricardo Lewandowski, expôs que o plenário ainda não tem posicionamento definitivo acerca da controvérsia do tema. Contudo, apresenta entendimento firmado pela Primeira Turma no sentido de que é legítima a proibição de liberdade provisória aos crimes de tráfico de entorpecentes, por ser decorrência da inafiançabilidade imposta pelo art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal:

Ementa: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. CRIME HEDIONDO. LIBERDADE PROVISÓRIA. INADMISSIBILIDADE. VEDAÇÃO LEGAL. DELITOS INAFIANÇÁVEIS. ART. 5º, XLIII, DA CONSTITUIÇÃO. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA. ORDEM DENEGADA. I – O indeferimento do pedido de liberdade provisória, além de fundar-se na vedação legal prevista no art. 44 da Lei 11.343/2006 também destacou a necessidade de se preservar a ordem pública, em razão da reiteração criminosa. II – Além disso, convém destacar que, apesar de o tema ainda não ter sido decidido definitivamente pelo Plenário desta Suprema Corte, a atual jurisprudência desta Primeira Turma permanece inalterada no sentido de que é legítima a proibição de liberdade provisória nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, uma vez que ela decorre da inafiançabilidade prevista no art. 5º, XLIII, da Carta Magna e da vedação estabelecida no art. 44 da Lei 11.343/2006. Precedentes. III – Ordem denegada. (HC 108652, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira

²⁸Fonte: Home Page do Supremo Tribunal Federal, disponível à <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>> acesso em 15/09/2011, às 10:30 hrs.

Turma, julgado em 09/08/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-172 DIVULG 06-09-2011 PUBLIC 08-09-2011)²⁹

Noutro julgado da Suprema Corte, a Ministra Carmem Lúcia assevera que quanto ao tema à vedação à proibição da liberdade provisória decorre da vedação da fiança, não da expressão suprimida, a qual, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, formava redundância. Assim, 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:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL. PRISÃO EM FLAGRANTE POR TRÁFICO DE DROGAS. LIBERDADE PROVISÓRIA: INADMISSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. A proibição de liberdade provisória, nos casos de crimes hediondos e equiparados, decorre da própria inafiançabilidade imposta pela Constituição da República à legislação ordinária (Constituição da República, art. 5º, inc. XLIII): Precedentes. O art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90 atendeu ao comando constitucional, ao considerar inafiançáveis os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos. Inconstitucional seria a legislação ordinária que dispusesse diversamente, tendo como afiançáveis delitos que a Constituição da República determina sejam inafiançáveis. Desnecessidade de se reconhecer a inconstitucionalidade da Lei n. 11.464/07, que, ao retirar a expressão 'e liberdade provisória' do art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90, limitou-se a uma alteração textual. A proibição da liberdade provisória decorre da vedação da fiança, não da expressão suprimida, a qual, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, constituía redundância. Mera alteração textual, sem modificação da norma proibitiva de concessão da liberdade provisória aos crimes hediondos e equiparados, que continua vedada aos presos em flagrante por quaisquer daqueles delitos. 2. A Lei n. 11.464/07 não poderia alcançar o delito de tráfico de drogas, cuja disciplina já constava de lei especial (Lei n. 11.343/06, art. 44, caput), aplicável à espécie vertente. 3. Irrelevância da existência, ou não, de fundamentação cautelar para a prisão em flagrante por crimes hediondos ou equiparados: Precedentes. 4. É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal no sentido de que as condições subjetivas favoráveis do Paciente, tais como emprego lícito, residência fixa e família constituída, não obstam a segregação cautelar. Precedentes. 5. Ordem denegada. (HC 103715, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 23/11/2010, DJe-055 DIVULG 23-03-2011 PUBLIC 24-03-2011 EMENT VOL-02488-01 PP-00065).³⁰

²⁹Fonte: Home Page do Supremo Tribunal Federal, disponível à <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>> acesso em 15/09/2011, às 10:40 hrs

³⁰Fonte: Home Page do Supremo Tribunal Federal, disponível à <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>> acesso em 15/09/2011, às 10:47 hrs.

Desta forma, após analisar os aludidos posicionamentos doutrinários e jurisprudências, se percebe que o tema ainda é bastante contestável. A doutrina majoritária tem afirmado que há possibilidade de concessão do instituto, tecendo largamente argumentos congruentes a fundamentar essa concessão, inclusive em razão de preceitos constitucionais.

Todavia, a jurisprudência pátria, tem apresentado clara controvérsia, com posicionamentos distintos, e até a suprema corte já reconheceu a existência de uma repercussão geral sobre o tema, o que coloca em pauta a legalidade da vedação e leva a uma discussão em plenário acerca da constitucionalidade da referida proibição prevista no art. 44 da Lei nº 11.343/2011.

No próximo capítulo, analisar-se-á a discussão acerca de possível incidência de inconstitucionalidade sobre a aludida vedação do art. 44 da Lei de Drogas, abarcando posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais a esse respeito.

4. A DISCUSSÃO SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO À CONCESSÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA

Viu-se anteriormente, a questão da aplicação da vedação à concessão da liberdade provisória contida no artigo 44 da Lei nº 11.343/2006. Posicionamentos doutrinários apresentaram-se no sentido da não aplicação da vedação. Entretanto, vários julgados demonstram que apesar da grande polêmica que cerca o tema, há reiterada aplicação da referida proibição.

Evidencia-se a existência de questão polêmica quanto ao assunto, pois prevalece disparidade de entendimentos. A suprema corte ainda não construiu posicionamento definitivo sobre a matéria. Iniciou-se então uma larga discussão acerca da constitucionalidade desta proibição, abarcando doutrina e jurisprudência.

Ver-se-á a seguir que renomados doutrinadores consideram a lei proibitiva como inconstitucional, bem como, alguns julgados corroboram tais posicionamentos. De outro lado, não obstante a controvérsia existe uma corrente jurisprudencial, comandada pela Primeira Turma do STF³¹, a qual tem entendido pela constitucionalidade da vedação e tem decidido por sua aplicação, obstando a concessão de liberdade provisória aos acusados de tráfico de drogas conforme adiante se demonstrará.

4.1 Posicionamentos doutrinários

Bizzoto e Queiroz (2010, p. 106) sustentam que a Lei 8.072/90 (Lei dos crimes hediondos ou equiparados) foi alterada pela Lei 11.464/07, a qual revogou a vedação da concessão de liberdade provisória para os crimes de tráfico. Assim, por se tratar a Lei 11.464/07 de legislação posterior, também revoga a proibição da liberdade provisória contida no art. 44 da Lei 11.343/06.

³¹Supremo Tribunal Federal

Comungam com as aludidas lições, Carvalho e Mendonça (2008, p. 198), ao asseverarem que “a Lei 11.464/07 revogou tacitamente a proibição de liberdade provisória prevista na Lei de Drogas, pois é norma posterior e se referiu expressamente ao crime de tráfico”.

Neste sentido, ressalte-se que Cunha e Pinto (2009, p. 104), acompanhando o posicionamento majoritário da doutrina, apresentam entendimento pela revogação tácita da proibição:

Face à inovação trazida pela Lei nº 11.464/2007, que deu novo tratamento aos crimes etiquetados como hediondos, que a possibilidade de liberdade provisória, hoje, não sofre qualquer restrição legal, a depender sempre da análise do caso concreto. De sorte que, mesmo para as hipóteses de tráfico de drogas ou aquelas previstas na Lei nº 9.034/95 (Lei do Crime Organizado), o favor legal, em tese, pode ser concedido.

Por conseguinte, Bizzoto e Queiroz (2010, p. 106) asseguram que mesmo que viesse a existir uma legislação posterior que novamente vedasse a liberdade provisória, esta não passaria pelo “crivo constitucional”.

A partir destas reflexões, pode-se dizer que a doutrina pátria já se manifesta pela revogação tácita da proibição contida na Lei de Drogas em razão da modificação inserida na Lei dos Crimes Hediondos, e ainda, afirma a incompatibilidade constitucional de qualquer norma que venha a restringir a concessão de liberdade provisória exclusivamente por força de lei, isto é, independentemente da análise da presença dos requisitos que autorizem a decretação da prisão preventiva constante nos artigos 312 e 313³² do CPP³³.

Esclarecendo esta assertiva que trata da impossibilidade de compatibilidade de outra norma que vede a liberdade provisória com a Carta Política pátria, Bizzoto e Queiroz (2010, p. 106) afirmam que:

³² Os referidos artigos foram recentemente alterados pela Lei nº 12.403/2011.

³³ Código de Processo Penal.

A constituição da República, em seu artigo 5º, LXVI, afirma que ninguém será levado a prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança. Nota-se que há previsão de duas contracautelas distintas, ou seja, duas opções para que a prisão não seja efetivada: a) a liberdade provisória com fiança; b) a liberdade provisória sem fiança. Como a Constituição da República tão-somente restringiu a fiança em seu artigo 5º, XLIII, sobrou à possibilidade da concessão da liberdade provisória sem fiança para os crimes classificados como hediondos e seus equiparados. A sistemática da Constituição ao prever a liberdade provisória e não vedá-la, impõe tal interpretação.

Aparentemente, para os referidos autores, a Carta Magna ao silenciar a respeito da referida vedação quanto à liberdade provisória sem necessidade de fiança, previu a possibilidade de concessão do instituto sem a fiança para os crimes hediondos e equiparados, tendo em vista a organização normativa constitucional estabelecer a sua concessão e não proibi-la.

Ainda a este respeito, Bizzotto e Queiroz (2010, p. 106) lecionam que “não existe a possibilidade de argumentar que a interpretação da possibilidade de concessão da liberdade provisória viola a intenção do legislador constitucional”. Baseiam-se, para tanto, na tese de que a defesa da uma interpretação extensiva, a qual aplica a proibição da fiança à liberdade provisória, seria contrária ao sistema jurídico, tendo em vista que a legislação ordinária é que deve adaptar-se à Constituição e não o contrário.

Assim, para os referidos doutrinadores, seja em razão de revogação tácita por lei posterior, seja por evidente incompatibilidade com a Constituição Federal, não deveria haver aplicação de vedação a liberdade provisória com único fundamento em dispositivo legal.

Vislumbra-se também a veemência dos doutrinadores na fundamentação de inconstitucionalidade da vedação, a qual se daria por interpretação extensiva do texto da Carta Política, o que na visão de Bizzoto e Queiroz é absurda, tida como uma atuação no sentido de adaptar a Constituição a Legislação Ordinária, o que de veras seria inaceitável.

Abarcando a temática pela perspectiva da Lei nº 12.403/11, Oliveira (2011, p. 57) traz a seguinte lição:

A Lei 12.403/11 é lei geral, não revogando, em princípio, a legislação especial que cuida da matéria. Há leis no Brasil que ainda vedam a concessão de liberdade provisória, com e sem fiança, para determinados crimes, além daqueles para os quais o CPP, agora, estabelece a inafiançabilidade ou a proibição de imposição de fiança. Todas essas vedações legislativas à restituição da liberdade são inconstitucionais, por todas as razões de índole constitucional que já alinhamos aqui. Agora, diante da nova sistemática do art. 283, CPP, a exigir fundamentação cautelar para as prisões anteriores ao trânsito em julgado, ainda que não se fale em revogação, rigorosamente, o fato é que uma interpretação sistemática do direito processual penal caminha inexoravelmente no sentido de recusar aplicação a qualquer norma que vede a restituição da liberdade ao preso em flagrante sem ordem judicial escrita e fundamentada, baseada em razões cautelares.

Nestas lições, Oliveira (2011, p. 57) firma seu posicionamento pela inconstitucionalidade de todas as vedações legislativas que proíbam a concessão de liberdade provisória. Isto porque, para o aludido doutrinador, o regramento pátrio, em razão de seus princípios Constitucionais, tende a recusar a aplicação de qualquer norma que impeça a restituição da liberdade ao preso a não ser em razão de ordem judicial devidamente fundamentada.

Távora e Alencar (2011, p. 615), afirmam existir no STF³⁴ repetidos precedentes da primeira turma, que tendem a considerar vedada a liberdade provisória sem fiança nas situações em que a lei afirmar de forma expressa a inafiançabilidade do crime. Todavia, esclarecem não concordar com tal posicionamento, por entender que “toda restrição a direitos fundamentais deve ser interpretada estritamente e não de forma extensiva”, assim não ficando o juiz impedido de conceder a liberdade provisória em razão da inafiançabilidade do crime.

Depreende-se destas lições que, a doutrina pátria é uníssona ao lecionar pela inconstitucionalidade da vedação à concessão da liberdade provisória fundamentada unicamente em previsão legal.

Apesar de existirem formas diferentes de análise, em suma, seja em razão de revogação tácita ensejada pela Lei nº 11.464/07, a qual foi editada em resposta ao julgado do STF, que declarou a inconstitucionalidade da vedação legal à concessão ao instituto contida

³⁴ Supremo Tribunal Federal

na Lei dos Crimes Hediondos, seja por entender errônea a interpretação extensiva que defende a proibição Constitucional à aplicação da liberdade provisória (com e sem fiança) ao incurso no Crime de Tráfico de drogas, todos se manifestam pela inaplicabilidade do artigo 44 da Lei 11.343/06, por ser esta vedação irrestrita, uma afronta aos princípios garantistas constitucionais.

4.2 O entendimento jurisprudencial ante a controvérsia do tema

O tema na esfera dos tribunais é questão controvertida, inclusive, tendo sido reconhecida a sua repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal em 2009, pelo voto do Ministro Marco Aurélio:

PRISÃO PREVENTIVA - FLAGRANTE - TRÁFICO DE DROGAS - FIANÇA VERSUS LIBERDADE PROVISÓRIA, ADMISSÃO DESTA ÚLTIMA - Possui repercussão geral a controvérsia sobre a possibilidade de ser concedida liberdade provisória a preso em flagrante pela prática de tráfico de drogas, considerada a cláusula constitucional vedora da fiança nos crimes hediondos e equiparados. (RE 601384 RG, Relator (a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 10/09/2009, DJe-204 DIVULG 28-10-2009 PUBLIC 29-10-2009 EMENT VOL-02380-08 PP-01662 LEXSTF v. 31, n. 371, 2009, p. 506-508)³⁵

Desde então, há no âmbito do Supremo, julgados que evidenciam a divergência dos Ministros quanto ao posicionamento acerca da constitucionalidade inerente a aplicação do artigo 44 da Nova Lei de Drogas no que tange a concessão de liberdade provisória aos incurso no crime de tráfico de drogas.

Vale ressaltar, a fundamentação que defende a constitucionalidade da vedação, é baseado na inafiançabilidade prevista pela Carta Magna de 1988, que segundo visto, seria uma interpretação extensiva da norma constitucional, tendo em vista a previsão expressa

³⁵Fonte: Home Page do Supremo Tribunal Federal, disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>, acesso em 17/10/2011, às 17:20 hrs.

somente aludir à proibição da concessão de fiança, silenciando acerca da concessão independentemente da fiança.

Igualmente, nos julgados³⁶ do STF vê-se a fundamentação pela existência do requisito ensejador da prisão preventiva, especialmente o da garantia da ordem pública em razão de evidências de envolvimento no crime de tráfico de drogas:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO EM FLAGRANTE POR TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. LIBERDADE PROVISÓRIA. INDEFERIMENTO. DECISÃO LASTREADA NA VEDAÇÃO DO ART. 44 DA LEI 11.343/2006 E NOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DEMONSTRAÇÃO. ORDEM DENEGADA. JURISPRUDÊNCIA DO STF. I – A vedação à liberdade provisória para o delito de tráfico de drogas advém da própria Constituição Federal, a qual prevê a inafiançabilidade (art. 5º, XLIII), e do art. 44 da Lei 11.343/2006. II – Presentes os requisitos autorizadores da prisão cautelar, elencados no art. 312 do Código de Processo Penal, em especial o da garantia da ordem pública, por existirem sólidas evidências do envolvimento da paciente na prática do delito de tráfico de drogas. III – Habeas corpus denegado. (HC 104616, Relator (a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 21/09/2010, DJe-215 DIVULG 09-11-2010 PUBLIC 10-11-2010 EMENT VOL-02428-01 PP-00035)

Note-se no referido acórdão, voto do Ministro Ricardo Lewandowsk, sustentação pela legalidade da vedação a concessão do instituto da liberdade provisória em decorrência de vedação constitucional decorrente da inafiançabilidade do crime de tráfico e da vedação contida no texto da Lei de Drogas. Argumentação esta, amplamente discutida pelos doutrinadores e contestada por outros ministros da Suprema Corte.

HABEAS CORPUS - CONDENAÇÃO PENAL RECORRÍVEL - SUBSISTÊNCIA, MESMO ASSIM, DA PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII) - RECONHECIMENTO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE - SENTENÇA QUE MANTÉM A PRISÃO DO CONDENADO - UTILIZAÇÃO, PELO MAGISTRADO, DE CRITÉRIOS INCOMPATÍVEIS COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - LEI DE DROGAS (ART. 44) - PRISÃO CAUTELAR "EX LEGE" - INADMISSIBILIDADE (HC 100.742/SC, REL. MIN. CELSO DE MELLO) - EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

³⁶Fonte: Home Page do Supremo Tribunal Federal, disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>, acesso em 17/10/2011, às 17:39 hrs.

- IMPOSSIBILIDADE - DECRETABILIDADE DA PRISÃO CAUTELAR - POSSIBILIDADE, DESDE QUE SATISFEITOS OS REQUISITOS MENCIONADOS NO ART. 312 DO CPP - NECESSIDADE DA VERIFICAÇÃO CONCRETA, EM CADA CASO, DA IMPRESCINDIBILIDADE DA ADOÇÃO DESSA MEDIDA EXTRAORDINÁRIA - SITUAÇÃO EXCEPCIONAL NÃO VERIFICADA NA ESPÉCIE - INJUSTO CONSTRANGIMENTO CONFIGURADO - IRRELEVÂNCIA, PARA EFEITO DE CONTROLE DE LEGALIDADE DA DECISÃO QUE MANTÉM A PRISÃO CAUTELAR, DE EVENTUAL REFORÇO DE ARGUMENTAÇÃO ACRESCIDO PELAS INSTÂNCIAS SUPERIORES - PRECEDENTES - "HABEAS CORPUS" DEFERIDOS. PRISÃO CAUTELAR - CARÁTER EXCEPCIONAL. - A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada em situações de absoluta necessidade. A prisão processual, para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, impõe - além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e indício suficiente de autoria) - que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu. - A questão da decretabilidade da prisão cautelar. Possibilidade excepcional, desde que satisfeitos os requisitos mencionados no art. 312 do CPP. Necessidade da verificação concreta, em cada caso, da imprescindibilidade da adoção dessa medida extraordinária. Doutrina. Precedentes..(HC 103583, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 21/09/2010, DJe-187 DIVULG 28-09-2011 PUBLIC 29-09-2011 EMENT VOL-02597-01 PP-00114)

Como contraponto aos referidos posicionamentos, há arestos sustentando a inconstitucionalidade da vedação por diferentes pontos de vista. Verifica-se a fundamentação baseada na interpretação extensiva em razão da inafiançabilidade constitucionalmente prevista como afronta a princípios constitucionais. Argúi-se presente na Carta Política à liberdade como regra e não a prisão.

Ainda sobre esse tema, apreende-se que a Constituição Federal de 1988 também permeia pela proteção à dignidade humanitária, o pode se abstrair do seguinte julgado³⁷:

HABEAS CORPUS. PENAL, PROCESSUAL PENAL E CONSTITUCIONAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE DO CRIME. FUNDAMENTO INIDÔNEO. ADITAMENTO DA DECISÃO QUE INDEFERIU A LIBERDADE

³⁷Fonte: Home Page do Supremo Tribunal Federal, disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>, acesso em 18/10/2011, às 10:00 hrs.

PROVISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. ARTIGO 44 DA LEI N. 11.343/06. INCONSTITUCIONALIDADE: NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO DESSE PRECEITO AOS ARTIGOS 1º, INCISO III, E 5º, INCISOS LIV E LVII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. EXCEÇÃO À SÚMULA N. 691-STF. 1. A jurisprudência desta Corte está sedimentada no sentido de que a gravidade do crime não justifica, por si só, a necessidade da prisão preventiva. Precedentes. 2. Não é dado às instâncias subseqüentes aditar, retificar ou suprir decisões judiciais, mormente quando a falta ou a insuficiência de sua fundamentação for causa de nulidade. Precedentes. 3. Liberdade provisória indeferida com fundamento na vedação contida no art. 44 da Lei n. 11.343/06, sem indicação de situação fática vinculada a qualquer das hipóteses do artigo 312 do Código de Processo Penal. 4. Entendimento respaldado na inafiançabilidade do crime de tráfico de entorpecentes, estabelecida no artigo 5º, inciso XLIII da Constituição do Brasil. Afronta escancarada aos princípios da presunção de inocência, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana. 5. 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. 6. A inafiançabilidade não pode e não deve -- - considerados os princípios da presunção de inocência, da dignidade da pessoa humana, da ampla defesa e do devido processo legal --- constituir causa impeditiva da liberdade provisória. 7. Não se nega a acentuada nocividade da conduta do traficante de entorpecentes. Nocividade aferível pelos malefícios provocados no que concerne à saúde pública, exposta a sociedade a danos concretos e a riscos iminentes. Não obstante, a regra consagrada no ordenamento jurídico brasileiro é a liberdade; a prisão, a exceção. A regra cede a ela em situações marcadas pela demonstração cabal da necessidade da segregação ante tempus. Impõe-se, porém ao Juiz o dever de explicitar as razões pelas quais alguém deva ser preso ou mantido preso cautelarmente. Ordem concedida a fim de que o paciente seja posto em liberdade, se por al não estiver preso. (HC 97346, Relator (a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 25/05/2010, DJe-116 DIVULG 24-06-2010 PUBLIC 25-06-2010 EMENT VOL-02407-02 PP-00369 LEXSTF v. 32, n. 379, 2010, p. 280-286).

Neste voto, vislumbra-se entendimento firmando que a inafiançabilidade prevista na Carta Política não estabelece proibição universal a concessão da liberdade provisória e a imprescindibilidade de fundamentação em razões fáticas claras que venham a justificar a decretação da segregação cautelar.

HABEAS CORPUS. PENAL, PROCESSUAL PENAL E CONSTITUCIONAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SEGREGAÇÃO CAUTELAR. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE SITUAÇÃO FÁTICA. LIBERDADE PROVISÓRIA

INDEFERIDA COM FUNDAMENTO NO ART. 44 DA LEI N. 11.343. INCONSTITUCIONALIDADE: NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO DESSE PRECEITO AOS ARTIGOS 1º, INCISO III, E 5º, INCISOS LIV E LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. Liberdade provisória indeferida com fundamento na vedação contida no art. 44 da Lei n. 11.343/06, sem indicação de situação fática vinculada a qualquer das hipóteses do artigo 312 do Código de Processo Penal. 2. Entendimento respaldado na inafiançabilidade do crime de tráfico de entorpecentes, estabelecida no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição do Brasil. Afrenta escancarada aos princípios da presunção de inocência, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana. 3. Inexistência de antinomias na Constituição. Necessidade de adequação, a esses princípios, da norma infraconstitucional e da veiculada no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição do Brasil. A regra estabelecida na Constituição, bem assim na legislação infraconstitucional, é a liberdade. A prisão faz exceção a essa regra, de modo que, a admitir-se que o artigo 5º, inciso XLIII, estabelece, além das restrições nele contidas, vedação à liberdade provisória, o conflito entre normas estaria instalado. 4. A inafiançabilidade não pode e não deve --- considerados os princípios da presunção de inocência, da dignidade da pessoa humana, da ampla defesa e do devido processo legal --- constituir causa impeditiva da liberdade provisória. 5. Não se nega a acentuada nocividade da conduta do traficante de entorpecentes. Nocividade aferível pelos malefícios provocados no que concerne à saúde pública, exposta a sociedade a danos concretos e a riscos iminentes. Não obstante, a regra consagrada no ordenamento jurídico brasileiro é a liberdade; a prisão, a exceção. A regra cede a ela em situações marcadas pela demonstração cabal da necessidade da segregação ante tempus. Impõe-se, porém, ao Juiz o dever de explicitar as razões pelas quais alguém deva ser preso ou mantido preso cautelarmente. Ordem concedida a fim de que o paciente seja posto em liberdade, se por al não estiver preso. (HC 98103, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 16/03/2010, DJe-179 DIVULG 23-09-2010 PUBLIC 24-09-2010 EMENT VOL-02416-02 PP-00407 RMDPPP v. 7, n. 38, 2010, p. 105-111)

Verifica-se que o Ministro Eros Grau em seu voto no HC 100872³⁸, demonstra posicionamento contrário ao depreendido dos julgados anteriormente colecionados, firmando que a gravidade do crime, como no caso de tráfico de drogas, não é suficiente por si só para demonstrar a necessidade da prisão preventiva. No acórdão de referência, o eminente magistrado salienta que: “A referência hipotética à mera possibilidade de reiteração de infrações penais, sem nenhum dado concreto que lhe dê amparo, não pode servir de supedâneo à prisão preventiva.”

³⁸Fonte: Home Page do Supremo Tribunal Federal, disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>, acesso em 18/10/2011, às 10:30 hrs.

Neste sentido, outros arestos proferidos pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, demonstram entendimento pela inconstitucionalidade da vedação à concessão de liberdade provisória aos incursores nos crimes de tráfico de drogas, sintetizando fundamentação que contradiz o eixo de orientação da Ministra Carmem Lúcia e do Ministro Ricardo Lewandowski.

Vislumbra-se, ao analisar o conteúdo de um desses julgados do STF, o HC 97579³⁹, cuja relatora foi a Ministra Ellen Gracie, argumentos incisivos sobre a inconstitucionalidade do art. 44 da Lei nº 11.343/2006, asseverando que a vedação estabelecida fere diretamente os princípios constitucionais da presunção de inocência, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana:

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

Segundo os argumentos apresentados pela Ministra, a inafiançabilidade não pode isoladamente ser causa da proibição a concessão de liberdade provisória. A advertência se alinha com a premissa de idoneidade dos preceitos constitucionais da excepcionalidade da prisão cautelar e das garantias processuais aos acusados, e demonstra manifestação favorável à inconstitucionalidade da vedação.

³⁹Fonte: Home Page do Supremo Tribunal Federal, disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>, acesso em 18/10/2011, às 11:00 hrs.

A partir desses levantamentos, pode-se compreender que o tema é verdadeiramente foco de acirrada discussão, principalmente no que tange à jurisprudência, tendo em vista que a doutrina tem se manifestado de forma uniforme pela inconstitucionalidade e não aplicação da vedação.

De forma antagônica ao citado posicionamento doutrinário, há os entendimentos jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal, que sobre o tema, são indiscutivelmente relevantes, embora se denotem conflitantes, havendo turmas que entendem pela constitucionalidade e consequente aplicação da vedação, e outras que entendem pela inconstitucionalidade e não aplicação da norma proibitiva.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na atualidade existe uma forte polêmica acerca da vedação *ex lege* à concessão da liberdade provisória aos acusados incurso nos crimes de tráfico de drogas em razão de proibição contida no artigo 44 da Lei nº 11.343/06. A referida vedação tem sido aplicada de forma a não se apreciar a presença dos requisitos inerentes a prisão preventiva para que se decida sobre a possibilidade de concessão do instituto cautelar, diante da incursão no tipo do delito de tráfico de drogas, o que levaria, em tese, a uma dedução bastante para a manutenção da segregação cautelar.

Durante a confecção do presente estudo, foram levantadas a princípio duas hipóteses: a existência de inconstitucionalidade na vedação irrestrita a concessão da liberdade provisória aos agentes incurso no crime de tráfico de drogas, pelo embasamento legal exclusivo no artigo 44 da lei 11.343/2006 e uma tendência do ordenamento jurídico nacional de se posicionar no sentido de discriminar ações criminosas, impondo de maneira desproporcional, a alguns delitos, regras mais severas, enquanto em relação a outros similares, adota a benevolência.

Quanto à primeira hipótese, que tem essência diretamente ligada à problemática, buscando compreender se há inconstitucionalidade na vedação a concessão de liberdade provisória aos acusados incurso nos crimes de tráfico de drogas, se abordou a questão em razão da vedação existir em face de previsão legal.

No desenvolvimento da pesquisa do presente estudo foi possível perceber que há posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais que confirmam a referida hipótese, entendendo como inconstitucional a vedação contida no artigo 44 da Nova Lei de Drogas, em razão dos princípios constitucionais da presunção de inocência, proporcionalidade e da previsão constitucional acerca da possibilidade de concessão da liberdade provisória sem fiança e desde que ausentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva.

A doutrina pátria tem se manifestado de forma uníssona pela inconstitucionalidade da vedação *ex lege*, defendendo a análise subjetiva do caso concreto. As teses que defendem a não aplicação da aludida vedação podem ser vislumbradas nas lições de Bizzoto e Queiroz,

Carvalho e Mendonça (2008), e Pinto e Cunha (2009), de diferentes pontos de vista, todos concluem pela não aplicação da vedação unicamente em razão da lei.

É possível perceber em razão da revogação de vedação contida na Lei dos Crimes Hediondos que se deu em consequência da declaração de inconstitucionalidade proferida pela Suprema Corte, e que segundo Bizzotto e Queiroz (2010), revogou a mesma vedação contida na Lei de Drogas, ou por ferir diretamente uma previsão constitucional que prima pela regra da liberdade, entendendo como inaceitável uma interpretação extensiva proibitiva ante o silêncio constitucional acerca da questão, o que em tese, deveria ser interpretado como autorizador da concessão, os doutrinadores afirmam a inconstitucionalidade da vedação estabelecida pelo artigo 44 da aludida lei.

No tocante a jurisprudência pátria, esta, como veste no decorrer do presente estudo, se mostra ainda contestável. Há posicionamentos divergentes até mesmo no Supremo Tribunal Federal, onde se vê fundamentos idênticos com aplicações diversas. Para ilustrar, resalte-se que a primeira turma do STF tem entendimento unificado pela constitucionalidade e tem aplicado a vedação legal, já a segunda e a sexta turma tem proferido julgados contrários aos da primeira turma, firmando a inconstitucionalidade de uma vedação estritamente legal e não aplicando a vedação nos casos em que a análise subjetiva demonstra não estarem presentes os requisitos ensejadores da prisão preventiva.

A segunda hipótese levantada, após o término da pesquisa foi de igual modo confirmada, tendo em vista as vastas argumentações a respeito da periculosidade abstrata dos indivíduos incurso nos crimes de tráfico de drogas, vê-se um tratamento diferenciado pelo ordenamento jurídico pátrio, tendo em vista vedações a benefícios imposta a essa espécie de crime que não existe para outros delitos, que, comparativamente são igualmente graves, como por exemplo, o homicídio.

Desta feita, com a conclusão do presente trabalho procurou-se dar resposta à problemática e ao menos parcialmente esse resultado se concretizou, tendo em vista que a doutrina leciona de forma uniforme pela inconstitucionalidade da vedação, e apesar da jurisprudência pátria ainda não ter sedimentado o entendimento sobre o tema, parece exigível uma manifestação definitiva do Supremo Tribunal Federal, a qual se deseja, surja em breve, a

fim de ser declarada a inconstitucionalidade da vedação contida no artigo 44 da Lei nº 11.343/06.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Livros:

BATISTA, Weber Martins. **Liberdade Provisoria**. São Paulo: Forense, 1985.

BIZZOTTO, Alexandre, e QUEIROZ, Paulo. **Comentários Críticos à Lei de Drogas**, Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2010.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de, e MENDONÇA, Andrey Borges. **Lei de Drogas - Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006: Comentada artigo por artigo**. São Paulo: Método, 2008.

COSTA, José Armando da. **Estrutura Jurídica da Liberdade Provisória**. São Paulo: Saraiva, 1989.

CUNHA, Rogério Sanches, e PINTO, Ronaldo Batista. **Processo Penal – Doutrina e Prática**. Salvador: Jus Podivm, 2009.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2009.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios, e REIS, Alexandre Cebrian. **Processo Penal, Parte Geral (coleção sinopses jurídicas)**. São Paulo: Saraiva, 2010.

KARAM, Maria Lúcia. **Escritos Sobre A Liberdade – Liberdade, presunção de Inocência e Prisões Provisórias - Vol. 6**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LAKATOS, Eva Maria, e MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia Científica**. São Paulo: Atlas S.A., 1991.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Campinas: Milenium, 2000.

_____. **Elementos de Direito Processual Penal**. Campinas: Milenium, 2001.

MARQUES, José Frederico. **Elementos De Direito Processual Penal - Vol. IV.** Campinas/SP: Millennium, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUNES, Rizzato. **Manual de Monografia Jurídica.** São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Eugenio Pacceli. **Curso de Processo Penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. **Curso de Processo Penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacceli . **Regimes Constitucionais da Liberdade Provisoria.** Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

PACHECO, Denilson Feitoza. **Direito Processual Penal: teoria, crítica e práxis.** Niteroi/RJ: Impetus, 2008.

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

ROUSSEAU, Jean.-Jacques. **O Contrato Social.** São Paulo: Martins Fontes, 1989.

TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal.** Salvador: Jus podivm, 2009.

TÁVORA, Nestor, e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal.** Salvador: Jus podivm, 2011.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal brasileiro.** – São Paulo: Editora revistas dos tribunais, 2009.

Leis:

Brasil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível a <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituição>, acesso em 20/02/2011, às 09h30min.

Brasil. **Decreto Lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal.** Disponível a <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del3689>>, acesso em 18/07/2011, às 10h:00min.

Brasil. **Decreto-Lei No 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.** Disponível a <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>, acesso em 20/04/2011, às 10:00 hrs.

Brasil. **Lei Nº 11.343, de 23 de agosto de 2006 – Lei de drogas.** Disponível a <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343>, acesso em 22/02/2011, às 09h00min.

Artigos:

ATIQUEIRA, Moisés. **Tito Lívio e a lógica dos corpos**. Revista de História, 161 - USP, 339-366, 2009. Disponível em <<http://www.revistasusp.sibi.usp.br/scielo>>, acesso em 10/05/2011, às 10:00 hrs.

FILHO, Antônio Vieira da Silva. **Dissertação - O Estado Universal do Mundo: a autonomia "poética" do herói e a vida prosaica no Estado na Estética de Hegel**. disponível em USP:< www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/, 2006>, acesso em 10/05/2011, às 10:30 hrs.

MATOS, Delmo. **Níveis e articulações do argumento contratualista de Hobbes**. **Cadernos de Ética e Filosofia Política n.15**, São Paulo, 2/2009, pp. 123-149. Disponível em <<http://www.fflch.usp.br/df/cefp/Cefp15/mattos.pdf>> acesso em 14/05/2011, às 11:00hrs.

OLIVEIRA, Terezinha. **Universidade, liberdade e política na comuna medieval: um estudo de cartas oficiais**. História, Franca, v.28, n.2, 2009. Disponível em <<http://www.scielo.br/scielo>>, acesso em 11/05/2011, às 09:00 hrs.

Jurisprudências:

Brasil. Supremo Tribunal Federal: HC 103715-Relator(a): Min. 1. CÁRMEN LÚCIA, julgamento em 23/11/2010, disponível à <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>, acesso em 15/09/2011, às 10:47 hrs.

Brasil. Supremo Tribunal Federal: HC 108652-Relator(a): Min. 1. RICARDO LEWANDOWSKI, julgamento em 09/08/2011, disponível à <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>, acesso em 15/09/2011, às 10:40 hrs.

Brasil. Supremo Tribunal Federal: RE 601384 RG-Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgamento em 10/09/2009, disponível à <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>, acesso em 15/09/2011, às 10:30 hrs.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça: HC 201.518/PE-Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgamento em 23/08/2011, disponível à <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>>, acesso em 14/09/2011, às 10:10 hrs.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça: HC 206.794/DF-Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgamento em 23/08/2011, disponível à <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>>, acesso em 14/09/2011, às 10:15 hrs

Brasil. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás: HABEAS-CORPUS 326712-45.2011.8.09.0000, Rel. DES. JOSE LENAR DE MELO BANDEIRA, 2A CAMARA CRIMINAL, julgado em 25/08/2011 disponível à <<http://www.tjgo.jus.br>> acesso em 14/09/2011, às 09:00hrs.

Brasil. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás: HABEAS-CORPUS 327957-91.2011.8.09.0000, Rel. DES. LUIZ CLAUDIO VEIGA BRAGA, 2A CAMARA CRIMINAL, julgamento em 25/08/2011, disponível à <<http://www.tjgo.jus.br>> acesso em 14/09/2011, às 09:00hrs.

Fontes eletrônicas:

Dicionário de latim, disponível em <<http://www.loveira.adv.br/dicionario.htm>> acesso em 12/06/2011, às 20:20 hrs.

Tradutor Google, disponível em <<http://translate.google.com.br/>> acesso em 15/11/2011, às 22:07 hrs.