



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Liberdade Provisória no crime de tráfico de drogas

Marcela Gomes Rodrigues

Rio de Janeiro
2010

MARCELA GOMES RODRIGUES

A Liberdade Provisória no crime de tráfico de drogas

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof^ª. Néli Fetzner
Prof. Nelson Tavares

Rio de Janeiro
2010

A LIBERDADE PROVISÓRIA NO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS

Marcela Gomes Rodrigues

Graduada pela Faculdade Nacional de Direito
da Universidade Federal do Rio de Janeiro –
UFRJ.

Resumo: O presente trabalho visa analisar a possibilidade de concessão de liberdade provisória no crime de tráfico de drogas à luz do devido processo legal, da excepcionalidade da prisão cautelar e dos princípios da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana, com a conseqüente consideração sobre a constitucionalidade da vedação abstrata e genérica do artigo 44, da Lei 11.343. Ademais, será discutida a possível revogação da lei de drogas pela Lei 11.464/07 que alterou a lei de crimes hediondos (Lei 8.072/90) retirando a expressão liberdade provisória do artigo 2, II. Para o estudo aprofundado do tema, serão apresentadas as posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre o assunto, bem como o conceito e a origem do instituto da liberdade provisória.

Palavras-chaves: Direito Processual Penal, Liberdade Provisória, Tráfico de drogas.

Sumário: Introdução; 1. Conceito e origem da Liberdade Provisória; 2. Análise da vedação do artigo 44, da Lei 11.343/06; 3. Possível revogação da vedação pela Lei 11.464/07; 4- Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho busca demonstrar as controvérsias existentes sobre a possibilidade de concessão da liberdade provisória nos crimes de tráfico de drogas, diante do regime constitucional, da vedação expressa na Lei 11.343 e das possíveis alterações promovidas pela Lei 11.464. Para tal estudo, será feita análise do posicionamento da doutrina e da

jurisprudência, dando maior enfoque à excepcionalidade da prisão provisória, que só poderá ser decretada como instrumento para resguardar a eficácia do processo penal.

O objetivo do estudo é avaliar a constitucionalidade da proibição genérica de concessão da liberdade provisória, tendo em vista o atual ordenamento constitucional que privilegiou o direito à liberdade do indivíduo em detrimento da prisão, que só será admissível nas hipóteses expressamente previstas à luz do devido processo legal e dos princípios da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana. Logo, a prisão cautelar, medida excepcional que é, somente poderá ser decretada nos casos em que se encontram presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal (CPP).

Busca-se conferir ao dispositivo interpretação sistemática, orientada pelos princípios constitucionais, sem perder de vista que a antecipação cautelar da prisão se mostra compatível com princípio constitucional de inocência, desde que atenda a sua finalidade instrumental de atuar em benefício do processo penal. Revelar-se-á inconstitucional a adoção da medida cautelar como forma de infligir punição antecipada ao preso em flagrante.

A relevância deste trabalho está em demonstrar a possibilidade da concessão de liberdade provisória nos crimes de tráfico de drogas, fundamentando-a não só na revogação promovida pela Lei de crimes hediondos, como também nos direitos fundamentais assegurados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88).

O estudo visa, acima de tudo, sistematizar os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o assunto, a fim de orientar os julgadores para que esses profiram decisões não só pautados na lei, mas, acima de tudo, na Constituição.

A pesquisa recorrerá, como suporte teórico, às legislações pertinentes, notadamente a Carta Magna de 88, o Código de Processo Penal, bem como doutrina e jurisprudência elaboradas sobre o tema.

1 – CONCEITO E ORIGEM DA LIBERDADE PROVISÓRIA NO BRASIL

Na redação originária do Código de Processo Penal, a prisão em flagrante acarretava uma antecipação satisfativa da persecução criminal instaurada pelo Estado. A culpabilidade era presumida e a prisão era lastreada no risco de não apresentação do acusado para julgamento.

Contudo, admitia-se, mantendo a tradição da legislação colonial e imperial, a restituição da liberdade ao aprisionado em flagrante, mediante a apresentação de fiança, consistente no depósito de dinheiro ou objeto aferível economicamente. A fiança era perdida parcialmente caso o preso em flagrante descumprisse qualquer das condições exigidas para a sua soltura, só ocorrendo a perda total, caso, após condenado, o réu não se apresentasse para ser preso.

A Lei 6.416/1977, que alterou alguns dispositivos do CPP, teve profundo impacto nessa realidade ao acrescentar o parágrafo único do art. 310, tendo em vista que prevê a necessidade de fundamentação de natureza cautelar para que a prisão anterior à sentença condenatória se legitime.

Atualmente, no direito brasileiro, a privação da liberdade deve ser sempre medida de exceção, em respeito ao princípio da presunção de inocência expressamente disposto no art. 5º, LVII, da Constituição da República. A regra é que o acusado responda ao processo em liberdade, somente devendo ser preso após o trânsito em julgado da sentença condenatória, não possuindo a prisão em flagrante a função de antecipação da culpabilidade.

No entanto, o constituinte previu as medidas cautelares de prisão, como o flagrante e a prisão preventiva, por serem estas instrumentos indispensáveis à legítima defesa da

sociedade. Observa-se, então, que a CRFB/88 não autoriza qualquer outro fundamento de prisão além da cautelaridade e da pena.

A prisão cautelar, portanto, trata-se de exceção ao sistema constitucional por implicar em restrição ao direito fundamental à liberdade. Com efeito, a prisão cautelar só poderá existir, além das hipóteses de flagrante expressamente admitidas pelo ordenamento jurídico, nos casos em que o juiz, para decretá-la, verifique se presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, residentes no artigo 312 do Código de Processo Penal. Da mesma maneira, o preso em flagrante somente terá a sua prisão mantida se verificada, pelo exame do auto de prisão em flagrante, a ocorrência de razões que determinem a decretação de sua prisão preventiva.

Deve-se ressaltar que a antecipação cautelar da prisão, qualquer que seja a sua modalidade, não se mostra incompatível com o princípio constitucional da presunção de inocência. Para tanto, a custódia cautelar não pode objetivar infligir punição ao preso em flagrante que sofre com a sua decretação, ao contrário, deve servir como meio destinado a beneficiar a atividade desenvolvida no processo penal.

Revela-se, dessa maneira, inconstitucional a utilização da prisão cautelar com objetivo de promover a antecipação do *ius puniendi* do Estado, devendo sua função ser exclusivamente processual, sob pena de grave comprometimento ao direito à liberdade.

Nesse contexto, o art. 5, LXVI, da CRFB/88 dispõe que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”. A liberdade provisória assume, assim, caráter de contracautela, pois substitui a custódia provisória, com ou sem fiança. Trata-se de instituto que se contrapõe à prisão cautelar, sendo esta antecedente lógico daquele.

O renomado Procurador da República, PACHECO (2009), aduz que a liberdade provisória, com ou sem fiança, em regra, só é aplicável a partir da prisão em flagrante, sendo

essa, se for o caso, substituída por aquela. É da situação do flagrante, com toda a sua carga probatória, que se justifica a aplicação de medidas cautelares dirigidas ao preso.

A regra, como já exposto, é que, cumpridas as funções do flagrante, seja o apripionado posto em liberdade. O direito à liberdade é direito subjetivo do preso e não uma mera faculdade do Poder Público, só podendo ser negada caso estejam presentes os requisitos da prisão cautelar.

Contudo, a autoridade judiciária competente pode entender que é caso de manutenção da prisão, desde que presentes as razões do art. 312 do CPP. Se não estiverem presentes as razões da prisão cautelar, podem ser impostas medidas cautelares menos graves, como, por exemplo, a exigência de comparecimento a todos os atos do processo, de acordo com o que dispõe o art. 310, parágrafo único, do CPP.

Destaca-se que a liberdade provisória também é medida cautelar que importa em restrição de direitos do apripionado por imposição estatal, só devendo, por isso, ser aplicada quando fundada igualmente em razões cautelares, não se aplicando, nesse caso, por não haver restrição da liberdade, tanta rigidez como se exige para a decretação da prisão cautelar.

No regime anterior à Lei n. 6.416/77, só os crime afiançáveis eram passíveis de liberdade provisória, devendo o réu, nos crimes inafiançáveis, permanecer preso até o julgamento da causa. Esse diploma legal passou a admitir a liberdade provisória sempre que não presentes razões que justifiquem a decretação da prisão preventiva.

Com a reforma na legislação processual penal a liberdade provisória sem fiança passou a ser a regra geral e acabou por esvaziar a importância da liberdade provisória com fiança, pois enquanto aquela se aplica à maioria dos delitos e exige tão-somente o comparecimento aos atos do processo, essa só é admitida para os crimes levemente apenados, além de exigir a prestação de garantia real, o comparecimento a todos os atos do processo, a

comunicação prévia de mudança de endereço e o requerimento de autorização judicial para ausência por prazo superior a oito dias, mostrando-se muito mais onerosa para o aprisionado.

Ocorre que, a Constituição dispõe que alguns crimes, pela sua gravidade, são inafiançáveis. Surge, nesse cenário, divergência doutrinária e jurisprudencial sobre a abrangência da expressão inafiançável disposta no art. 5, XLIII, da CRFB/88.

A contradição é acentuada, pois, como já visto, o regime de liberdade provisória com fiança acaba por ser mais gravoso do que a liberdade provisória sem fiança. Dessa maneira, sustenta a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) que a proibição da liberdade provisória deriva diretamente do preceito constitucional que impõe a inafiançabilidade de algumas infrações penais, por ausência de razoabilidade em se admitir a liberdade provisória sem fiança, o que em tese é mais benéfico para o aprisionado, e não se admitir a liberdade provisória com fiança, o que só é possível para crimes com penas mais leves.

Assim, sendo o crime inafiançável e preso o acusado em flagrante, será inaplicável o instituto da liberdade provisória (com ou sem fiança), devendo o indiciado ou réu permanecer aprisionado até o pronunciamento final da causa. Por tal exposição, incide em redundância o art. 44, da Lei 11.343/06 quando veda “a fiança e a liberdade provisória”, tendo em vista que aquela pressupõe esta.

Outros autores, no entanto, defendem que a inafiançabilidade não deve ser entendida como causa impeditiva da liberdade provisória sem fiança à luz dos princípios da presunção de inocência, da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal. Pensar de forma contrária, para essa corrente, seria admitir que a Constituição possui antinomias e isso é inadmissível.

Filia-se a esta posição PACHELLI (2009, p. 475), para quem “o fato de a liberdade com fiança não ser permitida para determinados crimes, daí serem inafiançáveis, não poderá

significar nunca a impossibilidade da aplicação da liberdade provisória sem fiança”, exatamente como previsto no texto constitucional, em seu artigo 5, LXVI.

Para o mesmo autor, o conceito de inafiançabilidade foi elaborado em uma época em que só existia a liberdade provisória com fiança. Logo, no início da vigência do CPP, falar que o delito era inafiançável representava a inaplicabilidade de liberdade provisória ao caso. No entanto, tal conceito não permaneceu intacto com a reforma de 1977 que passou a prever a modalidade de liberdade provisória sem fiança, sendo esta aplicável a todas as espécies de infrações. Em 1988 quando a Constituição da República fez referência à inafiançabilidade, não se poderia atribuir outra interpretação a este termo que não a que veda somente a liberdade provisória com fiança, pois não fez qualquer alusão à liberdade provisória sem fiança, apesar de reconhecê-la expressamente (art. 5, LXVI). Ademais, tal vedação foi inserida na CRFB quando já existia a diferença entre liberdade provisória, com e sem fiança, no CPP.

Impende assinalar, ainda, que a gravidade em abstrato do crime não é capaz de, por si só, justificar a prisão cautelar, pois essa, como já observado, só se legitima quando necessária ao desenvolvimento e resultado do processo, sendo arbitrária se utilizada com o objetivo de aplicar sanção, uma vez que não se pode presumir a culpabilidade do réu.

Dessa forma, tendo sido homologada a prisão em flagrante, passa-se à análise da existência dos fundamentos que justificam a prisão preventiva. A resposta positiva implica na manutenção da prisão em flagrante, em caráter preventivo. Não sendo cabível a prisão preventiva, será concedida a liberdade provisória, nos termos do artigo 310 e seu parágrafo único do Código de Processo Penal.

De fato, a vedação apriorística de concessão de liberdade provisória pela nocividade do delito praticado não pode ser admitida, pois manifestamente incompatível com o princípio da presunção de inocência.

2 – ANÁLISE DA VEDAÇÃO DO ART. 44, DA LEI 11.343/06

O art. 44 da Lei de drogas (Lei 11.343/06) vedou a concessão de fiança e liberdade provisória nos crimes de tráfico. Tal dispositivo nada mais fez do que reiterar a vedação da Lei 8.072/90 (art. 2, inciso II) em sua redação originária.

Para muitos autores, dentre eles o respeitado processualista GOMES (2009), esse dispositivo é inconstitucional, uma vez que o texto magno trata a prisão provisória como medida excepcional para evitar que se caracterize uma antecipação de pena. Além disso, as limitações constitucionais dos direitos fundamentais devem ser interpretadas restritivamente, não podendo a lei infraconstitucional ampliar tais restrições.

Essa mesma orientação é perfilhada pelo Ministro Celso de Mello no *Habeas Corpus* n. 97976, no qual sustentou ser a vedação da liberdade provisória no crime de tráfico de drogas inconstitucional, porquanto o legislador não pode se imiscuir na atividade do juiz para aferir se há necessidade, ou não, de utilização do instrumento de tutela cautelar. Tal análise deve ser feita diante de cada caso concreto, não possuindo fundamento de validade a vedação legal genérica e abstrata de concessão da liberdade provisória para o aprisionado. Para este autor, qualquer vedação em abstrato é inconstitucional por não possibilitar a individualização da pena, que é direito do preso, conforme disposto no artigo 5, XLVI, da CRFB/88.

É certo que, compete ao Judiciário e não ao legislador verificar, diante das circunstâncias peculiares de cada caso concreto, se é caso ou não de concessão de liberdade provisória, sob pena de ofensa ao princípio da separação dos poderes.

Caberá ao juiz realizar a antecedente ponderação dos bens em tensão, quais sejam: os malefícios do encarceramento e a salvaguarda do interesse comum para que a medida cautelar seja adequada às finalidades para a qual foi instituída.

Trata-se da adoção do critério da proporcionalidade, que difere do princípio da proporcionalidade, pois deve ser entendido, conforme muito bem explicita Eugênio Pacelli de Oliveira, como critério lógico para aplicação das prisões cautelares, aplicando-se a correlação entre a quantidade e a qualidade da pena cominada com a necessidade de prisão anterior à sentença condenatória definitiva.

Dessa forma, deve existir proporcionalidade na prisão cautelar, de forma que não se prenda alguém que seja condenado por crime que, pela sua pena em abstrato, será colocado em liberdade após a sentença condenatória transitada em julgado. Nessa esteira, não se poderia prender cautelarmente o acusado de crime apenado apenas com detenção, diante da improvável aplicação futura de pena privativa da liberdade na hipótese de condenação.

Além disso, quando a lei ordinária obsta a concessão da liberdade provisória, tendo em vista a gravidade do delito, acaba por retirar o caráter instrumental das prisões cautelares para transformá-las em forma de prevenção penal, contrariando o devido processo legal e os princípios da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana.

Acrescenta-se que tal vedação legal acaba por revelar tratamento desigual para os acusados pela prática do crime de tráfico de drogas, uma vez que os presos em flagrante delito não poderão aguardar seu julgamento solto, tendo em vista a impossibilidade de concessão da liberdade provisória. Por outro lado, quem não for preso em flagrante pelo cometimento do mesmo delito, se não preenchidos os requisitos da prisão preventiva expostos no artigo 312 do CPP, poderá ficar solto até o final do processo criminal.

Para o doutor em Direito Processual Penal, NUCCI (2007, p. 584) “o correto seria exigir a uniformidade de raciocínio e de aplicação da lei processual penal a todos os

indiciados e acusados, não sendo cabível vedar a liberdade provisória, única e tão-somente porque o agente foi preso em flagrante, pela prática de determinados delitos”.

Logo, deve-se reparar as incoerências legislativas exigindo sempre, ainda que se trate de crime de tráfico de drogas ou hediondo, que o magistrado fundamente a negativa de liberdade provisória, de acordo com os requisitos do artigo 312, CPP.

Majoritariamente, no entanto, a jurisprudência dos tribunais superiores entende que vedação da liberdade provisória para alguns delitos é constitucional, pois decorre de uma disposição constitucional (artigo 5, XLIII). Essa concepção, segundo o apregoador, foi lastreada na expressão inafiançabilidade, prevista para os crimes hediondos e equiparados, que alcança não só a liberdade provisória com fiança, como também a liberdade provisória sem fiança. Tal entendimento, como já salientado, funda-se na razoabilidade da vedação constitucional, visto que a liberdade provisória sem fiança só é permitida para os crimes mais levemente apenados, além de onerar mais o preso do que a liberdade provisória sem fiança, aplicável a qualquer tipo de delito.

MIRABETE (1999, p.675), aduz não haver qualquer inconstitucionalidade na vedação da concessão da liberdade provisória, tendo em vista a perigosidade abstrata. Para esse autor, pode o legislador prever a necessidade abstrata do encarceramento prévio, como decorrência da norma constitucional que prevê que ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei autorizar a liberdade provisória com ou sem fiança. Competirá, dessa maneira, à lei regular sobre a possibilidade ou não de concessão da liberdade provisória.

Ressalta-se, que não se nega a acentuada nocividade do crime de tráfico de drogas que acaba por colocar em risco e causar danos à sociedade, contudo, não se pode perder de vista a regra constitucional de excepcionalidade da prisão. O legislador não pode, a pretexto de defender direito gravemente atingido, suprimir direito fundamental, que só pode ser restringido pela própria Carta Magna.

Nesse contexto, o Poder Legislativo não pode atuar de maneira imoderada, nem elaborar normas, cujo conteúdo esteja absolutamente divorciado dos padrões de razoabilidade pelo excesso. A razoabilidade é uma limitação material à atividade normativa do legislador, que funciona como parâmetro de aferição da constitucionalidade material dos atos estatais.

O ilustre Ministro da Suprema Corte MENDES (2008, p.321), aduz que a inconstitucionalidade substancial decorrente do excesso de poder legislativo, que é aferido na análise entre a “compatibilidade da lei com os fins constitucionalmente previstos ou de constatar a observância do princípio da proporcionalidade, isto é, de se proceder à censura sobre a adequação e a necessidade”.

A inconstitucionalidade por excesso de poder é objeto de censura judicial, ainda que na esfera de liberdade de conformação do legislativo.

Ademais, a prisão, ainda vista pela sociedade como resposta principal do Estado aos autores de ilícitos penais, apresenta-se hoje completamente falida em âmbito mundial, ainda mais em países como o Brasil, em que a escassez de recursos é manifesta, o que torna ainda mais caótico o sistema carcerário.

De acordo com o que afirma ZAFFARONI (1996, p. 60), a prisão cumpre função reprodutora, pois o aprisionado assume o papel de delinquente que lhe é rotulado, agindo dessa forma. Nesse contexto, a prisão atua como fator de criminalidade, só devendo ser decretada cautelarmente nos casos em que o juiz, na análise do caso concreto, visualizar a necessidade de segregação *ante tempus* lastreada nos requisitos da prisão preventiva.

Com efeito, segundo o Suprocurador-geral da República, TAVARES (2010), não há legitimação do poder de punir, quando este serve como forma de instrumentalizar a coação sem qualquer resultado prático, uma vez que, nesse caso, a sanção só produzirá às pessoas que supostamente quer proteger, conseqüências maléficas.

Para o Ilustríssimo Ministro do STF MELLO (2008), o direito à liberdade, constitucionalmente assegurado no artigo 5, LXI e LXV, não pode ser violado baseado em discursos autoritários que acabam por consagrar, de forma paradoxal, a ideologia da Lei e da ordem, infringindo diretamente direitos e garantias fundamentais.

Não se pode, nesse diapasão, presumir a culpabilidade de alguém antes da sentença condenatória definitiva, ainda que se trate de pessoa acusada pela suposta prática de crime de tráfico de drogas. Ninguém deverá ser tratado como culpado, independentemente da natureza do crime supostamente praticado, sem que exista decisão judicial condenatória transitada em julgado.

O princípio da presunção de inocência evidencia regra de tratamento imposta ao Poder Público que não poderá agir em relação ao preso em flagrante como se condenado fosse. A preservação da credibilidade da justiça somente se dá quando ela se mostra efetivamente justa e não quando ela é má, infligindo punições desarrazoadas.

Em que pese o clamor público, estimulado pela manipulação sensacionalista e demagógica da mídia, pelo direito penal máximo e repressor, que desconsidera a dignidade da pessoa humana, como forma, equivocada, de solução para a insegurança pública e impunidade, a análise do caráter cautelar destas prisões deve ser procedida com muito esmero, eis que o que está em jogo é nada menos que o direito de liberdade do indivíduo. Por isso é que devem ser entendidas excepcionais e proporcionais, a *ultima ratio* do sistema, só se recorrendo a elas quando não houver meio menos gravoso para se obter a proteção pretendida.

Pelo exposto, a manutenção da prisão em flagrante só se justifica se presentes os requisitos ensejadores da prisão preventiva, pois a prisão de natureza processual só encontra amparo constitucional se constatada sua necessidade no caso concreto. Verificando-se a ausência das hipóteses autorizadoras do artigo 312 do CPP, deverá ser concedida a liberdade provisória, sendo esta direito do aprisionado e não faculdade do Poder Público.

Resta evidente que, qualquer forma presumida e infraconstitucional de vedação da concessão de liberdade provisória, seja ela com fiança ou sem, é inconstitucional, além de evidentemente injusta.

Na mesma esteira, decidiu o Excelso Supremo, ao declarar inconstitucional, no julgamento da ADI n. 3.112, a vedação abstrata da concessão da liberdade provisória prevista na lei de armas (Lei 10.826/03) por violação do princípio da presunção de inocência e do devido processo legal.

Não se pode esquecer, ainda, que a tipificação do auto de prisão em flagrante (APF) pode ser alterada quando do oferecimento da denúncia, no curso do processo ou na própria sentença, e, dessa forma, o preso em flagrante, que teve sua conduta capitulada em APF no tipo de tráfico de drogas, poderá ficar órfão da liberdade provisória que, posteriormente, em razão de desclassificação, verifica que sempre lhe coube.

CANOTILHO (1987) já salientava que “uma lei restritiva mesmo adequada e necessária pode ser inconstitucional quando adote ‘cargas coativas’ de direitos e garantias ‘desmedidas’, ‘desajustadas’, ‘excessivas’ ‘desproporcionais’ em relação aos resultados obtidos”.

Por todo exposto, não basta analisar a vedação imposta pelo artigo 44 da Lei 11.343/06 isoladamente para determinar-lhe o seu sentido e alcance. Parece necessário, de acordo com MAXIMILIANO (1965, p. 17), reuni-la em um todo harmônico, avaliando-a em um encadeamento lógico.

No entanto, parece que, apesar de todo o progresso havido, tendo em vista que antes a regra era a prisão, a jurisprudência brasileira majoritariamente ainda não se livrou totalmente de todos os ranços arbitrários de então, aceitando a aplicação de leis desproporcionais, sem o delineamento harmônico com o ordenamento jurídico. Tal realidade

demonstra, de acordo com REZENDE (2005), uma subcultura jurídico-mecanicista, tecnocrata e puramente positivista.

3 - POSSÍVEL REVOGAÇÃO DA VEDAÇÃO PELA LEI 11.464/07

Com a edição da Lei 11.464, de 28 de março de 2007, que alterou o artigo 2, II da lei de crimes hediondos (Lei 8.072/90) retirando a expressão liberdade provisória, surge nova discussão sobre a possível revogação do artigo 44 da Lei 11.343/07, com a consequente possibilidade de concessão da liberdade provisória aos presos em flagrante por tráfico de drogas.

O tema revela-se tão arenoso, que dentro do próprio Supremo Tribunal Federal a Primeira e a Segunda Turma se digladiam sobre o assunto sem chegar a qualquer consenso. Enquanto a Primeira Turma entende não ser possível a concessão da liberdade provisória em qualquer de suas modalidades para os crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, a Segunda Turma entende que a liberdade provisória se impõe quando não estão presentes os requisitos da prisão cautelar. Não se descarta que, devido a essas divergências, a Suprema Corte reconheceu a existência de repercussão geral da questão no Recurso Extraordinário n. 601.384. A questão, contudo, ainda não foi resolvida pelo Plenário do STF.

O Ministro Carlos Ayres Britto do Excelso Supremo (2009) sustenta que a alteração na lei de crimes hediondos em nada altera o panorama de proibição de liberdade provisória que decorre do preceito constitucional que impõe a inafiançabilidade. Logo, quando o inciso II do art. 2 da Lei 8.072/90 impedia a fiança e a liberdade provisória, assim como faz a atual redação do art. 44 da Lei 11.343/06, incidia em redundância, uma vez que, sob o prisma

constitucional, a impossibilidade de concessão da liberdade provisória sem fiança, como já salientado, decorre, pela lógica, da vedação da liberdade provisória com fiança. A Lei 11.464/07, portanto, nada mais fez do que retirar o excesso verbal.

Para a Ministra Carmen Lúcia, inclusive, seria inconstitucional a lei ordinária que possibilitasse a concessão da liberdade provisória para os crimes de tortura, tráfico de drogas, terrorismo e os definidos como crimes hediondos.

Dessa maneira, sustenta-se que a Lei 11.464/07 fez alteração meramente textual na lei de crimes hediondos e equiparados, sem alteração da norma proibitiva de concessão da liberdade provisória, que continua vedada aos presos em flagrante daqueles delitos.

Há, contudo, quem defenda que a Lei 11.464/07, ao modificar a Lei 8.072/90, acabou por possibilitar a concessão da liberdade provisória sem fiança aos presos em flagrante por crimes hediondos e assemelhados, pois o inciso II do art. 2º refere-se apenas à inafiançabilidade.

Dentro dessa corrente, surge uma nova divergência, pois há autores que defendem que a alteração na lei de crimes hediondos não revogou a vedação do art. 44 da Lei 11.343/06 e outros sustentam que a Lei 11.464/07 possibilitou a concessão da liberdade provisória para os presos em flagrante pela prática do crime de tráfico de drogas.

Os Tribunais vêm asseverando que a Lei 11.464/07 não teve o condão de possibilitar a concessão da liberdade provisória aos réus que respondem pela suposta prática de tráfico de entorpecentes, uma vez que a Lei 11.343\06, em razão de ser tratar de legislação especial e conter disposição expressa proibindo o deferimento da liberdade provisória, não poderia ser derogada por lei geral, ainda que editada posteriormente. Para tanto, alegam que a regra da posterioridade, aplicada quando há conflito de leis no tempo, não se aplica à hipótese, tendo em vista que a lei geral não revoga a de caráter especial. Essa também é a orientação perfilhada por DAMASIO DE JESUS (2009, p.222).

Sustenta-se, ademais, que a Lei 11.464/07 não conflita com a Lei 11.343/06, dela diferindo apenas por razões de política criminal. Segundo o promotor Marco Antonio Garcia Baz, o legislador, no exercício de sua atribuição constitucionalmente assegurada, considerou que no tráfico ilícito de drogas não será possível a concessão da liberdade provisória, tendo em vista a “danosidade social impar desse delito no atual momento histórico de nossa sociedade, a exigir a manutenção da medida cautelar extrema para o agente preso em flagrante”.

Aliás, não foi a primeira vez que o legislador deixou de dar tratamento unitário aos delitos hediondos e assemelhados, pois a lei que versa sobre os crimes de tortura (Lei 9455/97) não revogou o artigo 2º, parágrafo 1º, da lei de crimes hediondos, que em sua redação original impunha o cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Esse entendimento ficou consolidado, inclusive, no enunciado n. 698, da súmula do STF que assim dispõe: “não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura”.

Com a devida vênia, parece mais correto, no entanto, o entendimento segundo o qual a alteração promovida pela Lei 11.464/07 passou a permitir a concessão da liberdade provisória não só para os crimes hediondos, mas também para os crimes equiparados, como o de tráfico de drogas.

Em regra, a lei tem caráter permanente e perdura até que ocorra a sua revogação, esta só se opera se feita por outra lei de hierarquia igual ou superior. A revogação retira a eficácia da norma e pode ser, no que se refere a sua extensão, total ou parcial. A revogação total é chamada pela doutrina de ab-rogação e a revogação parcial é chamada de derrogação.

Quanto à forma de sua execução, a revogação pode ser expressa ou tácita. Aquela se dará quando a lei posterior expressamente declara a revogação, por sua vez, a revogação tácita

ocorrerá, quando a lei nova se mostrar incompatível com a lei antiga ou regular inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

MAXIMILIANO (1965, p.372) ressalta que o preceito clássico, segundo o qual a norma especial não revoga a lei geral, deve ser interpretado e aplicado com esmero, porquanto a regra geral pode excluir qualquer exceção, enumerar exhaustivamente as exceções ou criar sistema completo e diferente da norma anterior. Nesses casos, a lei posterior geral revogará a lei especial. Deve o aplicador da lei, ao interpretar a norma, verificar se a lei geral revogou a lei específica, o que no caso concreto parece que sim.

Na mesma direção, GONÇALVES (2008, p.45), indica que é possível haver incompatibilidade entre as normas de caráter geral e as de caráter especial, desde que haja incompatibilidade de coexistência entre elas.

A norma geral que estabelece princípios que contrastam com os estabelecidos pela lei anterior especial derroga esta, pois contrária à finalidade daquela.

Nesse contexto, o artigo 44 da Lei 11.343/06 encontra-se derogado tacitamente pela Lei 11.464/07, uma vez que estas regulam de forma antagônica a mesma situação jurídica, qual seja a possibilidade de concessão da liberdade provisória não só para crimes hediondos, mas também para equiparados.

Observa-se que a Lei 11.464/07, manteve a redação do caput do artigo 2º da Lei 8.072/90, não retirando do seu âmbito de aplicação o crime de tráfico ilícito de entorpecentes, ao contrário, manteve-o descrito na norma, o que demonstra a vontade clara do legislador de possibilitar a liberdade provisória não só para os presos em flagrante pela prática de crimes hediondos, mas também para os aprisionados pelo tráfico de drogas.

Pensar diferente é admitir tratamento desigual aos presos em flagrante por crimes que são equiparados pela sua gravidade.

Esclarece GOMES (2009) que “proibindo o beneplácito da liberdade somente para os crimes de tráfico, são desconsiderados princípios basilares do Direito Penal, como a razoabilidade (e proporcionalidade) e a isonomia. Afinal, por que proibir a liberdade provisória apenas ao traficante e não a um estuprador?”

Logo, proibir a concessão de liberdade provisória a crime equiparado a hediondo e permitir a concessão do mesmo benefício aos crimes ontologicamente conhecidos como hediondos, viola frontalmente o princípio da isonomia.

Haverá incongruência legislativa quando a norma, de forma inadequada e desproporcional, não compreender situações idênticas entre si.

Para Gilmar Ferreira Mendes o princípio da isonomia tem como destinatários o legislador e o aplicador do direito. Haverá igualdade na lei, quando o legislador não se utiliza da lei para realizar tratamentos discriminatórios entre pessoas que mereçam idêntico tratamento e a igualdade perante a lei quando o intérprete se abster de dar, através de enunciados jurídicos, tratamento distinto a quem a lei encarou como iguais.

É função própria de a lei estabelecer diferenças entre os desiguais, mas no que tange aos iguais, deve ser dado tratamento igualitário, sob pena de a conduta do legislador ser considerada arbitrária.

Resta claro, portanto, a derrogação tácita do artigo 44 da Lei 11.343/06 pela Lei 11.464/07.

Nesse sentido, Jayme Walmer de Freitas sustenta que “na medida em que se passa a permitir a liberdade provisória nos crimes que mais ofendem os bens jurídicos tutelados, certamente restaram revogadas tacitamente todas as disposições em contrário”.

Constatada a possibilidade de concessão da liberdade provisória para os crimes de tráfico de drogas, resta-nos enfrentar a questão sobre a sua aplicação à luz dos princípios que regem a aplicação da lei no tempo.

Para tanto, imperiosa se faz a análise da natureza da norma que revogou o artigo 2º, II, da Lei 8.072/90, para se avaliar a retroatividade da norma, pois esta só será admitida para as normas penais materiais, desde que mais benéficas ao réu.

A norma penal tem por objeto o direito material e qualquer modificação nela gera reflexo nos direitos e garantias individuais do apripionado. Já a norma de natureza processual possui mero caráter instrumental e qualquer alteração nela feita não acarretará prejuízo para o réu. A finalidade precípua do processo penal é garantir a correta aplicação da lei penal para que se apure a culpa do acusado, respeitando suas garantias.

A lei processual tem aplicação imediata, não afetando os atos validamente praticados sob a vigência da lei revogada. Adotou o legislador o princípio do “*tempus reget actum*” e, por isso, não possui efeito retroativo, sob pena de anulação dos atos anteriores.

Contudo, as normas que versam sobre a liberdade do indivíduo e sobre as garantias processuais decorrentes do direito de defesa e do devido processo legal, devem ser consideradas normas processuais penais materiais.

NUCCI (2007, p.59) muito bem conceituou as normas processuais penais materiais como “aquelas que, apesar de estarem no contexto do processo penal, regendo atos praticados pelas partes durante a investigação policial ou durante o trâmite processual, têm forte conteúdo de Direito Penal”.

Nesse sentido, não possui mero caráter instrumental a lei processual que permita a concessão de liberdade provisória, uma vez que para que haver a prisão cautelar impõe-se a observância do princípio da presunção de inocência.

Para NUCCI (2007), ao se lidar com o tema prisão, é necessário considerar a norma como processual de conteúdo material. Portanto, havendo qualquer modificação legal que garanta a liberdade do réu, aplica-se a retroatividade da lei para que alcance não só fatos futuros, mas também situações ocorridas antes de sua existência.

Verifica-se, então, que a norma em apreço apesar de estar no contexto do processo penal, possui nítido caráter penal. Trata-se, na realidade, de norma processual penal material ou norma penal mista, tendo em vista que versa sobre a liberdade provisória (matéria processual), mas também diz respeito ao direito fundamental do cidadão constitucionalmente assegurado.

Em se tratando de norma que não é puramente processual, pois possui conteúdo material, aplica-se a regra de direito intertemporal penal e não processual, se a regra for mais benéfica ao réu.

Isso porque, afronta diametralmente o princípio da isonomia a manutenção de lei repressiva não mais existente com a evolução da sociedade e com a reavaliação pelo Estado de seu *ius puniendi*.

A Lei 11.464 passou a possibilitar a concessão da liberdade provisória para os crimes hediondos e equiparados, sendo mais benéfica ao aprisionado que não precisará aguardar todo o processo preso. Tratando-se de lei benigna, deve retroagir, alcançando os crimes praticados antes do dia 29 de março de 2007, data de sua edição, conforme artigo 5º, XL e artigo 2º, parágrafo único do CP.

Em tese contrária, TOURINHO FILHO (1999, p.22) sustenta que “se a lei nova instituir ou excluir fiança, instituir ou excluir prisão preventiva etc., tal norma terá incidência imediata, a menos que o legislador, expressamente, determine tenha a lei mais benigna ultra-atividade ou retroatividade”.

Deve-se ressaltar, entretanto, que essa discussão só fará algum sentido, se considerarmos que a concessão da liberdade provisória para os crimes de tráfico ilícito de entorpecentes só passou a ser possível a partir da edição da Lei 11.464/07.

Para nós, como já salientado, resta evidente que a liberdade provisória é direito do aprisionado, independente de qualquer lei que expressamente o defina, uma vez que

assegurado pela constituição à luz do devido processo legal e dos princípios da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÃO

A prisão cautelar é exceção ao sistema constitucional, só podendo ser imposta ao preso em flagrante se presentes os *fumus boni iuris e o periculum in mora*, exigidos pelo artigo 312 do CPP, ausentes esses, deve o indivíduo ser posto em liberdade.

Diante disso, a privação antecipada da liberdade somente poderá ocorrer se presentes os pressupostos de natureza cautelar que justifiquem a necessidade de aplicação da medida extrema. Não estando presentes quaisquer das hipóteses que autorizem a prisão preventiva, deve ser assegurado ao agente responder o processo criminal em liberdade, sendo inconstitucional qualquer vedação legal absoluta a esse direito por afronta ao devido processo legal e aos princípios da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana.

A gravidade em abstrato do crime não é capaz de justificar, por si só, a custódia cautelar, uma vez essa deve ter nítido caráter instrumental no processo penal, não podendo traduzir qualquer idéia de sanção.

Nesse contexto, não é a lei meio hábil para vedar a liberdade provisória pela nocividade do delito praticado, porquanto incompatível com o princípio constitucional da presunção de inocência por representar efetiva antecipação da pena.

Compete ao Judiciário, sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes, verificar se é o caso de manter a prisão do preso em flagrante, diante dos requisitos da prisão cautelar e do critério da proporcionalidade.

Ademais, ainda que não se considere que a liberdade provisória é direito constitucional do acusado, deve-se considerar que a vedação do artigo 44 da Lei 11.343\06 foi tacitamente derogada pela Lei 11.464\07, que passou a possibilitar a concessão da liberdade provisória para os crimes hediondos e equiparados, conforme dispõe o caput do artigo 2º da Lei 8.072\90.

O argumento de não revogação do dispositivo por se tratar de lei especial em relação à lei de crimes hediondos não deve prevalecer, pois viola o princípio da isonomia ao tratar de forma desigual os presos em flagrante por crimes que são equiparados pela sua gravidade.

Como fecho do presente artigo, chega-se a insofismável ilação de ser impossível a subsistência da vedação do art. 44 da Lei 11.343\06.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal de Federal. HC 93.056-5. Relator: Min. Celso de Melo. Publicado no DJU 16.12.2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 98.464\SP. Relator: Min. Carlos Britto. Publicado no DJU de 03.11.2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 100.745\SC. Relator: Min. Eros Grau. Publicado no DJU de 09.03.2010.

CANOTILHO, José J. Gomes, *Direito Constitucional*, 4ed. Coimbra: Almedina, 1987.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. *Processo Penal e Constituição*. 4 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FREITAS, Jayme Walmer de. Crimes hediondos: uma visão global e atual a partir da Lei 11.464\07. 2007. <http://ibccrim.org.br>, acessado em 15 jun 2010.

GOMES, Luiz Flávio. Inconstitucionalidade da vedação da liberdade provisória no crime de tráfico de drogas. <http://ibccrim.org.br>, acessado em 10 jun 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, vol.01*. 6 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de processo penal interpretado*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MOREIRA, Romulo de Andrade. O STF, a liberdade provisória e o tráfico de drogas. 2009. <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12471>, acessado em 05 jun 2010

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 6 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 7 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 11 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

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

PEREIRA, Laydiane de Castro. Da possibilidade da concessão de liberdade provisória aos acusados da prática do delito de tráfico ilícito de entorpecentes. 2008. . <http://ibccrim.org.br>, acessado em 15 jun 2010.

REZENDE, Renato Teixeira. Descompartimentalização da fiança e funcionalização da liberdade provisória. 2005. <http://ibccrim.org.br>, acessado em 15 jun 2010.

REZENDE, Guilherme F.. Aplicação da Liberdade Provisória em tráfico de drogas. <http://ibccrim.org.br>, acessado em 15 jun 2010

RODRIGUES, Fernando Celso da Silva. Panorama sobre a constitucionalidade da vedação da liberdade provisória na nova lei de drogas. 2010. <http://www.clubjus.com.br/artigos&ver=2.29041>. Acesso em 12.05.2010.

SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 8 Ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1965.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*, 2 ed. Rio de Janeiro: Renavan, 1996.