



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Liberdade Provisória na Lei de Drogas

Maria Claudia Cascardo Barbosa de Medeiros

Rio de Janeiro
2010

MARIA CLAUDIA CASCARDO BARBOSA DE MEDEIROS

A Liberdade Provisória na Lei 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. Mônica Areal
Prof. Néli Fetzner
Prof. Nelson Tavares

Rio de Janeiro
2010

A LIBERDADE PROVISÓRIA NA LEI DE DROGAS

Maria Claudia Cascardo Barbosa de Medeiros

Graduada pela Universidade Cândido
Mendes. Advogada.

Resumo: Este trabalho objetiva analisar a alteração promovida no artigo 2º, II da Lei nº. 8.072/90 pela Lei nº. 11.464/07, que eliminou a vedação à liberdade provisória aos acusados por crimes hediondos e manteve-se apenas a fiança. Assim, surge a discussão acerca da ocorrência da derrogação tácita do art. 44 da Lei nº. 11.343/06, no que concerne à proibição da liberdade provisória aos acusados por crimes de tráfico ilícito de drogas, por ser esse um crime equiparado a hediondo e por ter o constituinte originário proibido tão-somente a liberdade provisória com fiança (art. 5º, XLIII da CRFB/88). A questão é polêmica tanto na doutrina quanto na jurisprudência dos Tribunais Superiores. O STF tem mitigado o rigor da norma supra referida, reconhecendo a repercussão geral da matéria no RE 601384, Ministro Marco Aurélio. Ainda, o tema foi afetado ao plenário no HC 97256, Ministro Carlos Britto, informativo 560.

Palavras-chave: Liberdade Provisória. Crime Hediondo. Inconstitucionalidade do art. 44 da Lei nº. 11.343/06.

Sumário: Introdução. 1. Das Considerações Gerais Acerca de Liberdade Provisória. 2. Princípios Constitucionais da Liberdade Provisória 3. Da Liberdade Provisória. 3.1. Da Liberdade Provisória com Fiança. 3.2. Da Liberdade Provisória sem Fiança. 3.3. Da Inafiançabilidade. 4. Da Liberdade Provisória nos Crimes Hediondos. 5. Do Tráfico Ilícito de Entorpecentes. 6. Da Liberdade Provisória na Lei de Drogas. 6.1. Do Art. 44 da Lei de Drogas. 6.2. Da Duvidosa Constitucionalidade do Art. 44 da Lei nº. 11.343/06. 6.3. Do Enfrentamento da Questão nos Tribunais Superiores. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho possui como diretriz a realização de um estudo a respeito da vedação à liberdade provisória imposta pelo art. 44 da Lei de Drogas (Lei nº. 11.343/2006); utiliza, para tanto, o posicionamento doutrinário e jurisprudencial acerca do assunto.

O tema em questão ganha relevância a partir do momento em que o legislador retira a vedação da liberdade provisória sem fiança da Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº. 8.072/90), por meio de alteração pela Lei nº. 11.464/07, de 28 de março de 2007, dando nova redação ao art. 2º da Lei de Crimes Hediondos. Agora, o art. 2º, II da Lei nº. 8.072/90 somente impede a fiança, sendo que a concessão ou não da liberdade provisória sem fiança segue a regra geral da demonstração da necessidade processual da custódia, de acordo com os fundamentos da prisão preventiva (art. 312 do CPP).

Nesse mesmo sentido, o art. 21 do Estatuto do Desarmamento (Lei nº. 10.826/03) que possuía a mesma vedação da Lei nº. 8.072/91, foi declarado inconstitucional pelo STF na ADI 3.112/DF, por entender que o texto constitucional não autoriza a prisão *ex lege*, em face dos princípios da presunção de inocência e do devido processo legal.

Portanto, surge a discussão acerca da ocorrência da derrogação tácita do art. 44 da Lei nº. 11.343/06, no que concerne à proibição da liberdade provisória aos acusados por crimes de tráfico ilícito de drogas, por ser esse um crime equiparado a hediondo e por ter o constituinte originário proibido tão-somente a liberdade provisória com fiança (art. 5º, XLIII da CRFB/88).

A doutrina majoritária critica a proibição da liberdade provisória contida no artigo 44, *caput* da Lei nº. 11.343/06. Contrariamente, prevalece no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que não ocorreu derrogação tácita do art. 44, *caput* da Lei em análise, no que diz

respeito à liberdade provisória, porque este é especial em relação à regra geral constante do art. 2º, II da Lei dos Crimes Hediondos, estando ainda em vigor.

No STJ, por sua vez, não há entendimento pacífico sobre o tema. A Quinta Turma em diversos julgados se pronunciou no sentido da vedação a concessão do benefício, ao argumento de que o texto constitucional, no art. 5º, inciso XLIII, impõe a inafiançabilidade do tráfico de entorpecentes; e, a Sexta Turma entende possível a concessão da liberdade provisória no crime de tráfico.

O STF, por ora, entende constitucional a vedação da liberdade provisória imposta pelo art. 44 da Lei nº. 11.343/06, por decorrer da própria Constituição, sendo legítima a proibição de liberdade provisória nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes. Todavia, o STF tem mitigado o rigor da norma supra referida, sendo reconhecida a repercussão geral da matéria no RE 601384, Ministro Marco Aurélio, como também o tema foi afetado ao plenário no HC nº. 97256, Ministro Carlos Britto, informativo 560.

Serão analisadas ao longo do trabalho todas as divergências doutrinárias e jurisprudências acerca da vedação da liberdade provisória na lei de drogas, com a exposição das teses doutrinárias majoritárias e minoritárias, bem como dos julgados mais recentes dos Tribunais Superiores a respeito do tema.

1 – DAS CONSIDERAÇÕES GERAIS ACERCA DE LIBERDADE PROVISÓRIA

No ordenamento jurídico, vigora o entendimento de que, em princípio, ninguém deve ser recolhido à prisão senão após a sentença condenatória com trânsito em julgado.

Sendo assim, surgem institutos e medidas que visam assegurar o desenvolvimento regular do processo com a presença do acusado sem sacrifício de sua liberdade, deixando a custódia provisória apenas para as hipóteses de extrema necessidade.

A Constituição Federal, no artigo 5º, LXVI estabelece que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”, significando que a prisão é exceção e a liberdade, regra.

Nesse sentido, a legislação processual penal, traz a liberdade provisória, que substitui a prisão provisória, com ou sem fiança, nas hipóteses de flagrante (arts. 301 a 310 do CPP) e de sentença condenatória recorrível (art. 594 do CPP).

A liberdade provisória garante que o acusado tenha o direito de aguardar em liberdade o transcorrer do processo até o trânsito em julgado, podendo ser revogada a qualquer tempo, diante do descumprimento de certas condições impostas.

Concedida a liberdade provisória, o acusado não é recolhido à prisão, e se estiver preso é posto em liberdade, vinculado ou não a certas obrigações que o prendem ao processo e ao juízo, com a finalidade de assegurar sua presença aos atos do processo sem sacrifício da prisão provisória.

Chama-se liberdade provisória porque pode ser revogada a qualquer tempo e vigora até o trânsito em julgado da sentença, não prolongando, entretanto, a possibilidade de recurso especial ou extraordinário, que não têm efeito suspensivo.

A liberdade provisória não pode ser confundida com o relaxamento de prisão em flagrante, nesta se segue o preceito do art. 5º, LXV da CRFB/88: “Art. 5º LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”. Sendo assim, se limita às situações de vícios de forma e substância na autuação e nunca acarreta ao acusado deveres e obrigações.

2 - DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LIBERDADE PROVISÓRIA

Alguns princípios regem o instituto processual da liberdade provisória, podendo a própria liberdade provisória ser considerada como um princípio constitucional, insculpido dentro dos direitos fundamentais (art. 5º, inciso LXVI da CRFB/88).

Também se vinculam a liberdade provisória os princípios constitucionais do devido processo legal, da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana é o princípio constitucional basilar, pois todos os outros princípios e normas componentes do ordenamento jurídico se voltam de forma imediata para o fim de garantir a todos uma vida digna, sendo um suporte de todos os direitos fundamentais insertos na Constituição.

Por isso, a privação indevida de liberdade, quando não justificada por uma condenação ou por qualquer razão legal, é uma afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, em razão das condições subumanas do cárcere e por ser uma prisão indevida de alguém que se encontra em estado de inocência.

Previsto no art. 5º, LIV da CRFB/88, informa que ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Assim, pode ser definido como devido processo legal, o conjunto de regras e princípios que protegem e mantêm os direitos e garantias fundamentais contra os abusos e arbítrios das autoridades públicas. Aplicado em qualquer processo: administrativo, civil ou penal.

Dentro deste dispositivo encontra-se implícito o princípio da razoabilidade, pelo qual, o intérprete deve procurar buscar a aplicação da norma fundada no bom senso, somente sacrificando um direito quando for a única forma de salvaguardar um bem maior.

Pode-se entender que a liberdade individual é uma garantia fundamental que só pode ser retirada após uma condenação que tenha observado o devido processo legal, sendo a liberdade provisória uma expressão deste princípio constitucional.

O princípio da presunção da inocência impede a adoção de medidas restritivas a liberdade pessoal antes do reconhecimento da culpabilidade do agente, salvo nos casos de absoluta necessidade.

3 – DA LIBERDADE PROVISÓRIA

A liberdade provisória é um instituto processual que garante ao acusado o direito de aguardar em liberdade o transcorrer do processo até o trânsito em julgado, vinculado a certas obrigações, podendo ser revogada a qualquer tempo, diante do descumprimento das condições impostas.

A liberdade provisória pode ser concedida com fiança ou sem fiança, esta pode estar vinculada a certas obrigações ao acusado ou não. Ainda, há crimes inafiançáveis, nos quais não se admitem a fiança por expressa vedação legal.

3.1. DA LIBERDADE PROVISÓRIA COM FIANÇA

A liberdade com fiança tem natureza cautelar, por ser uma medida cautelar de substituição da prisão em flagrante por uma liberdade vinculada. Impõe-se, na fiança, ao réu,

para que fique ou permaneça livre, o pagamento de determinada importância em dinheiro e outros ônus processuais.

Entende-se como fiança a garantia real, consistente no pagamento em dinheiro ou na entrega de valores ao Estado, com o fim de assegurar o direito de permanecer em liberdade, no transcurso de um processo criminal.

A fiança é um direito subjetivo do acusado, regulado nos artigos 322 a 350 do Código de Processo Penal, que denegado constitui constrangimento ilegal à liberdade de locomoção (art. 648, V do CPP) e crime de abuso de autoridade (art. 4º, “e” da Lei nº. 4.898/65).

Assim, sua finalidade é assegurar a liberdade provisória do indiciado ou réu, enquanto decorre o inquérito policial ou o processo criminal, desde que preenchidas determinadas condições.

Há também a possibilidade de se constituir a fiança pela apresentação de bens sujeitos à hipoteca que podem ser: os imóveis e os acessórios dos imóveis conjuntamente com eles; o domínio direto; o domínio útil; as estradas de ferro; os recursos naturais na forma do art. 1230 do Código Civil; os navios e as aeronaves. As coisas podem ser oferecidas pelo indiciado, acusado ou por terceiro, em nome ou por aquele. Nada impede, inclusive, que seja o terceiro defensor dativo do acusado.

A coisa dada em caução fica sujeita ao pagamento das custas, da indenização do dano e da multa, se o réu for condenado, mesmo no caso de prescrição depois da sentença condenatória, de acordo com a previsão do art. 336 e seu parágrafo único do CPP. Trata-se do fim secundário da fiança que por finalidade precípua, visa assegurar a presença do réu aos atos do processo e a execução da pena privativa de liberdade.

A fiança é tomada por termo, sujeitando o acusado à certas obrigações previstas nos artigos 327 e 328 do CPP.

O imputado ou terceiro que prestou fiança, com a lavratura do termo, são notificados das obrigações impostas e das sanções previstas nos artigos 327 e 328 (art. 329, parágrafo único do CPP). O desatendimento a qualquer das obrigações impostas acarreta o quebraimento da fiança.

Por fim, o artigo 341 do CPP impõe a obrigação de o acusado não tornar a cometer infração penal durante a vigência da fiança.

3.2. DA LIBERDADE PROVISÓRIA SEM FIANÇA

A liberdade provisória, em sentido amplo, engloba a fiança e a liberdade provisória em sentido estrito ou sem fiança. Ainda, em sentido amplo, temos a liberdade provisória vinculada e não vinculada ou sem vínculos.

A liberdade provisória mediante fiança é forma de liberdade provisória vinculada, mas, entre as modalidades de liberdade provisória em sentido estrito, existem formas de liberdade provisória vinculada e não vinculada.

É isenta de vinculação, ou seja, de obrigações para o acusado, a liberdade provisória sem fiança quando o réu se livre solto, conforme dispõe o artigo 321 do CPP, que ressalva o disposto no artigo 323, III e IV do mesmo diploma legal.

A primeira hipótese é a de infração que não for, isolada, cumulativamente ou alternativamente, cominada pena privativa de liberdade (art. 321, I do CPP). Tal regra decorre do fato de que o réu, mesmo se condenado, não irá efetivamente cumprir pena, não havendo razão para que seja aplicada uma prisão provisória.

A segunda hipótese diz respeito às infrações penais (crimes ou contravenções) em que o máximo da pena privativa de liberdade, isolada, cumulativamente ou alternativamente cominada não excede 3 meses (art. 321, II do CPP). Trata-se, aqui, de caso em que, diante do tempo de duração do inquérito policial e da ação penal, inclusive na fase recursal, certamente o acusado ficaria mais tempo preso em decorrência da prisão provisória do que em função da condenação final que não excederia os três meses de reclusão, detenção ou prisão simples.

Ressalte-se que, preso e autuado em flagrante o acusado por um desses ilícitos penais em que se prevê a liberdade provisória sem fiança e sem vínculos, dada a mínima importância da infração penal, deve ser o réu posto em liberdade depois de lavrado o auto de prisão em flagrante, de acordo com o artigo 309 do CPP.

Todavia, por força do artigo 321, *caput* do CPP, não se livra solto o acusado que for vadio ou reincidente em crime doloso, não preenchendo os requisitos legais para obter a liberdade provisória com ou sem fiança, tendo que aguardar preso o desenrolar do processo.

Ainda, o juiz poderá conceder a liberdade provisória, sem fiança, mas de forma vinculada, ao examinar o auto de prisão em flagrante, ou mesmo no decorrer do processo, caso fique patente que o agente tenha praticado o ato amparado por excludente de antijuridicidade, ou mesmo caso não estejam presentes as hipóteses autorizadas de prisão preventiva, na forma do art. 310 e seu parágrafo único do CPP. Sendo necessária a prévia manifestação do Ministério Público.

A primeira hipótese do art. 310 *caput* do CPP, determina que se o juiz ao receber o auto de prisão em flagrante, verificar que o agente tenha praticado o fato em uma das condições previstas no art. 23, I, II e III (estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal e exercício regular do direito), poderá, depois de ouvir o Ministério Público, conceder liberdade provisória ao réu, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.

Note-se que, a lei não incluiu o agente que cometeu o crime em situação que caracteriza excludente de culpabilidade, como na hipótese de erro sobre a ilicitude do fato (art. 21 do CP), de coação irresistível e obediência hierárquica (art. 22 do CP), de inimputabilidade por embriaguez completa (art. 28, § 1º do CP) e outros.

Concedida a liberdade provisória deve ser lavrado um termo, obrigando-se o condenado a comparecer a todos os termos do processo, única vinculação exigida, sob pena de revogação do benefício e restauração da prisão em flagrante.

A segunda hipótese de liberdade provisória sem fiança mas com vínculo é a estabelecida no art. 310, parágrafo único do CPP, que determina igual procedimento quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante, a inoccorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (arts 311 e 312). Assim, quando não estão presentes os fundamentos que possibilitam a prisão preventiva, o réu preso em flagrante será solto.

Atualmente, a regra é que o réu se defenda em liberdade, sem ônus econômico, não devendo permanecer preso aquele contra o qual não se irá decretar a prisão preventiva. A liberdade sem fiança, disciplinada inicialmente para casos excepcionais, acabou por sobrepor-se à própria cautela de liberdade afiançada, única prevista na Constituição Federal.

Este dispositivo também se aplica aos crimes inafiançáveis ou afiançáveis, ainda que graves, a réus primários ou reincidentes, de bons ou maus antecedentes, desde que não seja o caso de cabimento de decretação da prisão preventiva.

É importante frisar que pelas circunstâncias fáticas do crime, como a maquinação intelectual, frieza, sutileza, preordenamento entre outros, apesar de o agente ser primário e de ter bons antecedentes, justifica-se a denegação da liberdade provisória, quando presentes os requisitos que autorizam a prisão preventiva.

O parágrafo único do art. 310 do CPP, é um direito subjetivo processual do acusado que, despojado de sua liberdade pelo flagrante, a readquire desde que não ocorra nenhuma das

hipóteses autorizadoras da prisão preventiva. O juiz não pode, reconhecendo que não há elementos que autorizariam a decretação da prisão preventiva, simplesmente deixar de conceder a liberdade provisória.

A competência para a concessão da liberdade provisória é somente do juiz, não cabendo a autoridade policial. O juiz deverá em despacho fundamentado, conceder ou não a liberdade provisória, indicando a hipótese autorizadora da prisão preventiva incidente na espécie, sob pena de constrangimento ilegal à liberdade de locomoção, sanado pela impetração de *habeas corpus*.

Cabe recurso em sentido estrito da decisão que concede a liberdade provisória, de acordo com o art. 581, V do CPP. Contra a denegação não há recurso previsto, cabendo *habeas corpus*, com fundamento na existência de constrangimento ilegal.

Se o acusado, injustificadamente, deixar de comparecer aos atos do processo em que deva estar presente, a liberdade provisória será revogada e a prisão em flagrante restaurada. Isso porque as hipóteses acima mencionadas são de liberdade provisória com vínculo e não simples relaxamento de flagrante.

3.3. DA INAFIANÇABILIDADE

O Código de Processo Penal não menciona quais são os crimes afiançáveis, mas sim os que não admitem fiança, devendo ser acrescentados a estes as proibições contidas na Constituição Federal (art. 5º, XLII, XLIII e XLIV) e em Leis Especiais.

A inafiançabilidade no Código de Processo Penal decorre da natureza ou gravidade da infração penal ou exclusivamente das condições pessoais do agente, de acordo com os artigos 323 e 324.

No inciso I do artigo 323 há previsão de que a fiança não será concedida nos crimes punidos com reclusão em que a pena mínima cominada for superior a dois anos. A contrário senso, são afiançáveis todos os ilícitos apenados com prisão simples ou detenção ou com pena mínima até dois anos reclusão, bem como aqueles a que não se comina pena privativa de liberdade, como no caso das contravenções.

A fiança não será concedida nos casos de contravenções penais tipificadas nos arts. 59 e 60 da Lei de Contravenção, conforme dispõe o art. 323, II do CPP. Assim, em caso de contravenção de vadiagem (art. 59 da LCP) e de mendicância (art. 60 da LCP), não será concedida a fiança. Também, é considerado inafiançável a prática de jogo do bicho.

Ainda, neste sentido da impossibilidade de concessão da fiança, estão os crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade, quando o réu já tiver sido condenado por outro crime doloso, tendo como requisito o trânsito em julgado da sentença, com base no que dispõe o art. 323, III do CPP. Aqui, não se trata de reincidência, porque nesta é necessário o trânsito em julgado da sentença que tenha condenado o agente por crime anterior (art. 63 do CP). Já no art. 323, III, a fiança não é concedida ao agente que tem registrado contra si uma condenação anterior por crime doloso em sentença transitada em julgado, não importando se o delito que lhe está sendo imputado foi praticado antes ou depois daquela sentença irrecorrível.

Importante frisar que não impede à concessão da fiança a condenação anterior por crime culposos, ainda que a pena detentiva. Também, fazendo-se uma interpretação analógica com a concessão do *sursis*, há possibilidade de concessão da fiança ao réu que punido anteriormente por crime doloso, é condenado por crime culposos.

O art. 323, V do CPP nega a concessão da fiança aos crimes punidos com reclusão, que provoque clamor público ou tenha sido cometido com violência contra a pessoa ou grave ameaça.

O art. 324 do CPP prevê as hipóteses de inafiançabilidade tomando em consideração exclusivamente a pessoa do acusado. Assim, a fiança não pode ser concedida a quem, no mesmo processo, tiver quebrado fiança concedida ou infringindo obrigações previstas no art. 350 do CPP. Não caberá, ainda, fiança quando determinada a prisão por mandado do juiz cível, de prisão disciplinar, de prisão administrativa ou militar.

Também será negada a concessão de fiança a quem se encontrar em gozo de suspensão ou livramento condicional, salvo se o acusado estiver sendo processado por crime culposos ou contravenção que admite fiança. E, quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva, ou seja, os requisitos do art. 312 do CPP, a fiança não poderá ser concedida.

Por fim, a Constituição Federal de 1988 também prevê casos inafiançáveis como os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e os crimes definidos como hediondos (art. 5º, LXIII). É o que se repete na Lei nº. 8.072/90. Mas a Constituição Federal também impede a fiança nos crimes de racismo (art. 5º, LXII) e na ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, LXIV).

4- DA LIBERDADE PROVISÓRIA NOS CRIMES HEDIONDOS

A Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90), vedava a concessão da liberdade provisória, e em consequência, obrigava o cumprimento da pena no regime integralmente fechado, conforme art. 2º, II e seu § 1º, com redação anterior.

Por muito tempo, discutiu-se a inconstitucionalidade deste dispositivo, tendo em vista que a Carta Magna de 1988 (art. 5º, XLIII), ao tratar dos crimes hediondos somente proibiu a fiança, a graça e a anistia, não mencionando a liberdade provisória aos acusados por estes crimes.

Norteando-se tão-somente pela natureza do crime investigado, a doutrina apontava a inconstitucionalidade deste dispositivo da Lei nº. 8.072/90, por afronta direta ao devido processo legal (art. 5º, LIV da CRFB/88), a regra da liberdade provisória (art. 5º, LXVI da CRFB/88) e da presunção da inocência (art. 5º, LVII da CRFB/88). Também, sustentava-se que a lei infraconstitucional não poderia ir além, vedando a concessão da liberdade provisória, até porque esta é a *ultima ratio* no processo penal.

Colocando fim à discussão, o legislador retirou a vedação da liberdade provisória sem fiança da Lei nº. 8.072/90, por meio de alteração pela Lei nº 11.464/07, de 28 de março de 2007, dando nova redação ao art. 2º da Lei de Crimes Hediondos. Agora, o art. 2º, II da Lei nº. 8.072/90 somente impede a fiança, sendo que a concessão ou não da liberdade provisória sem fiança segue a regra geral da demonstração da necessidade processual da custódia, de acordo com os fundamentos da prisão preventiva (art. 312 do CPP).

5 - DO TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES

A Constituição Federal de 1988 colocou o tráfico ilícito de entorpecentes nas mesmas disposições do crime hediondo, negando-lhe diversos benefícios. Assim, fica claro que o legislador constitucional quis dar um tratamento mais severo aos traficantes (art. 5º, XLIII da CRFB/88), justamente pela danosidade social advinda desta espécie de infração penal, salvo situações muito excepcionais.

O crime de tráfico de drogas não é considerado crime hediondo, mas equiparado a este. O constituinte originário separou os crimes hediondos dos equiparados com a finalidade de assegurar a estabilidade na consideração destes últimos como crimes mais severamente punidos.

Assim, em relação aos crimes hediondos a Constituição autorizou que a lei defina e indique quais os crimes serão qualificados como tal, cujo rol se encontra atualmente previsto no art. 1º da Lei nº. 8.072/90 e, pode ser alterado por lei ordinária.

Já para os três crimes equiparados ao hediondo, não há esta possibilidade de modificação, ou seja, para o tráfico de drogas, terrorismo e tortura, não poderá a lei deixar de conceder-lhes tratamento mais severo, porque o próprio constituinte já engessou a atividade do legislador neste ponto.

Na antiga Lei de Drogas (Lei nº 6.368/76), havia divergência jurisprudencial e doutrinária acerca dos crimes que poderiam se enquadrar no tipo de tráfico ilícito de entorpecentes, pois não havia nenhum tipo penal que remetesse a este, atualmente tráfico de drogas.

A nova Lei de Drogas (Lei nº. 11.343/06) acabou com tal discussão, enquadrando no conceito de tráfico de drogas as infrações previstas nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 à 37, conferindo-lhes tratamento mais severo.

Sendo assim, atualmente, na Lei nº. 11.343/06, o crime de associação para o tráfico de drogas é considerado tráfico para fins de aplicação do regime mais severo. Por exclusão,

não são considerados equiparados a hediondos os crimes previstos nos arts. 28 (porte para consumo próprio); 33, § 2º (auxílio ao uso) e § 3º (uso compartilhado); 38 (prescrição culposa) e 39 (condução de embarcação ou aeronave sob efeito de droga).

6- DA LIBERDADE PROVISÓRIA NA LEI DE DROGAS

Na antiga Lei de Drogas (Lei nº.6368/76) não havia quaisquer disposições em relação a vedação da liberdade provisória, pelo que se subentendia pela aplicação dos dispositivos do Código de Processo Penal, conforme o *caput* do art. 20 da Lei nº. 6.368: “O procedimento dos crimes definidos nesta Lei rege-se-á pelo disposto neste capítulo, aplicando-se subsidiariamente o Código de Processo Penal.”

Com a entrada em vigor da nova de Lei de Drogas (Lei nº. 11.343/06), a liberdade provisória, com ou sem fiança, foi vedada expressamente no art. 44, *caput* quando se tratar da prática de crimes previstos nos arts. 33, *caput* e §1º, e 34 a 37 da mesma lei.

6.1. DO ART. 44 DA LEI DE DROGAS

A Lei nº 11.343/06, de 23 de agosto de 2006, a nova Lei de Drogas, entrou em vigor no dia 08 de outubro de 2006, e seu art. 44, *caput*, vedou expressamente a concessão da liberdade provisória com ou sem fiança, em se tratando da prática dos crimes previstos nos arts. 33, *caput*, § 1º e 34 a 37: “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)

O art. 33, *caput*, trata do crime de tráfico ilícito de entorpecentes e o § 1º em seus três incisos determina as hipóteses assemelhadas ou equiparadas.

Assim, determina que incorrem nas mesmas penas previstas para o crime de tráfico aquele que importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, de acordo com o que dispõe o § 1º, inciso I.

Já no inciso II, aquele que semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas, será punido com as mesmas penas para o crime de tráfico.

Por fim, o inciso III deste artigo trata daquele que se utiliza de local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou permite que outrem dele se utilize, mesmo que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

O art. 34 pune aquele que fabrica, adquire, utiliza, transporta, oferece, vende, distribui, entrega a qualquer título, possui, guarda ou fornece, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Em seguida, no art. 35 o crime de associação de duas ou mais pessoas para com o fim de praticar reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e

34 da Lei nº. 11.343/06. E, o parágrafo único deste artigo tipifica o crime de associação para a prática de qualquer dos crimes descritos no art. 36.

A Lei nº. 11.343/06 no art. 36 trouxe uma inovação ao tipificar as condutas de financiar ou custear a prática de qualquer dos crimes previstos nos art. 33, *caput* e § 1º e, art. 34.

Finalmente, o art. 37 também institui novo tipo penal, ao determinar a punição ao agente que colaborar, como informante, com grupo, organização ou associação destinados à prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 desta Lei.

6.2. DA DUVIDOSA CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 44 DA LEI 11.343/06

Tendo em vista a mencionada alteração do artigo 2º, II da Lei nº. 8.072/90, pela Lei nº. 11.464/07, que eliminou a vedação à liberdade provisória aos acusados por crimes hediondos, mantendo-se apenas a fiança, discute-se se a mudança teria derogado tacitamente o art. 44 da Lei nº. 11.343/06, no que concerne a proibição da liberdade provisória aos acusados por crimes de tráfico ilícito de drogas, por ser este um crime equiparado a hediondo e por ter o constituinte originário proibido tão somente a liberdade provisória com fiança (art. 5º, XLIII).

Outra menção fundamental é a proclamação da inconstitucionalidade do art. 21 do Estatuto do Desarmamento (Lei nº. 10.826/03) que possuía a mesma vedação da Lei nº. 8.072/91, e que foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, na ADI 3.112/DF, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, por entender que o texto constitucional não autoriza a prisão *ex lege*, em face dos princípios da presunção de inocência e do devido

processo legal. Assim, para muitos esse julgado indicaria uma forte tendência da Egrégia Corte em não mais admitir a restrição à liberdade provisória pelo legislador.

A doutrina majoritária critica a proibição da liberdade provisória contida no artigo 44, *caput* da Lei nº. 11.343/06.

Flávio Gomes (2009) sustenta que ocorreu uma sucessão de leis processuais materiais com o advento da Lei nº. 11.464/2007 (vigente desde 29.03.07), que suprimiu a proibição da liberdade provisória nos crimes hediondos e equiparados, prevista então no art. 2º, inciso II, da Lei nº. 8.072/1990. Destaca, ainda, que a lei posterior revoga a lei anterior, e que essa revogação pode ser expressa ou tácita; no caso a Lei nº. 11.464/2007, que é geral, derogou parte do art. 44 da Lei nº. 11.343/2006, que é especial. Assim, teria desaparecido do citado art. 44, *caput*, a proibição da liberdade provisória, porque a lei nova revogou a antiga.

Para esse autor, a interpretação que deve ser feita deste art. 44 da Lei de Drogas é que no crime de tráfico de drogas não cabe a liberdade provisória com fiança, por vedação expressa da Constituição Federal no art. 5º, XLII, porém seria perfeitamente cabível a liberdade provisória sem fiança, com base no art. 5º, LXVI da CRFB/88 que prevê que ninguém será levado a prisão ou nela mantida, quando a lei permitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.

Polastri Lima (2009, pág. 645) ensina que “uma norma legal que vede a liberdade provisória deve ter uma leitura conforme a constituição”, ou seja, a vedação pode ser dada *a priori*, mas não de uma forma taxativa, eis que deve ser necessária a demonstração do *periculum libertatis*. Também comunga do entendimento que a Lei nº. 11.464/07 derogou o art. 44 da Lei 11.343/06, e por ser aquela mais benéfica, deve ser aplicada imediatamente, neste sentido Pacelli (2009), Souza Nucci (2008), Marcão (2009).

Contrariamente, Jesus (2008), entende que não ocorreu derrogação tácita do art. 44, *caput* da Lei em análise, no que diz respeito a liberdade provisória, porque no conflito

aparente de normas, admite-se o convívio de ambas, devendo ao intérprete delimitar o campo de atuação de cada uma delas, ou seja, o art. 44, *caput* da Lei de Drogas é especial em relação à regra geral constante do art. 2º, II da Lei dos Crimes Hediondos, estando ainda em vigor.

Vale ressaltar, entretanto, que a correnteza jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nega a liberdade provisória, aceitando a validade e constitucionalidade do artigo 44 da Lei nº. 11.343/06. Na maioria dos julgados, afirma que a proibição de liberdade provisória aos crimes hediondos, com ou sem fiança, advém da própria Constituição, não possuindo maior relevância a questão da revogação, ou não, do artigo 44 da Lei nº.11.343/06 pela Lei nº.11.464/07 a qual deu nova redação ao artigo 2º, II da Lei nº. 8.072/90.

Ainda, em relação à alegada inconstitucionalidade do aludido dispositivo legal, sustenta-se não ter ocorrido derrogação da norma penal estatuída no artigo 44 da Lei nº. 11.343/06 pela Lei nº. 11.464/07, que alterou a Lei de Crimes Hediondos, haja vista que este diploma legal não poderia alcançar o delito de tráfico de drogas, cuja disciplina já constava daquela lei especial – *Lex generalis non derogat Lex specialis*.

Todavia, o eminente desembargador Marcus Basílio, no HC nº. 2009.059.08381, fez uma interpretação mais favorável. Explicitou que no tipo de tráfico de entorpecentes, a regra é a prisão cautelar, porém não é vedada em todos os casos a liberdade provisória. A vedação seria uma recomendação ao juiz e não uma regra absoluta, cabendo sua flexibilização em hipóteses excepcionais, como no caso de se vislumbrar de plano a possibilidade de eventual desclassificação da imputação vestibular para outra menos rigorosa, já que caberia ao juiz fazer uma valoração antecipada da decisão definitiva.

6.3. DO ENFRENTAMENTO NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

O STJ, por sua vez, não possui entendimento pacífico sobre o tema. A Quinta Turma em diversos julgados (HC 158308, HC 113740, HC 145797, HC 160360/SP) se pronunciou no sentido da vedação a concessão do benefício, ao argumento de que o texto constitucional (art. 5º, inciso XLIII), impõe a inafiançabilidade do tráfico de entorpecentes. Ainda, a vedação de concessão de liberdade provisória encontra amparo no art. 44 da Lei nº. 11.343/06, que é norma especial em relação ao parágrafo único do art. 310 do CPP e à Lei de Crimes Hediondos, com a nova redação dada pela Lei nº. 11.464/07.

Outrossim, a Sexta Turma entende possível a concessão da liberdade provisória no crime de tráfico, HC nº. 138275/SP, informativo 414; HC nº. 161123/SP; HC nº. 118649/PR; HC nº. 110917/RJ. Destaca-se que, esta Turma, tem decidido que não obstante a vedação à liberdade provisória contida na Lei de Drogas, a custódia do acusado só será cabível se presentes os requisitos do art. 312 do CPP, eis que a liberdade, antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, por imperativo constitucional, é a regra, não a exceção.

Sustenta ainda que a vedação da liberdade provisória não pode estar fundamentada apenas na gravidade abstrata do crime e nas suas conseqüências sociais.

Por último, comunga do entendimento segundo o qual, ainda que se trate de delito de tráfico, a Lei nº. 11.464/2007, ao suprimir do artigo 2º, II da Lei nº. 8.072/1990 a vedação à liberdade provisória nos crimes hediondos, adequou a lei infraconstitucional ao texto da Carta Magna, sendo inadmissível a manutenção do acusado no cárcere quando não demonstrados os requisitos autorizadores de sua prisão preventiva.

Já no STF, destaca-se, o recente voto do Ministro Celso de Melo, que concedeu liberdade provisória para acusado de tráfico no HC nº. 99832, 2ª Turma; HC nº. 100362, informativo 559; HC nº. 100742, informativo 566; HC nº. 100959, Informativo 571. Sustenta

que a natureza da infração penal, ainda que o delito imputado ao réu seja legalmente classificado como crime hediondo (Lei 8.072/90), por si só não pode ser apto a justificar a privação cautelar do “*status libertatis*”, que tem natureza cautelar, daquele que sofre a persecução criminal instaurada pelo Estado.

A prerrogativa jurídica da liberdade, que possui extração constitucional no art. 5º, LXI e LXV, não pode ser ofendida por atos arbitrários do Poder Público, mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, porque até que sobrevenha sentença condenatória irrecorrível (art. 5º, LVII da CRFB/88), não se revela possível presumir a culpabilidade do réu, qualquer que seja a natureza da infração penal que lhe tenha sido imputada.

Aduz ainda que a vedação a concessão de liberdade provisória, do art. 44 da Lei nº. 11.343/2006 (Lei de Drogas), não pode ser admitida, pois que se revela manifestamente incompatível com a presunção de inocência e da garantia do “*due process*”, dentre outros princípios consagrados pela Constituição da República, independentemente da gravidade objetiva do delito.

Baseia-se também no princípio da razoabilidade, que traduz uma limitação material à ação normativa do Poder Legislativo, que não pode atuar de maneira imoderada, nem formular regras legais cujo conteúdo revele deliberação absolutamente divorciada dos padrões de razoabilidade.

Observa que a previsão legal do art. 44 da Lei nº. 11.343/2006, que veda a concessão de liberdade provisória, incide na mesma censura que o Plenário do Supremo Tribunal Federal estendeu ao art. 21 do Estatuto do Desarmamento, pois o legislador não pode substituir-se ao juiz na aferição da existência, ou não, de situação configuradora da necessidade de utilização, em cada situação concreta, do instrumento de tutela cautelar penal.

Finalmente, concedeu a liberdade provisória, ao argumento que a mera invocação do art. 44 da Lei 11.343/2006, não justifica a decretação da prisão cautelar, especialmente depois de editada a Lei 11.464/2007, que excluiu de sua redação a vedação a concessão de liberdade provisória, aos crimes hediondos e os delitos a eles equiparados, como o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.

Neste mesmo sentido, quanto à possível inconstitucionalidade do art. 44 da Lei de Drogas, vale mencionar a decisão proferida pelo eminente Ministro Eros Grau, relator do HC 100.872/MG, que entendeu que a vedação da liberdade provisória ao preso em flagrante por tráfico de entorpecentes, imposta pelo art. 44 da Lei n. 11.343/06, afronta os princípios da presunção de inocência, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana (arts. 1º, III, e 5º, LIV e LVII da CRFB/88).

Todavia, majoritariamente o STF, por ora, entende constitucional a vedação da liberdade provisória imposta pelo art. 44 da Lei nº. 11.343/06, por decorrer da própria Constituição, merecendo citação alguns julgados neste sentido HC nº. 97463, HC nº. 94521/SP e HC nº. 98340, relator Min. Ricardo Lewandowski; HC nº. 93653 e HC nº. 95671/RS, relatora Min. Ellen Gracie; HC nº. 93229/SP, relatora Min. Cármen Lúcia.

No HC nº. 97463, o Ministro Ricardo Lewandowski, relata que é legítima a proibição de liberdade provisória nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, uma vez que ela decorre da inafiançabilidade prevista no art. 5º, XLII da CRF e da vedação estabelecida no art. 44 da Lei nº. 11.343/06, que a vedação da liberdade provisória a que se refere o art. 44, da Lei nº. 11.343/2006, por ser norma de caráter especial, não foi revogada por diploma legal de caráter geral, qual seja, a Lei nº. 11.464/07.

Ainda, esclareceu que a alteração textual realizada no artigo 2º da Lei nº.8.072/90 pela Lei nº. 11.464/07, suprimindo a expressão “liberdade provisória” daquele dispositivo

legal, não trouxe alteração jurídica ao tema, uma vez que serviu somente para corrigir a redundância vernacular existente.

A discussão é recente e o Superior Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral em relação a esta matéria no RE nº. 601384.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, nota-se que a questão não é pacífica e gera divergência doutrinária e jurisprudencial. Penso que a matéria deve ser enfrentada de acordo com o caso concreto.

A liberdade provisória é prevista em nossa Constituição Federal como um direito fundamental e permitir sua vedação *ex lege* é um retrocesso, pois o que se busca é a plenitude irrenunciável do Estado Democrático de Direito e a efetividade das garantias constitucionais alcançadas ao longo dos tempos, calcado nos princípios da dignidade da pessoa humana, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

A vedação a liberdade provisória no crime de tráfico de drogas caracteriza uma desigualdade de tratamento, sendo o mais correto exigir uniformidade de raciocínio e de aplicação da lei processual penal a todos os indiciados e acusados.

Na jurisprudência atual há uma tendência no sentido de amenizar essas proibições lançadas por lei ordinária, com o fim de privilegiar a presunção de inocência e a necessidade real da prisão cautelar. Por isso, tem-se concedido liberdade provisória a vários acusados, ainda que vigente a proibição infraconstitucional.

Quando a lei dispõe ser vedada a liberdade provisória, o magistrado deveria interpretar a vedação como uma recomendação e não como uma regra absoluta. Deve flexibilizar em algumas hipóteses a concessão da liberdade provisória e fazer uma valoração antecipada da decisão definitiva.

O STF tem mitigado o rigor da norma suprarreferida, sendo reconhecida a repercussão geral da matéria no RE 601384, Ministro Marco Aurélio, como também o tema foi afetado ao plenário no HC 97256, Ministro Carlos Britto, informativo 560. Tal julgamento poderá ensejar alteração jurisprudencial, no que se refere à vedação à concessão da liberdade provisória, uma vez que, na prática, ela funciona como fundamento para a antecipação da pena, consubstanciando ofensa aos princípios da dignidade da pessoa humana, do devido processo legal e da presunção de inocência.

REFERÊNCIAS

FILHO, Vicente Greco; RASSI, João Daniel. *Lei de Drogas Anotada*. 3 ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.

GOMES, Luiz Flávio; RUDGE Elisa M. *Inconstitucionalidade da vedação da liberdade provisória no crime de tráfico de drogas*. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>, acesso em 09 de abril de 2009.

JESUS, Damásio. *Lei Antidrogas Anotada*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2008.

LIMA, Marcellus Polastri. *Manual de Processo Penal*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MARCÃO, Renato. *Tóxicos: Lei 11.343 - Anotada e Interpretada*. 6 ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.

MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. *Lei de Drogas Comentada Artigo por Artigo*. 2 ed. São Paulo: Método, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *As Alterações na Lei dos Crimes Hediondos: A Lei nº 11.464/07*. Revista Jurídica nº 357, ano 55. Julho 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Regimes constitucionais de liberdade provisória*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2007.