

Universidade Federal de Juiz de Fora

**PARADIGMA CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE PROVISÓRIA NO TRÁFICO  
DE ENTORPECENTES**

Mariana Santos de Sá

Juiz de Fora  
2010

Universidade Federal de Juiz de Fora

PARADIGMA CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE PROVISÓRIA NO  
TRÁFICO DE ENTORPECENTES

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado por Mariana à  
Faculdade de Direito/Universidade  
Federal de Juiz de Fora como  
requisito para obtenção do Título de  
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Cristiano Álvares Valladares do Lago

Juiz de Fora  
2010

Mariana Santos de Sá

PARADIGMA CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE PROVISÓRIA NO  
TRÁFICO DE ENTORPECENTES

Orientador: Prof. Cristiano Álvares Valladares do Lago

Trabalho de Conclusão de Curso submetido à Faculdade de Direito da  
Universidade Federal de Juiz de Fora, como parte dos requisitos necessários à  
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovado por:

---

Prof. Ms. Cristiano Álvares Valladares do Lago

---

Prof. Dr. Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes

---

Prof. Dr. Luiz Antônio Barroso Rodrigues

Juiz de Fora  
2010

Dedico este trabalho  
aos meus pais, Eliaquim e  
Mariana, pelo amor  
incondicional.

Aos meus irmãos, pelo  
apoio.

Ao Vitor, pelo carinho e  
paciência.

“Quanto mais abominável é o crime, tanto mais imperiosa, para os guardas da ordem social, a obrigação de não se aventurar inferências, de não revelar prevenções, de não se extraviar em conjecturas, de seguir passo a passo as circunstâncias, deixando a elas a palavra, abstendo-se rigorosamente de impressões subjetivas e não antecipando nada.”

Rui Barbosa. **Novos discursos e conferências**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 1975.

## Resumo

Este estudo consiste, fundamentalmente, na análise das divergências doutrinárias e jurisprudenciais existentes acerca da possibilidade da concessão da liberdade provisória no Tráfico de Entorpecentes, sob a ótica constitucional da vedação legal prevista no artigo 44, da Lei 11.343/2006. Trata-se da análise da sucessão de leis no tempo, com o advento da Lei 11.464/2007, que modificou o artigo 2º, II, da Lei 8.072/1990, que por sua vez, revogou o artigo anteriormente citado na Lei de Drogas. Assim, não caberia mais a aplicação da vedação abstrata e apriorística, ao contrário, a revogação permite a possibilidade da concessão da liberdade provisória aos crimes considerados hediondos e equiparados, sobretudo, no que se refere ao Tráfico de Drogas. No entanto, por não ser este um entendimento pacífico, o presente trabalho visa demonstrar os argumentos contrários e os favoráveis a concessão da liberdade provisória no Tráfico de Entorpecentes. Analisa-se, então, o aspecto constitucional da vedação abstrata aos crimes hediondos e equiparados feita pelo legislador infra-constitucional, em confronto com os princípios constitucionais que versam sobre a prisão cautelar e sua excepcionalidade, em especial, o princípio da presunção de inocência e o da proporcionalidade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Liberdade Provisória. Constituição Federal de 1988. Tráfico de Drogas. Crimes hediondos. Inafiançabilidade. Constitucionalidade. Princípios constitucionais.

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	08
2. PARADIGMA CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE PROVISÓRIA...10	
2.1. Princípio da não-culpabilidade ou estado de inocência.....	11
3. LIBERDADE PROVISÓRIA E INAFIANÇABILIDADE.....	16
3.1. Liberdade Provisória sem fiança ou vinculada.....	17
3.2. Liberdade Provisória com fiança.....	19
3.3. Inafiançabilidade.....	21
4. A LIBERDADE PROVISÓRIA NA LEI DE CRIMES HEDIONDOS.....	24
4.1. Argumentos favoráveis à concessão da liberdade provisória no Tráfico de Entorpecentes.....	24
4.1.2. Princípio da proporcionalidade.....	29
4.2. Argumentos contrários à concessão da liberdade provisória no Tráfico de Entorpecentes.....	30
4.2.1. Conflito aparente de normas.....	33
5. A INCONTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA NO TRÁFICO DE ENTORPECENTES.....	35
6. CONCLUSÃO.....	37
7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	40

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa analisar a constitucionalidade da vedação legal da liberdade provisória no tráfico de drogas, prevista no art. 44, da Lei 11.343/2006, para os crimes previstos nos artigos 33, caput e § 1º, e 34 a 37, da referida Lei, sendo que o tema abordado no referido trabalho é: “O paradigma constitucional da liberdade provisória no tráfico de entorpecentes.”

O tema merece destaque, uma vez que a liberdade provisória refere-se a garantia do indivíduo em responder a persecução criminal em liberdade, sendo esta uma garantia prevista no rol das garantias individuais. Além disso, o sistema criminal brasileiro, que antes adotava a prisão do indivíduo como regra, ou seja, partia da premissa básica de que a prisão em flagrante delito já autorizava o juízo da antecipação da responsabilidade penal, com base apenas na lei, e não com fundamento cautelar específico, necessário a privação da liberdade do indivíduo, após o advento da Constituição Federal de 1998, e com o realinhamento de garantias individuais, caminha para análise concreta da necessidade da imposição da medida cautelar ou sua manutenção. Isto porque, o modelo fundamentado na presunção da culpabilidade não mais subsiste, já que o sistema criminal adota como fundamento o princípio da inocência.

Inicialmente, a análise constitucional da liberdade provisória, com a instituição do princípio informativo do estado de inocência a todo aquele submetido a persecução criminal, exigindo que toda prisão seja devidamente fundamentada - exceto a prisão em flagrante, em que a análise da necessidade do acautelamento ocorre “*a posteriori*”, com a análise da manutenção da prisão - por ordem escrita de autoridade judiciária, é marca da indispensabilidade da necessidade de uma medida cautelar, no que se refere à sua função de instrumentalidade, que visa o acautelamento dos interesses de ordem pública.

A vedação da liberdade provisória no Tráfico de Drogas com fundamento na literalidade do artigo 44, da referida Lei, constitui uma vedação antecipada e genérica da concessão da liberdade, que fere explicitamente o princípio da presunção da inocência, visto como valor normativo, que abrange toda a persecução criminal, tanto na fase pré-processual, quanto na fase penal propriamente dita. Assim, a medida cautelar que vise a garantia do processo, em última análise, a garantia o devido processo legal, deve-se pautar em situações devidamente previstas em lei. Portanto, a análise dos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da

isonomia, da liberdade, da não-culpabilidade ou estado de inocência, visa adequar e regular o exercício da jurisdição penal, como medida de sua legitimação.

Ademais, a tutela da liberdade individual, que aponta para concepção democrática do processo penal, tende a abolir do ordenamento desarrazoadas medidas impostas pelo legislador ordinário, tendo como referência na presente monografia, a Lei 8.072/1990, que ao tratar dos crimes hediondos e equiparados, no disposto no artigo 2º, inciso II, da mencionada lei, corroborou com a vedação da liberdade provisória no tráfico de drogas. No entanto, com a promulgação da Lei 11.464/2007, que derogou o art. 2º, inciso II, da lei de Crimes Hediondos, de forma a permitir a liberdade provisória nos crimes hediondos e equiparados, consolidou a idéia do processo penal como garantia do indivíduo perante o Estado Democrático. Ante o exposto, não se justifica a distinção de tratamento previsto no artigo 44 da lei 11.343/2006, em que veda a liberdade provisória no Tráfico de Drogas, tendo em vista, não somente a sucessão de leis penais no tempo, com a conseqüente revogação do citado artigo. Além disso, há a necessidade da justificativa da indispensabilidade da custódia provisória em detrimento da liberdade do indivíduo, pois, a instrumentalidade e provisoriedade das prisões antes do trânsito em julgado, são instrumentos hábeis a balizar as hipóteses de acautelamento necessário a garantia da persecução criminal.

Por fim, a liberdade provisória, como instrumento processual, dirige-se contra o flagrante delito, de forma a substituir a cautelaridade por restrições e ônus processuais àqueles que se beneficiam com a concessão da liberdade provisória, conforme preleciona os termos do artigo 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal, que explicita a necessidade da concessão da liberdade provisória quando ausentes requisitos que legitimam a cautelaridade da prisão em flagrante delito. Coloca-se, então, em evidência, o problema da prisão tão-somente na natureza e gravidade da infração imputada, sem ao menos analisar as circunstâncias do fato, como também as condições pessoais do agente.

Dessa forma, busca-se demonstrar a inconstitucionalidade da vedação abstrata e apriorística à liberdade provisória no Tráfico de Entorpecentes, em evidente confronto com os princípios constitucionais e ao Estado Democrático de Direito.

## 2. PARADIGMA CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE PROVISÓRIA

As prisões, reconhecidas por serem uma das formas mais drásticas de cerceamento dos direitos fundamentais do indivíduo, sobretudo as prisões ocorridas durante a persecução criminal, antes mesmo do trânsito em julgado da sentença condenatória, que visam assegurar a efetividade do processo, baseada em razão de cautela, na busca pela efetividade do processo, devem possuir contornos constitucionais, de forma a preservar a eficácia e a efetividade da jurisdição penal. Portanto, a prisão deve sempre pautar-se pelo critério da excepcionalidade, conforme preleciona o eminente Ministro Marco Aurélio:

A Carta de 1988 jungiu a perda da liberdade a certos pressupostos, revelando, assim, que esta situação se constitui em verdadeira exceção. Indispensável para que ocorra é que se faça presente situação enquadrável no disposto no inciso LXI do rol das garantias constitucionais, devendo, de possuidora de contornos preventivos, residir em elementos concretos que sejam possíveis de exame e, portanto, enquadráveis no artigo 312 do Código de Processo penal. Não há como inverter a ordem natural das coisas, tal como definida pelo ordenamento jurídico, elegendo a possibilidade de responder em liberdade a acusação, simples acusação, em exceção.<sup>1</sup>

Ante o exposto, o estado de inocência previsto no artigo 5º, LVII, da Carta Magna, é objeto principal, dentre as diversas garantias do indivíduo durante a persecução criminal, tendo em vista que a presunção de inocência do acusado institui regras acerca da necessidade de se manter aprisionado qualquer indivíduo. Isto porque, a jurisdição penal se fundamenta e legitima na exigência de ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária para a decretação da prisão antes do trânsito em julgado de sentença condenatória, salvo em se tratando de flagrante delito (artigo 5º, LXI, da Constituição Federal). Tem-se, então, por evidente, a situação excepcional da prisão em flagrante, visto que esta se revela como uma modalidade de prisão não judicial, que visa diminuir ou vedar os efeitos da infração penal, impedindo a consumação ou exaurimento da prática criminal.

Diante da peculiaridade da prisão em flagrante delito, que se constrói o instituto da liberdade provisória, visto que esta somente é cabível para conceder a liberdade, com ou sem a prestação de fiança, ao aprisionado em flagrante.

---

<sup>1</sup> HC nº 71.361-1 - RS – 2ª Turma, DJ, seção I, 23.09.94, p. 25330.

Anteriormente, as prisões feitas em flagrante delito se justificavam tão-somente na presunção de culpabilidade do indivíduo, com a finalidade de assegurar a efetividade do processo, sem haver outras considerações necessárias a privação da liberdade do mesmo, que não fossem as circunstâncias do flagrante delito. Assim, a prisão vista como uma antecipação final do processo, baseada na presunção de culpa do indivíduo, decorrente do próprio flagrante, fez com que a privação da liberdade se justificasse no mero risco de fuga do acusado, ou seja, na sua não apresentação a todos os atos do processo. Devido a isso, a liberdade provisória era vista como uma exceção, eis que a prisão do indivíduo se manifestava como uma regra, em flagrante desacordo com os direitos fundamentais, ferindo, principalmente, o princípio da não-culpabilidade ou estado de inocência, bem como o direito à liberdade.

## **2.1. PRINCÍPIO DA NÃO-CULPABILIDADE OU ESTADO DE INOCÊNCIA**

O princípio da presunção de inocência foi positivado com a Constituição Federal de 1988, apesar das Constituições anteriores não provesse expressamente o princípio da não-culpabilidade ou estado de inocência, tal princípio decorria do sistema de garantias processuais. Atualmente, o referido princípio está previsto no artigo 5º, LVII, da Carta Magna, *in verbis*: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

Para alguns autores, o princípio tem sua origem remota na versão técnica do clássico *in dubio pro reo*, isto é, na dúvida deve o juiz absolver o réu. Isto porque, inúmeros diplomas jurídicos de direito internacional consagram o referido princípio como tema central da tutela dos direitos e garantias fundamentais da pessoa, tem-se como exemplo, a Declaração Universal de Direitos Humanos, 10 de dezembro de 1948, que em seu artigo 11.1, dispõe: “Toda a pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para a sua defesa.”

Sabe-se que, a presunção de inocência é fundamental para a elaboração do chamado devido processo penal, isto é, o processo penal calcado em regras e garantias constitucionais, que prevê a situação de inocência do jurisdicionado no processo criminal, baseando-se,

fundamentalmente, na concepção de Estado, uma vez que o conflito entre o *ius puniendi* (poder de punir do Estado) e *ius libertatis* (a liberdade do cidadão), ora tenderá para o primeiro e ora para o segundo. Assim, no Estado liberal, a liberdade do indivíduo ganha destaque, o que não ocorre em um Estado fascista, já que neste regime de governo, o direito de punir do Estado, manifesta-se como meio de tutela do interesse social de repressão da delinquência, conseqüentemente o direito à liberdade não é fundamental, pois o que se tutela é a repressão a delinquência. Neste contexto, surgiu o Código de Processo Penal de 1941, com fundamento no modelo fascista do Código de Processo Penal Italiano de 1941.

A partir disso, tem-se que o Código de Processo Penal de 1941, consagrava a primazia do interesse social, tendo em vista sempre a repressão a delinquência, assim, havia a presunção de culpabilidade do indivíduo, como forma de antecipação da culpa, o que vinha a justificar as prisões, sobretudo as prisões cautelares.

No entanto, com a Constituição Federal de 1988, por ser esta uma Constituição democrática, exigiu-se uma releitura do Código de Processo Penal à luz das normas constitucionais, pois, consagraram-se no ordenamento jurídico garantias fundamentais ao indivíduo. A partir deste contexto, o processo penal adotou o sistema acusatório, sendo que o jurisdicionado deixa de ser mero objeto da persecução penal, situando-se, então, como sujeito de direitos e deveres.

Como preleciona Esteban Romero Arias:

A aparente neutralidade do texto constitucional ora analisado (art. 5º, inc. LVII) não consegue esconder (muito menos impedir) o manancial limitador e garantista que emerge do princípio citado. Uma constituição que tem como fundamento “a dignidade da pessoa humana” (ar. 5º), que exige prisão fundamentada etc., evidentemente parte do pressuposto de que a liberdade individual, no processo penal, vem em primeiro lugar. Só em casos excepcionais, respeitando o devido processo legal (*due process of law*), pode haver, portanto, privação ou restrição dessa liberdade.<sup>2</sup>

No que se refere a natureza jurídica da presunção de inocência, cabe salientar que do ponto de vista formal ou extrínseco, encontra-se o referido princípio constitucional fundamental, inserido no rol de garantias e direitos fundamentais da pessoa (artigo 5º, da Constituição Federal). Já analisando intrinsecamente, de forma substancial, configura-se como um direito eminentemente processual, com repercussões, sobretudo, no campo

---

<sup>2</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Estudos de Direito Penal e Processo Penal**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

probatório, das garantias e do tratamento dispensado ao acusado durante a persecução criminal. Tratando, então, de uma presunção *iuris tantum*, pois admite prova em contrário.

A constitucionalização do princípio da presunção de inocência goza de status de norma constitucional de eficácia ilimitada, conforme preleciona de José Afonso da Silva (apud OLIVEIRA, 2007), pois as normas constitucionais de eficácia ilimitada produzem, desde logo, efetiva ou potencialmente, todos os seus efeitos jurídicos, independentemente de qualquer providência legislativa.

Observa-se a partir disso, que conforme o disposto no artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal, a situação de inocência do acusado ostenta normatividade imediata. Assim, o princípio da não-culpabilidade pode ser visto sob duas vertentes, quais seja, a imposição de regras no sistema comprobatório e no regime prisional. Tem-se que a primeira regra diz respeito ao *in dubio pro reo*, isto é, o ônus probatório do fato criminoso é exclusivamente da acusação, enquanto a segunda regra diz respeito a necessidade de se justificar a custódia anterior ao trânsito em julgado da acusação. Em relação ao segundo desdobramento, tão importante a presente monografia, diz respeito a exigência da regra de tratamento no processo criminal, exigindo do acusador a prova de culpabilidade do indiciado. Além disso, a presunção de inocência, como garantia jurisdicional, fundamenta o controle de constitucionalidade das leis, que exige o reconhecimento da primazia das normas constitucionais, ou seja, a inocência não pode ser restringida ou eliminada por presunções legais.

Nestes termos, consagra-se a presunção de inocência daquele submetido ao processo criminal, como condição jurídica do acusado, tanto antes do processo, bem como no curso do mesmo, tendo em vista que a persecução penal não vai além da manifestação de convicção da responsabilidade criminal, seja pelo Estado, na ação penal pública, seja pelo indivíduo, na ação privada. Com efeito, a persecução penal encontra fundamento na própria soberania do Estado, e sendo assim, a imputação feita em Juízo não se funda em nenhuma presunção de culpabilidade, mas no direito do indivíduo diante da gravidade das sanções impostas, bem como das repercussões sociais na esfera do acusado.

Sabe-se que, a presunção de inocência vem a consagrar a proibição de imposição de tratamento próprio do sistema condenatório, com a antecipação de culpa do acusado, no que diz respeito a privação de liberdade do indivíduo anterior a sentença condenatória transitada em julgado, já que fixa limites a atividade persecutória. Não havendo, no entanto, prejuízo à intervenção estatal prevista em Lei, quando houver prova de existência de crime e indícios de autoria, eis que a ação penal não se dirigirá tão-somente em face de quem se ache na posição

de autor do fato, uma vez que haverá de pautar-se sempre pelos requisitos legais, quando da tutela do interesse público.

A prisão, como forma de supressão da liberdade será justificada, mesmo anterior ao provimento final do judiciário, quando o acusado se enquadrar nos requisitos previstos no artigo 312, do Código de Processo Penal, que regulamenta o regime da prisão preventiva, visto que o afastamento do princípio da inocência, reclama a devida fundamentação, como bem observa Pacelli:

A consideração prévia de *não-culpabilidade*, ou de *não-culpado*, com efeito, institui-se como princípio orientador e vinculante não só de legislação infraconstitucional, como da autoridade judiciária, obrigada a fundamentar todas as decisões judiciais, e, de modo ainda mais sensível, a prisão ou a manutenção de toda prisão, segundo os expressos termos do art. 5º, LXI, da Constituição da República.<sup>3</sup>

Não obstante todo o exposto, o legislador infraconstitucional, por vezes, sem a devida observância a eficácia direta e imediata das normas constitucionais que versam sobre direitos e garantias fundamentais, acaba por limitar abstratamente o princípio da presunção de inocência. Isto ocorre, por exemplo, com a vedação legal na legislação infraconstitucional da liberdade provisória, sem ao menos observar os requisitos legais que permitem ao judiciário conceder a liberdade ao indivíduo durante a persecução criminal. Isto porque, no sistema jurídico brasileiro, todo acusado é presumido inocente até que se prove legalmente o contrário, pois a rigor, o objeto das provas são os fatos, e a culpabilidade deve ser vista como um conceito jurídico e não um fato. Comprovar a culpabilidade, então, é provar o fato típico, ou seja, a afirmação da certeza dos fatos que se ajustam a um tipo penal e da participação do acusado nestes mesmos fatos. Cabe, assim, a acusação a prova do indício inequívoco dos fatos e da participação do acusados nestes fatos que lhe são imputados.

Sabe-se que, então, que a presunção de inocência manifesta-se como regra probatória, que imputa a incumbência ao acusador de demonstrar a culpabilidade do acusado, através da existência dos fatos imputados a este último, ocorrendo, também, a impossibilidade de obrigar o acusado a colaborar com a apuração dos fatos, ou seja, garantir o direito ao silêncio do mesmo. A outra vertente do princípio aqui tratado é de fundamental relevância ao presente ensaio monográfica, uma vez que a presunção de inocência também se manifesta como regra

---

<sup>3</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Regimes Constitucionais da Liberdade Provisória**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

de tratamento, isto é, impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de culpabilidade. Devido a isso, as prisões cautelares não podem antecipar a pena ao acusado, devendo ser utilizadas sob o escopo de assegurar o processo. Por força da regra de tratamento, as medidas coercitivas antes ou durante o processo só se justificam quando há extrema necessidade fundada em fatos concretos.

Neste sentido, a título ilustrativo, cita-se o trecho da ementa do Superior Tribunal Federal (STF):

(...) A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada em situações de absoluta necessidade. A prisão preventiva, 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 prisão preventiva não pode - e não deve - ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia. A prisão preventiva - que não deve ser confundida com a prisão penal - não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal. (...) O estado de comoção social e de eventual indignação popular, motivado pela repercussão da prática da infração penal, não pode justificar, só por si, a decretação da prisão cautelar do suposto autor do comportamento delituoso, sob pena de completa e grave aniquilação do postulado fundamental da liberdade. O clamor público - precisamente por não constituir causa legal de justificação da prisão processual (CPP, art. 312) - não se qualifica como fator de legitimação da privação cautelar da liberdade do indiciado ou do réu, não sendo lícito pretender-se, nessa matéria, por incabível, a aplicação analógica do que se contém no art. 323, V, do CPP, que concerne, exclusivamente, ao tema da fiança criminal. Precedentes. - A acusação penal por crime hediondo não justifica, só por si, a privação cautelar da liberdade do indiciado ou do réu. (...) A prerrogativa jurídica da liberdade - que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) - não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais, que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem. Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível - por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) - presumir-lhe a culpabilidade. Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional da não-culpabilidade, em

nosso sistema jurídico, consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados definitivamente por sentença do Poder Judiciário. (HC 80719/SP; Relator CELSO DE MELLO; Julgamento: 26/06/2001, Segunda turma, DJ 28-09-01, Unânime).

É importante salientar que a presunção de inocência, projeta a sua eficácia para a interpretação das leis penais, apresentando-se como um limite frente ao legislador, dada a natureza constitucional deste princípio, assim, serão nulos os preceitos penais que estabelecem o juízo de responsabilidade baseados na presunção de culpabilidade. Deste modo, o princípio deve ser empregado com critério e equilíbrio, buscando-se uma justa posição entre o direito de punir do Estado e o direito subjetivo a liberdade do cidadão.

### **3. LIBERDADE PROVISÓRIA E INAFIANÇABILIDADE**

Com o advento do Código de Processo Penal de 1941, a liberdade provisória, só poderia ser concedida ao aprisionado em flagrante mediante a apresentação de fiança e que o crime não fosse contra a segurança do Estado, ressalvadas as hipóteses em que e o crime fosse praticado mediante uma conduta penalmente justificada, conforme previsto no artigo 310, caput, do Código de Processo Penal. Decorrente disso, diante da prisão flagrancial, o réu só poderia ver restabelecida a sua liberdade se o crime fosse afiançável, ante uma excludente de ilicitude, ou se praticada uma infração com penalidade baixa, podendo o aprisionado “livrar-se solto”, como dispõe o artigo 321, do Código de Processo Penal.

No entanto, o sistema processual sofreu uma flexibilização com a entrada em vigor da Lei 6.416, de 24 de maio de 1977, que veio a alterar substancialmente o instituto da liberdade provisória, exigindo a fundamentação da prisão antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, como se observa através da inserção do parágrafo único do artigo 310, do Código de Processo penal, nos seguintes termos: “Parágrafo único. Igual procedimento será adotado quando o juiz verificar, pelo auto da prisão em flagrante, a inoccorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a preventiva (artigos 311 e 312).” A partir disso, tem-se que a prisão, ocorrida em flagrante delito, somente será mantida, se não houveram causas que justifiquem a conduta infracional do indivíduo, perante crimes de baixa penalização, quando o

réu poderá livrar-se solto e, sobretudo, quando inexistentes requisitos e pressupostos da prisão preventiva, conforme o disposto no artigo 312, do Código de Processo Penal.

Ante o exposto, observa-se que a liberdade provisória, com ou sem fiança, possui cabimento a partir da prisão em flagrante, restituindo a liberdade do indivíduo àquele que não poderá ser considerado culpado antes do provimento decisório, sendo que a liberdade provisória concedida ao aprisionado, implica em restrição de direitos, visto que concedida quando atendidas as exigências legais:

Portanto, a liberdade provisória, com ou mediante prisão cautelar, por impõe restrições aos direitos por quem não pode ser considerado culpado, é também uma medida cautelar imposta pelo Estado ao suposto autor de um crime, em virtude de ter sido ele preso em flagrante, o que pode, mesmo em tese, justificar um ponderado receio de risco de fuga, diante da inegável força probante que, em regra, emerge da situação de flagrante.<sup>4</sup>

Sabe-se que a liberdade provisória deverá ser encarada como um direito subjetivo do preso, pois a prisão em flagrante se justifica até a duração das razões que a legitima, assim, cumprido pelo o acusado os requisitos dispostos em lei, deverá ter a sua liberdade restituída. A liberdade a ser restituída poderá ser concedida mediante o pagamento de caução (fiança) ou sem nenhuma vinculação, isto é, a concessão da liberdade provisória sem fiança.

### **3.1. LIBERDADE PROVISÓRIA SEM FIANÇA OU VINCULADA**

A modalidade de liberdade provisória sem fiança está prevista no artigo 310, caput, e parágrafo único, bem como no artigo 350, ambos do Código de Processo Penal, *in verbis*:

“art. 310. Quando o juiz verificar pelo auto da prisão em flagrante que o agente praticou o fato, nas condições do artigo 19, I, II e III, do Código Penal, poderá, depois de ouvir o Ministério Público, conceder ao réu liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.

Parágrafo único. 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 (artigos 311 e 312).”

---

<sup>4</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 12<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

“art. 350. Nos casos em que couber fiança, o juiz, verificando ser impossível ao réu prestá-la, por motivo de pobreza, poderá conceder-lhe a liberdade provisória, sujeitando-se às obrigações constantes dos artigos 327 e 328. Se o réu infringir, sem motivo justo, qualquer dessas obrigações ou praticar outra infração penal, será revogado o benefício.

Parágrafo Único. “O escrivão intimará o réu das obrigações e sanções previstas nesse artigo.”

Sabe-se que a liberdade provisória sem fiança foi instituída pela Lei nº 6.416/1977, que incluiu o parágrafo único do artigo anteriormente citado, permitindo ao juiz verificar no auto de prisão em flagrante, que se o acusado praticar o crime em legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento de dever legal, ou exercício regular de um direito, e por não estarem presentes as hipóteses de prisão preventiva, pode-se, então, aplicar o parágrafo único do artigo 310, do Código de Processo Penal.

A doutrina explicita que a modalidade de liberdade provisória sem fiança pode-se denominar, também, como liberdade vinculada, tendo em vista que a liberdade estaria vinculada ao comparecimento do acusado a todos os atos do processo. Assim, afastado os requisitos da prisão preventiva, prevista no artigo 312, do Código de Processo Penal, poderá o acusado ter a sua liberdade restituída. Portanto, enquanto não findar o processo, aquele que estiver em gozo da liberdade provisória continua vinculado a este processo, cumprindo as obrigações que lhe foram impostas, sob pena de revogação do benefício. Isto porque, ainda que a princípio o crime não exija a fiança, poderá o juiz conceder a liberdade provisória, sem qualquer prestação de caução, exigindo do acusado o compromisso de comparecer a todos os atos do processo. Trata-se, então, de um direito subjetivo do acusado, e não uma mera faculdade do juiz, pois não cabe a este, se estando presentes os pressupostos para a concessão da medida, julgar a conveniência ou não da providência, pois afrontaria o direito à liberdade.

É importante salientar, que pouco importa tratar-se de infração afiançável ou não, pois não estando presentes os requisitos para a prisão preventiva conforme dispõe o artigo 312, do Código de Processo Penal, quais sejam, a garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou assecuramento da aplicação da lei penal, poderá ser aplicada a liberdade provisória.

No que se refere ao réu pobre, o juiz poderá conceder a liberdade provisória ao acusado, mesmo se tratando de crime afiançável, entendendo-se para a aplicação de tal preceito que a

miserabilidade do indiciado encontra respaldo no artigo 32, § 1º, do Código de Processo Penal: “Considerar-se-á pobre a pessoa que não puder prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis ao próprio sustento ou da família.”

Em se tratando da minimidade da pena cominada à infração, a liberdade provisória é obrigatória, sem que o indiciado preste a fiança ou se sujeite a qualquer tipo de vinculação, trata-se da hipótese em que o réu “livra-se solto”, conforme dispõe o artigo 312, do Código de Processo Penal, *in verbis*:

“Art. 321. Ressalvado o disposto no art. 323, III e IV, o réu livrar-se-á solto, independentemente de fiança:

I - no caso de infração, a que não for, isolada, cumulativa ou alternativamente, cominada pena privativa de liberdade;

II - quando o máximo da pena privativa de liberdade, isolada, cumulativa ou alternativamente cominada, não exceder a três meses.”

Observando o dispositivo anteriormente exposto, verifica-se que a prisão cautelar seria inócua, pois a infração é insignificante, assim, não há que se falar em prestação de fiança, não tendo, ainda, qualquer vinculação. Isto porque, tais infrações abrangidas pelo dispositivo legal, em sua maioria são contravenções penais, assim, a legislador não demonstrou maiores preocupações quando a um possível risco do acusado furta-se à aplicação da lei penal. Portanto, lavrado o auto de flagrante delito, a autoridade policial deverá restituir *incontinenti* a liberdade ao aprisionado.

### **3.2. LIBERDADE PROVISÓRIA COM FIANÇA**

A liberdade provisória sem fiança, anteriormente explicitada, é a regra em nosso ordenamento jurídico, isto porque tal modalidade aplica-se a maioria dos crimes previstos, além de exigir do aprisionado tão-somente o comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação do benefício. Percebe-se, então, que a liberdade provisória com fiança, de pronto, perdeu muito a sua importância.

A fiança, antes da entrada em vigor da Lei 6.416/1977, que instituiu o regime da liberdade provisória prevista no artigo 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal, era a regra

no processo penal, sendo a única modalidade de liberdade provisória. No entanto, a regra da liberdade provisória sem fiança é cabível até mesmo quando o crime é considerado inafiançável, restando demonstrado o esvaziamento do instituto da liberdade provisória concedida mediante fiança.

A lei não dispõe quais infrações admitem a fiança, mas apenas quais não admitem, portanto, a contrário senso, concluem-se através da leitura dos dispositivos quando será permitida a prestação da fiança:

“Art. 322. A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração punida com detenção ou prisão simples.  
Parágrafo único. Nos demais casos do art. 323, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas.”

“Art. 323. Não será concedida fiança:  
I - nos crimes punidos com reclusão em que a pena mínima cominada for superior a 2 (dois) anos;  
II - nas contravenções tipificadas nos arts. 59 e 60 da Lei das Contravenções Penais;  
III - nos crimes dolosos punidos com pena privativa da liberdade, se o réu já tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado;  
IV - em qualquer caso, se houver no processo prova de ser o réu vadio;  
V - nos crimes punidos com reclusão, que provoquem clamor público ou que tenham sido cometidos com violência contra a pessoa ou grave ameaça.”

“Art. 324. Não será, igualmente, concedida fiança:  
I - aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se refere o art. 350;  
II - em caso de prisão por mandado do juiz do cível, de prisão disciplinar, administrativa ou militar;  
III - ao que estiver no gozo de suspensão condicional da pena ou de livramento condicional, salvo se processado por crime culposo ou contravenção que admita fiança;  
IV - quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312).”

Prestada a caução (fiança), o indiciado ou réu obterá a sua liberdade provisória até o pronunciamento final da causa, em decisão transitada em julgado, garantindo que cumprirá as

obrigações fixadas em lei, ou seja, atenderá às notificações para atos do inquérito, da instrução criminal e do julgamento, sujeitar-se-á à execução da condenação, quando esta lhe for imposta, e satisfará as obrigações pecuniárias, quando lhe for atribuída essa responsabilidade.

Ante o exposto, vê-se que a liberdade provisória é um sucedâneo da prisão provisória, logo, seu fundamento pauta-se nas circunstâncias que asseguram a presença do acusado ao processo, sem impor-lhe o sacrifício do cárcere. Isto porque, a prisão cautelar cerceia a liberdade do indivíduo ainda não considerado culpado e, dessa forma, cabendo a concessão da liberdade provisória, com ou sem a prestação de fiança, a mesma deverá ser concedida ao acusado.

### **3.3. INAFIANÇABILIDADE**

A inafiançabilidade refere-se à vedação constitucional para determinados crimes da concessão da liberdade provisória com fiança. Cumpre, então, ressaltar que a inafiançabilidade não se trata das hipóteses de não- cabimento da fiança, conforme preleciona os artigos 323 e 324, ambos do Código de Processo Penal, uma vez que, os referidos artigos não impedem a concessão da liberdade provisória sem fiança, prevista no artigo 310, parágrafo único do referido Código, sempre com a ressalva de que não ocorra os pressupostos para decretação da prisão preventiva.

A Constituição Federal de 1998 dispõe em seu artigo 5º, inciso XLIII:

“XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.” (grifo nosso).

Revela-se o centro da preocupação nacional com alguns crimes, assim, o legislador restringiu garantias fundamentais aos delitos anteriormente citados, por considerá-los mais graves, dispensando-lhes, então, tratamento rigoroso, conforme se vê, dentre eles, encontra-se o Tráfico de Entorpecentes.

A Lei de Crimes Hediondos, Lei 8.072/1990, veio consubstanciar com a distinção rigorosa dada pela Constituição Federal, ao dar tratamento mais rigoroso aos crimes considerados pela sua hediondez, não só a vedação a concessão da fiança, como também vedando a liberdade provisória. Assim, a referida Lei vedava, no seu texto original, além da fiança, a aplicação de qualquer regime da liberdade provisória a quem fosse preso em flagrante nos delitos previsto em seu texto normativo.

Na esteira da previsão Constitucional, o artigo 2º, II, da Lei 8.072/1990, previa:

“Art. 2. Os crimes hediondos, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:  
(...)  
II- fiança e liberdade provisória;”(grifo nosso).

Percebe-se claramente o tratamento diverso dado aos regimes da liberdade provisória, uma vez que o texto Constitucional veda a aplicação da fiança, mas não veda a concessão da liberdade provisória sem fiança, revelando, assim, tratamento mais gravoso àquele que presta a caução, pois, não se pode vedar o regime sem fiança diante da hipótese de inafiançabilidade.

A Lei de Tóxicos, também, dispôs sobre a inafiançabilidade, conforme se vê no artigo 44:

“Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.”(grifo nosso).

Salienta-se que, a Constituição Federal no que se refere a inafiançabilidade, vedou exclusivamente a liberdade provisória com fiança, não há que se falar, então, em vedação da liberdade provisória sem fiança, pois, por expressa previsão no artigo 5º, LXVI, da Carta Magna, existe a possibilidade da liberdade provisória sem fiança, uma vez que o dispositivo Constitucional preleciona:

“LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;”(grifo nosso).

Percebe-se, assim, que apesar da vedação da liberdade provisória, com ou sem fiança, na legislação ordinária vigente, tanto na Lei de Crimes Hediondos, bem como na Lei de Tóxicos, demonstra o tratamento diferenciado dado pelo legislador infra-constitucional, àquele previsto na Constituição.

Com essa contradição entre a Constituição e o texto infra-constitucional, que gerou divergências na doutrina e na jurisprudência quanto a possibilidade da concessão da liberdade provisória no Tráfico de Entorpecentes, sobretudo com a evolução legislativa proporcionada pela Lei 11.467/2007, que modificou o artigo 2º, II, da Lei 8.072/1990, derogando o dispositivo anterior e vedando apenas a concessão da fiança aos crimes hediondos e equiparados, não mais dispendo sobre a impossibilidade de concessão da liberdade provisória.

#### **4. A LIBERDADE PROVISÓRIA NA LEI DE CRIMES HEDIONDOS**

A redação original do artigo 2º, II, da Lei de Crimes Hediondos, conforme dito anteriormente vedava tanto a concessão de fiança, bem como a liberdade provisória, no entanto, em 2007, com advento da Lei, 11.464, o mencionado dispositivo foi alterado, passando a ter a seguinte redação:

“Art. 2. Os crimes hediondos, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:  
(...)  
II- fiança.” ( grifo nosso).

Nota-se, então, que a nova redação autoriza a concessão da liberdade provisória sem fiança nos crimes considerados hediondos e equiparados, sendo que dentre eles, encontra-se o Tráfico de Drogas. No entanto, na lei que versa sobre o Tráfico de Entorpecentes, Lei 11.343/2006, existe a vedação expressa a concessão da liberdade provisória previsto no artigo 44 da citada Lei, gerando divergências na doutrina quanto a constitucionalidade da vedação, conforme se demonstrará adiante.

##### **4.1. ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À CONCESSÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA NO TRÁFICO DE ENTORPECENTES**

Com o advento da lei 11.464/2007, consoante se vê do artigo 1º, que deu nova redação ao artigo 2º, II, da Lei 8.072/1990, passou a permitir a liberdade provisória sem fiança, prosseguindo, no entanto, com a proibição da concessão da fiança.

A consequência da mudança legislativa revela a paradoxal possibilidade de se conceder a liberdade provisória sem fiança, mas permitindo o contrário, que é a possibilidade da liberdade provisória sem fiança aos crimes considerados hediondos e equiparados.

A partir disso, parte da doutrina, revela que outra não poderia ser a solução dada no que se refere a concessão da liberdade provisória no Tráfico de Entorpecentes, pois apesar da

expressa vedação presente no artigo 44 desta Lei, a lei 11.464/2007 por ser posterior à legislação anterior com ela incompatível restaria revogada, de forma a permitir a concessão da liberdade provisória sem fiança no Tráfico de Entorpecentes.

Tem-se que a lei de Tráfico de Entorpecentes, por sua essência é uma lei especial em relação aos crimes catalogados no Código Penal, uma vez que em razão da sua especialidade e especificidade de tratamento normativo no que diz respeito às condutas previstas nesta lei. Assim, para parte da doutrina e jurisprudência o que ocorre é o conflito aparente de normas, sendo que a lei posterior revoga a lei anterior naquilo em que forem incompatíveis, conforme preleciona Pacelli:

“(...) permanecemos com a regra mais simples da hermenêutica do concurso aparente de normas: lei posterior revoga a anterior naquilo que forem incompatíveis, desde que versem sobre o mesmo tema. Precisamente a hipótese de que se cuida, ainda que na Lei de Drogas contenha algumas especificidades, inerentes à amplitude da regulação.”<sup>5</sup>

Observa-se que antes, tanto a Lei de Crimes Hediondos, uma lei geral, aplicável aos crimes hediondos e equiparados, como no Tráfico, lei especial, reiteravam a expressa vedação a concessão da liberdade provisória. Portanto, a impossibilidade da concessão da liberdade provisória era regulada na lei geral e na lei especial. No entanto, os doutrinadores salientam que com a sucessão de leis no tempo, advinda da nova redação do artigo 2º, II, da Lei de Crimes Hediondos, modificada pela Lei 11.464/2007, foi responsável pela revogação do artigo 44, da Lei de tráfico de Entorpecentes, possibilitando, então, a concessão da liberdade provisória.

O princípio regente na sucessão de leis no tempo é o da posterioridade, ou seja, lei posterior revoga lei anterior, com ela incompatível, assim ocorre uma verdadeira sucessão de leis no tempo, em que a posterior revoga ou derroga a anterior.

Ademais, cabe destacar que se o legislador quisesse manter a restrição a concessão da liberdade provisória prevista no artigo 44, da Lei de Tráfico de Drogas, optando por um tratamento diverso e rigoroso, o faria de forma expressa, usa-se como exemplo, a redação do artigo 112 Da Lei de Execução Penal:

---

<sup>5</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

"Artigo 112 - A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão" (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1/12/2003).

Observa-se que houve a ressalva as hipóteses em que o benefício era vedado pela lei especial, impedindo, assim, os efeitos da lei posterior. Assim, não caberia a ressalva da aplicabilidade da impossibilidade de concessão da liberdade provisória no Tráfico de Drogas, uma vez que o legislador não fez tal ressalva de forma expressa, consubstanciando com a regra de sucessão de leis no tempo, que revogou a vedação na referida Lei de Drogas.

Consubstanciando com o entendimento da possibilidade da concessão da liberdade provisória no Tráfico de Entorpecente, a título ilustrativo, vê-se a ementa a seguir:

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

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

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

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

Concedida a ordem, mantendo-se os efeitos da liminar deferida.”(TJDFT – HC 20080020156580, relator, desembargador Renato Scussel, DJ 3.12.2008, p. 65).”

Portanto, o entendimento da doutrina que busca a concretização da liberdade provisória no Tráfico de Entorpecentes, baseia-se na revogação do artigo 44 da referida lei, eis que os casos que se apura a prática de crimes hediondos, sobretudo àqueles previstos na Lei 11.343/2006, diante da ausência dos requisitos da prisão preventiva, prevista no artigo 312, do Código de Processo penal, possa efetivar a liberdade provisória, tendo em vista que a prisão

cautelar deve ser vista de maneira excepcional. Isto porque, não subsiste mais a vedação genérica a concessão da liberdade provisória nos Crimes Hediondos.

Outro entendimento não poderia prosperar, pois com a revogação do artigo 44, da lei 11.463/2006, em virtude da nova redação do artigo 2º, II, da Lei de Crimes Hediondos, bem como o exemplo de tratamento diverso dado pelo legislador, quando prevê que lei posterior não poderá surtir efeitos em lei anterior, conforme anteriormente disposto com a redação do artigo 112, da Lei de Execução Penal, a doutrina, ainda traz como exemplo a declaração da inconstitucionalidade do artigo 21, da Lei 10.826/2003, conhecida como o Estatuto do Desarmamento.

Isto porque, o artigo 21, do Estatuto do Desarmamento passou a considerar insuscetíveis de liberdade provisória os crimes previstos nos artigos 16 (posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito), 17 (comércio ilegal de arma de fogo) e 18 (tráfico internacional de arma de fogo):

“Art. 21. Os crimes previstos nos arts. 16, 17 e 18 são insuscetíveis de liberdade provisória.”

No entanto, contra a expressa vedação, foi ajuizada a ADIN, ação direta de inconstitucionalidade, 3.112-1, que restou procedente, reconhecendo a afronta aos princípios constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal, disposto no artigo 5º, LVII e LXI, da Constituição Federal. Resolvendo a controvérsia, a Lei 11.464, de 28 de março de 2007, deu nova redação ao artigo 2º da Lei 8.072/90, e retirou a vedação antes expressa no inc. II do artigo 2º, que proibia a concessão de liberdade provisória nos crimes mencionados. Assim, as razões que fundamentam o reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 21 da Lei 10.823/2006, servem, também para fundamentar a inconstitucionalidade à vedação a liberdade provisória contida no artigo 44 da Lei de Drogas.

As situações aqui tratadas são idênticas, assim, como salienta os doutrinadores, não há razão jurídica para interpretações distintas.

Embora o entendimento do Superior Tribunal Federal, ainda opte, em regra, pela impossibilidade da concessão da liberdade provisória no Tráfico de Entorpecentes ao acusado preso em flagrante delito, de forma a aplicar a expressa vedação do artigo 44 da Lei 11.343/06, o Ministro Eros Grau, em 17 de setembro de 2009, manifestou um posicionamento distinto, ao conceder liminar de habeas corpus, no HC 97.976/MG:

“(…) a vedação da concessão de liberdade provisória ao preso em flagrante por tráfico de entorpecentes, veiculada pelo artigo 44 da Lei 11.343/06, é expressiva de afronta aos princípios da presunção de inocência, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana (artigos 1º, III, e 5º, LIV e LVII da Constituição do Brasil). Daí resultar inadmissível, em face dessas garantias constitucionais, possa alguém ser compelido a cumprir pena sem decisão transitada em julgado, além do mais impossibilitado de usufruir benefícios da execução penal.”

E prossegue:

“A inconstitucionalidade do preceito legal me parece inquestionável” (STF, HC 100.745/SC, rel. Ministro Eros Grau, j. 17-9-2009).

Na mesma linha de pensamento, destaca-se o posicionamento da Desembargadora do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Jane Silva, enquanto convocada para o Superior Tribunal de Justiça, conforme ementa que segue transcrita:

“A gravidade abstrata do delito atribuído ao agente é insuficiente para a manutenção de sua prisão provisória, sob pena de afronta à garantia constitucional de presunção de não-culpabilidade. Precedentes. Da mesma forma, a invocação da repercussão social do delito não se presta para a justificação da constrição cautelar, sob pena de antecipação do cumprimento da reprimenda, vedada pelo ordenamento jurídico pátrio, notadamente quando a quantidade de drogas encontrada em poder dos agentes não se mostra expressiva. Precedentes. Unicamente a vedação legal contida no artigo 44 da Lei 11.343/2006 é insuficiente para o indeferimento da liberdade provisória, notadamente em face da edição da Lei 11.464/2007, posterior e geral em relação a todo e qualquer crime hediondo e/ou assemelhado. Precedentes. Dado provimento ao recurso para deferir ao recorrente os benefícios da liberdade provisória” (STJ, RHC 24.349, 6ª T., rela. Mina. Jane Silva, j. 11-11-2008, *DJU* de 1-12-2008; *Boletim IBCCrim* 194, Jurisprudência, p. 1228).

A doutrina, ainda, demonstra a desproporcionalidade do tratamento dado pelo legislador infra-constitucional, não só a impossibilidade da concessão da liberdade provisória nos crimes hediondos, conforme se observava da anterior redação dada pelo artigo 2º, II, da Lei 8.072/1990, bem como pelo artigo 44, da Lei 11.343/2006. Isto porque, o artigo 5º, inciso

XLIII, da Constituição não se encontra a vedação da liberdade provisória nos crimes hediondos. Já que, por força da Lei nº 8.072/1990, em sua redação original, havia a proibição da concessão do benefício aos crimes hediondos e equiparados. Assim, a vedação a benefícios penais e processuais, em abstrato, sem a análise do caso concreto, bem como sem o exame dos requisitos previstos pela Lei à concessão do benefício, fere o princípio da proporcionalidade e da isonomia, em relação aos crimes hediondos e equiparados.

#### **4.1.2. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

A Constituição Federal, ao assegurar o princípio da presunção de inocência, exige que toda prisão cautelar, tenha como base uma ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, conforme preleciona o artigo 5º, LXI, salvo em prisão em flagrante delito. No entanto, esta prisão somente deverá ser mantida se não houver presentes os requisitos da prisão preventiva, conforme dispõe o artigo 312, do Código de Processo Penal, não justificando, então, a vedação da liberdade provisória em abstrato.

A vedação da liberdade provisória, inverte a regra constitucional que impõe a exigência de fundamentação para a decretação da prisão cautelar, estendendo tal entendimento à manutenção da referida prisão nos casos de flagrante delito. Daí a inconstitucionalidade da expressa vedação prevista no artigo 44, da Lei 11.343/2006, pois se revela incompatível com o princípio da presunção de inocência e da proporcionalidade.

A vedação da liberdade provisória feita em abstrato, sem considerar o caso concreto, não consubstancia com a lógica do tratamento dispensado pelo constituinte, uma vez que, a Constituição atribui expressamente a certos delitos tratamento diverso e mais gravoso, atribuindo maior juízo de reprovação, conforme se vê no artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal. Portanto, não cabe ao legislador ordinário apontar em quais crimes seria incabível a concessão da liberdade provisória, já que o próprio constituinte quando quis dar tratamento mais gravoso aos crimes hediondos e equiparados o fez de forma expressa, prevendo a inafiançabilidade.

Como já exposto, a Lei 11.464/2007, ao alterar a legislação dos crimes hediondos, revogou a vedação do artigo 44, da Lei de Drogas, uma vez que os crimes versados pelos

artigo são equiparados a hediondo. Dessa forma, entendimento contrário, elegeria o tráfico de drogas como uma conduta de maior lesividade que as demais consideradas pela lei como sendo hediondas.

Neste contexto preleciona Pacelli:

“Se toda prisão antes do trânsito em julgado haverá de ostentar natureza acautelatória, como, aparentemente, reconhecem todos, não há como negar que a única autoridade pública que pode responder pela aludida tutela é o Poder Judiciário, dado que o que estará sendo acautelado, com a prisão, é imediatamente, o processo, e, mediamente, a jurisdição penal. A necessidade da prisão, e assim, a definição da presença das razões cautelares autorizadas pela lei, somente há de ser aferida no plano da realidade concreta, e nunca pela maior gravidade do delito, até porque, ao final, será sempre possível a desclassificação da infração imputada na denúncia.”<sup>6</sup>

A proporcionalidade da medida e a concessão do mesmo tratamento aos crimes previstos na Lei de Crimes Hediondos estendem-se ao Tráfico de Drogas, eis que com a nova redação do artigo 2º, II, da Lei 8.072/1190, tratamento diverso não poderá ser dado ao crimes previstos no artigo 44, da lei 11.343/2006, pois feriria a proporcionalidade e isonomia previstas aos crimes catalogados pela sua hediondez.

#### **4.2. ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À CONCESSÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA NO TRÁFICO DE ENTORPECENTES**

Em que pese os argumentos favoráveis a concessão da liberdade provisória no Tráfico de Entorpecentes, existem doutrinadores que sustentam a aplicabilidade da vedação em abstrato e apriorística prevista na lei de Drogas, com amparo no entendimento de que a esta Lei é especial em relação a Lei de Crimes Hediondos.

Para esta corrente, que inadmite a concessão da liberdade provisória, parte do pressuposto que se anteriormente a Lei 11.464/2007, que alterou a Lei nº 8.072/90, havia vedação expressa à concessão do benefício da liberdade provisória, com ou sem fiança, aos

---

<sup>6</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

autores de crimes hediondos ou a eles equiparados, as modificações trazidas por essa lei, com a supressão da “e liberdade provisória”, constante no artigo 2º da Lei 8.072/1990, não permitindo a concessão da liberdade provisória no Tráfico de Drogas, não se aplicaria a Lei de Drogas tendo em vista o princípio da especialidade das normas.

Com isso, não seria possível a análise em concreto da concessão da liberdade provisória nos crimes previstos na Lei de Drogas, pois, o entendimento seria que esta sendo uma Lei especial, não poderia ser revogada por uma lei geral, que é a lei de Crimes Hediondos, tendo em vista o princípio da especialidade, então, surgiria o conflito aparente de normas, e visando o “*ne bis in idem*”, aplicaria-se a regra do artigo 44, da Lei de Drogas, por ser uma lei especial. Dessa forma, não haveria a sucessão de leis no tempo e, sim, o conflito aparente de normas.

O Poder Constituinte, portanto, conferiu extrema importância aos crimes hediondos, inserindo-os entre as regras que tratam dos direitos e garantias fundamentais. De fato, por serem delitos merecedores de maior reprovação por parte do Estado, pelo extremo potencial ofensivo, justificaria a vedação expressa e apriorística prevista na legislação infraconstitucional, como se vê do artigo 44, da Lei de Drogas.

Após o advento da Lei nº 11.464/07, quando os casos concretos começaram a ser julgados pelo STF, o entendimento já era no sentido acima apontado:

“EMENTA: HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE. PACIENTE PRONUNCIADA PELO CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO (CRIME HEDIONDO). CUSTÓDIA CAUTELAR MANTIDA. OBSTÁCULO DIRETAMENTE CONSTITUCIONAL: INCISO XLIII DO ART. 5º (INAFIANÇABILIDADE DOS CRIMES HEDIONDOS). SUPERVENIÊNCIA DA LEI Nº 11.464/2007. IRRELEVÂNCIA. MANUTENÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF. 1. Se o crime é inafiançável e o acusado foi preso em flagrante, o instituto da liberdade provisória não tem como operar. O inciso II do artigo 2º da Lei nº 8.072/90, quando impedia a “fiança e a liberdade provisória”, de certa forma incidia em redundância, dado que, sob o prisma constitucional (inciso XLIII do artigo 5º da CF/88), tal ressalva era desnecessária. Tal redundância foi reparada pelo legislador ordinário (Lei nº 11.464/2007), ao retirar o excesso verbal e manter, tão-somente, a vedação do instituto da fiança. 2. Manutenção da jurisprudência desta Primeira Turma, no sentido de que “a proibição da liberdade provisória, nessa hipótese, deriva logicamente do preceito constitucional que impõe a inafiançabilidade das referidas infrações penais: (...) “seria ilógico que, vedada pelo art. 5º, XLIII, da Constituição, a liberdade provisória mediante fiança nos crimes hediondos, fosse ela admissível nos casos legais de liberdade provisória sem fiança...” (HC 83.468, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence). No mesmo sentido: HC 93.302, da relatoria da ministra Cármen Lúcia.” (STF; 1ª Turma; HC 92924/SP; Relator Min. Carlos Britto; DJe 216.)

E mais:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE POR TRÁFICO DE DROGAS. SUPERVENIÊNCIA DA SENTENÇA CONDENATÓRIA: QUESTÃO NÃO-PREJUDICADA. LIBERDADE PROVISÓRIA: INADMISSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. A superveniência da sentença condenatória - novo título da prisão - não prejudica, nas circunstâncias do caso, a análise do pedido de liberdade provisória. 2. A proibição de liberdade provisória, nos casos de crimes hediondos e equiparados, decorre da própria inafiançabilidade imposta pela Constituição da República à legislação ordinária (Constituição da República, art. 5º, inc. XLIII): Precedentes. O art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90 atendeu o comando constitucional, ao considerar inafiançáveis os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos. Inconstitucional seria a legislação ordinária que dispusesse diversamente, tendo como afiançáveis delitos que a Constituição da República determina sejam inafiançáveis. Desnecessidade de se reconhecer a inconstitucionalidade da Lei n. 11.464/07, que, ao retirar a expressão "e liberdade provisória" do art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90, limitou-se a uma alteração textual: a proibição da liberdade provisória decorre da vedação da fiança, não da expressão suprimida, a qual, segundo a jurisprudência deste Supremo Tribunal, constituía redundância. Mera alteração textual, sem modificação da norma proibitiva de concessão da liberdade provisória aos crimes hediondos e equiparados, que continua vedada aos presos em flagrante por quaisquer daqueles delitos. 3. A Lei n. 11.464/07 não poderia alcançar o delito de tráfico de drogas, cuja disciplina já constava de lei especial (Lei n. 11.343/06, art. 44, caput), aplicável ao caso vertente. 4. Irrelevância da existência, ou não, de fundamentação cautelar para a prisão em flagrante por crimes hediondos ou equiparados: Precedentes. 5. Licitude da decisão proferida com fundamento no art. 5º, inc. XLIII, da Constituição da República, e no art. 44 da Lei n. 11.343/06, que a jurisprudência deste Supremo Tribunal considera suficiente para impedir a concessão de liberdade provisória. Ordem denegada. (STF; 1ª Turma; HC 93229/SP; Relatora Min. Cármen Lúcia; Dje 074).

EMENTA: HABEAS CORPUS. 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 o comando constitucional, ao considerar inafiançáveis os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos. Inconstitucional seria a legislação ordinária que dispusesse diversamente, tendo como afiançáveis delitos que a Constituição da

República determina sejam inafiançáveis. Desnecessidade de se reconhecer a inconstitucionalidade da Lei n. 11.464/07, que, ao retirar a expressão 'e liberdade provisória' do art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90, limitou-se a uma alteração textual: a proibição da liberdade provisória decorre da vedação da fiança, não da expressão suprimida, a qual, segundo a jurisprudência deste Supremo Tribunal, constituía redundância. Mera alteração textual, sem modificação da norma proibitiva de concessão da liberdade provisória aos crimes hediondos e equiparados, que continua vedada aos presos em flagrante por quaisquer daqueles delitos. 2. A Lei n. 11.464/07 não poderia alcançar o delito de tráfico de drogas, cuja disciplina já constava de lei especial (Lei n. 11.343/06, art. 44, caput), aplicável ao caso vertente. 3. Irrelevância da existência, ou não, de fundamentação cautelar para a prisão em flagrante por crimes hediondos ou equiparados: Precedentes. 4. Ordem denegada. (STF; 1ª Turma; HC 98548/SC; Relatora Min. Cármen Lúcia; DJe 232)

Assim, observa-se que, por vezes, a Suprema Corte, se manifesta contrária a concessão da liberdade provisória, e dentre os argumentos favoráveis ou contra, destaca-se o conflito aparente de normas, merecendo, então, no presente trabalho um tratamento mais detalhado.

#### **4.2.1. CONFLITO APARENTE DE NORMAS**

Evidencia-se que não se trata de um conflito efetivo de normas, pois tem-se em vista que o Direito é um sistema harmônico, em que as normas relacionam-se de forma dependente e hierárquica, o que permite a aplicação de uma só lei ao caso concreto, excluindo-se ou absorvendo as demais leis.

No que se refere ao conflito sobre a possibilidade da concessão da liberdade provisória ao tráfico de Drogas, aqueles que sustentam a inaplicabilidade do benefício, baseiam-se fundamentalmente, no princípio da especialidade, um dos princípios que norteiam o conflito aparente de normas. Assim, considera-se uma norma especial em relação a outra geral, quando reunidos todos os elementos desta acrescidos de alguns elementos especializantes, assim, a referida Lei de Drogas por ser especial em relação a Lei de Crimes Hediondos, não sofreria alteração, mesmo com a mudança ocorrida no artigo 2º, II, da Lei 8.072/1190, tendo em vista que a lei de Drogas possui elementos específicos.

Esse entendimento é esposado pelo Toledo:

“Se entre duas ou mais normas legais existe uma relação de especialidade, isto é, de gênero para espécie, a regra é a de que a norma especial afasta a incidência da norma geral. Considera-se especial (*Lex specialis*) a norma que contém todos os elementos da geral (*Lex generalis*) e mais o elemento especializador. Há, pois, em a norma especial um plus, isto é, um detalhe a mais que sutilmente a distingue da norma gera.”<sup>7</sup>

Assim, lei especial tem o fim precípua de evitar o “*bis in idem*”, determinando a prevalência da norma especial em relação a norma geral, devendo, então, ser aplicável a regra do artigo 44, da Lei de Drogas.

Em que pese o notório saber dos eminentes Ministros do Supremo Tribunal Federal, *in casu*, o que ocorre na verdade é uma verdadeira sucessão de leis no tempo, com o advento a Lei 11.464/2007, por ser uma lei geral e posterior, que revogou, portanto, o artigo 44 da Lei 11.343/2006, sendo assim, o critério aplicável é o cronológico, equivocando-se o Supremo em muitas de suas decisões, não devendo prosperar tal entendimento, como explicita GOMES (2007):

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

---

<sup>7</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5ª. São Paulo: Saraiva, 2002.

## **5. A INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA NO TRÁFICO DE ENTORPECENTES**

A Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, Lei de Tráfico de Entorpecentes, entrou em vigor no dia 8 de outubro de 2006, e seu artigo 44, caput, vedou expressamente a concessão de Liberdade Provisória, com ou sem fiança, em se tratando da prática dos crimes previstos nos artigos 33, caput e § 1º, e 34 a 37. No entanto, a Lei 11.464, de 28 de março de 2007, revogou o artigo 44 da Lei de Tóxicos, pois derogou o artigo 2º, II, da Lei 8.072/1990, que versava sobre a mesma matéria, permitindo, então, a concessão da liberdade provisória nos crimes hediondos e equiparados. Sabe-se que a Lei nº 11.464/2007 é posterior a Lei de Tráfico de Entorpecentes, não subsistindo mais a vedação da liberdade provisória na Lei de Drogas.

Cumprindo observar, que a regra legal da vedação da liberdade provisória no Tráfico de Entorpecentes, tem conteúdo material idêntico ao preceito já declarado inconstitucional pela Suprema Corte. A declaração de inconstitucionalidade do artigo 21 da Lei nº 10.826/2003, ADIN 3.112, que vedava aprioristicamente à concessão da liberdade provisória no então Estatuto do Desarmamento, demonstra que a vedação abstrata não deve subsistir em nosso ordenamento jurídico, uma vez que não compatibiliza com os princípios constitucionais, como o devido processo legal, o princípio da presunção de inocência, dentre outros princípios consagrados pela Constituição Federal.

A vedação da liberdade provisória que se baseia unicamente na gravidade do delito, sem observar as características do acusado e, sobretudo, na necessidade da medida acautelatória é uma afronta a Constituição Federal. Assim, resta evidente que qualquer forma presumida e infraconstitucional de se proibir a concessão da liberdade provisória, com ou sem fiança, é inconstitucional.

A Constituição Federal prevê casos em que não se concede a fiança, os crimes inafiançáveis são previamente estabelecidos pelo constituinte, assim não cabe ao legislador infraconstitucional vedar abstratamente a liberdade provisória. Em momento algum, deve-se interpretar que uma restrição se estende a outra, ou seja, mesmo que a norma constitucional proíba a liberdade provisória com fiança para alguns crimes, não se pode interpretar a impossibilidade de concessão nestes casos da liberdade provisória sem fiança, já que o texto constitucional não vedou expressamente a concessão da liberdade provisória sem fiança aos crimes hediondos e equiparados. Deve-se, então, observar a regra já prevista no Código de

Processo Penal, em que a concessão da liberdade provisória beneficiará o acusado quando ausentes os elementos ensejadores da prisão preventiva. Não cabe, então, ao legislador infraconstitucional ultrapassar os limites previstos na Constituição Federal, pois tais restrições estão em confronto com os princípios constitucionais, ou seja, contrariam a própria Constituição.

Observa-se que a vedação prevista na Lei no 11.343/06 é inconstitucional, devendo por isso ser afastada, já que ao juiz cabe fundamentar a necessidade da custódia cautelar do preso em flagrante delito, demonstrando os motivos que possibilitam a decretação da prisão preventiva, conforme preleciona o artigo 312 do Código de Processo Penal, dada a excepcionalidade da medida acautelatória. Dessa forma, não existindo tais motivos, deve-se conceder a liberdade provisória ao acusado.

A partir do exposto, a eventual negativa pelo simples fato de se tratar de crime de Tráfico de Entorpecentes e, não porque estariam presentes alguns dos elementos que possibilitam a decretação da prisão preventiva, corrobora com a inconstitucionalidade da vedação abstrata no Tráfico de Entorpecentes. Isto porque, a Lei de Drogas parte do pressuposto de que a prisão em flagrante do acusado do delito de tráfico é estritamente necessária, que prescinde da análise dos requisitos que possibilitam a segregação.

Portanto, não restam dúvidas quanto a inconstitucionalidade da vedação abstrata e apriorística da concessão da liberdade provisória no Tráfico de Entorpecentes. Isto porque, não se pode presumir a culpabilidade do acusado tão-somente baseando-se na gravidade do delito, nem ao menos cabe ao legislador infraconstitucional estabelecer restrições não previstas pelo legislador constituinte. Cumpre ressaltar que a prisão é exceção e, dessa forma, somente a Constituição Federal pode prever os casos que a priori se vedará ou cerceará um direito fundamental. Além disso, o próprio Código de Processo Penal estabelece regras em que se pode conceder ou não a liberdade provisória, com ou sem fiança, através da análise pela autoridade judiciária dos elementos necessários a segregação do acusado. Assim, enquanto não reconhecida a inconstitucionalidade da vedação da liberdade provisória no Tráfico de Entorpecentes pela Suprema Corte, cabe aos juízes, na análise do caso concreto, no controle difuso de inconstitucionalidade, avaliar a possibilidade da concessão da liberdade provisória no Tráfico de Entorpecentes e, não somente vedar um benefício pela previsão equivocada e inconstitucional do artigo 44, da Lei 11.343/2006.

## 6. CONCLUSÃO

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

Na esteira da repressão aos delitos considerados graves, a Lei de Crimes Hediondos, Lei nº 8.072/1990, concedeu um tratamento mais gravoso aos delitos considerados hediondos e equiparados, dentre eles o Tráfico de Entorpecentes, vedando a concessão da liberdade provisória, o que foi além da restrição constitucional, uma vez que a própria Constituição Federal prevê expressamente os casos em que se vedará a possibilidade da concessão da liberdade provisória com fiança, não vedando assim a possibilidade da concessão da liberdade provisória sem fiança.

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

No entanto, com o advento da lei 11.464/2007, que ocasionou na nova redação do artigo 2º, II, da Lei 8.072/1990, derogou o referido dispositivo, possibilitando, então, a concessão da liberdade provisória aos crimes hediondos e equiparados, sendo que dentre eles, encontra-se o Tráfico de Entorpecentes. Percebe-se, assim, uma verdadeira sucessão de leis no tempo e, aplicando-se o princípio da posterioridade, houve a revogação do artigo 44.

Diante desta evolução legislativa, aqueles que buscam fundamento na validade da vedação abstrata argumentam que a inafiançabilidade prevista para a prática do tráfico na norma constitucional, consubstancia com a inteligência do artigo 44 da Lei de Drogas, bem como a regra da especialidade, que considera a Lei do Tráfico de Entorpecentes especial em detrimento da alteração legislativa ocasionada pela Lei 11.464/2007, não sendo esta apta a revogar o referido artigo.

Por outro lado, contrariando o entendimento anterior, os doutrinadores apontam para a inconstitucionalidade da vedação legal, tendo em vista que a vedação abstrata e apriorística ferem os princípios constitucionais, sobretudo da presunção de inocência. Além disso, com o advento da Lei 11.464/2007, houve uma sucessão de leis no tempo, isto é, lei posterior revoga lei anterior que dispõe de tratamento diverso, assim, o artigo 44 da Lei nº 11.463/2006, restaria revogado.

A Suprema Corte, por vezes, manifesta-se no sentido de não ser possível a concessão da liberdade provisória no Tráfico de Entorpecentes, em razão do critério da especialidade, apoiando-se, ainda, na inafiançabilidade prevista constitucionalmente para esses delitos. No entanto, o STF vem revendo seu posicionamento, de forma a reconhecer a inconstitucionalidade da vedação abstrata à concessão da liberdade provisória e, conseqüentemente, o posicionamento de alguns ministros vem para consagrar a possibilidade da concessão desta liberdade, tendo em vista a flagrante afronta à Constituição e seus preceitos, devido a negativa do direito à liberdade tão-somente baseada na literalidade do artigo 44, da Lei nº 11.463/2006.

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

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

A vedação abstrata e apriorística à concessão da liberdade provisória no Tráfico de Entorpecentes ofendem os princípios constitucionais, como a proporcionalidade, o devido processo legal, a razoabilidade, isonomia e, fundamentalmente, a presunção de inocência. Além disso, a Suprema Corte já declarou inconstitucional uma regra de conteúdo idêntico, encampada pelo artigo 21 do Estatuto do Desarmamento.

Restou demonstrado que o conflito existente entre a liberdade do acusado e a aplicabilidade de medidas mais gravosas aos crimes considerados hediondos, fez com que o legislador ordinário ultrapassasse os limites previstos na Constituição Federal, aplicando a vedação da liberdade provisória não só nos crimes hediondos e equiparados, bem como na Lei de Drogas.

Diante disso, a pessoa acusada pela prática do delito de tráfico, que causa indignação social, não poderá ter negada a sua liberdade provisória tão-somente pela previsão legal equivocada, principalmente, em virtude do princípio constitucional da não-culpabilidade, já que nosso sistema jurídico consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de

agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se presumisse a estes a sua culpabilidade.

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

Em virtude disso, razão não assiste àqueles que são contrários a concessão da liberdade provisória no Tráfico de Entorpecentes, com argumento de que a lei de Drogas é uma lei especial em relação a Lei de Crimes Hediondos e , sendo assim, de acordo com o princípio da especialidade, o artigo 44 da Lei 11.343/2006 não restaria revogado pela lei 11.464/2007.

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

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

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

## 7. REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO

BELGO, Regina. **Liberdade provisória - obrigatoriedade de fundamentação da decisão que negar o benefício - Desnecessidade de fundamentação em se tratando de crimes hediondos.** Disponível em: <<http://www.conamp.org.br/Lists/artigos/DispForm.aspx?ID=177>>. Acesso em: 30 de Maio de 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal.** 11<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BAZ, Marco Antônio Garcia. Disponível em: <[http://www.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20100209082208232](http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20100209082208232)>. Acesso em: 30 de Maio de 2010.

FIGUEIREDO, Ticiano. **Acusados por tráfico tem direito à liberdade provisória.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jun-16/condenados-trafico-drogas-direito-liberdade-provisoria>>. Acesso em: 30 de Maio de 2010.

GOMES, Luiz Flávio. **Estudos de Direito Penal.** 1<sup>a</sup>. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999.

GOMES, Luiz Flávio. **Cabe liberdade provisória no Tráfico de Drogas?.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10996>>. Acesso em: 30 de Maio de 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Regimes Constitucionais da Liberdade Provisória.** 2<sup>a</sup>. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. Lei 11.464/2007: **Liberdade provisória e progressão de regime em crimes hediondos.** Disponível em: <<http://www.clubjus.com.br/cbjur.php?artigos&ver=2.812http://br.msn.com/>>. Acesso em: 30 de Maio de 2010.

JESUS, Damásio de. **O princípio da presunção de inocência.** São Pulo: Jus Vigilantibus, 2008. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/33266>>. Acesso em: 13 de Out. 2010.

MARCÃO, Renato. **A liberdade provisória na visão do Supremo**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-nov-12/liberdade-provisoria-trafico-drogas-visao-supremo?pagina=3>>. Acesso em: 30 de Maio de 2010.

NASCIMENTO, José Moacyr Doretto. Da liberdade provisória no crime de tráfico de drogas. **Princípio Constitucional da isonomia e Proporcionalidade**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10533>>. Acesso em: 30 de Maio de 2010.

NOGUEIRA, Sandro D'Amato. **Da prisão, as medidas cautelares e a liberdade provisória. Lineamentos à luz do Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Jus Navegandi, 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4446>>. Acesso em: 14 de Out. de 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 12<sup>a</sup>. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SCHREIBER, Simone. **O princípio da presunção de inocência**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7198>>. Acesso em: 13 Out. 2010.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

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