

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
FACULDADE DE DIREITO

LUIZ GUSTAVO MANTOVANI

**DA (IM)POSSIBILIDADE DA LIBERDADE
PROVISÓRIA NO TRÁFICO ILÍCITO DE
ENTORPECENTES E DROGAS AFINS**

CURITIBA

2009

LUIZ GUSTAVO MANTOVANI

**DA (IM)POSSIBILIDADE DA LIBERDADE
PROVISÓRIA NO TRÁFICO ILÍCITO DE
ENTORPECENTES E DROGAS AFINS**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, como parte das exigências para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: **Prof. Dr. Sérgio Fernando Moro**

CURITIBA

2009

TERMO DE APROVAÇÃO

LUIZ GUSTAVO MANTOVANI

DA (IM)POSSIBILIDADE DA LIBERDADE PROVISÓRIA NO TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E DROGAS AFINS

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Prof. Dr. Sérgio Fernando Moro
Orientador

Prof. Dr. João Gualberto Garcez Ramos
Membro da banca avaliadora

Prof. Dr. Paulo César Busato
Membro da banca avaliadora

Curitiba, 6 de novembro de 2009

"Regardez la vie de près. Elle est ainsi faite qu'on y sent partout de la punition. Êtes-vous ce qu'on appelle un heureux? Eh bien, vous êtes triste tous les jours. Chaque jour a son grand chagrin ou son petit souci (...) Un nuage se dissipe, un autre se reforme. À peine un jour sur cent de pleine joie et de plein soleil. Et vous êtes de ce petit nombre qui a le bonheur! Quant aux autres hommes, la nuit stagnante est sur eux. Les esprits réfléchis usent peu de cette locution: les heureux et les malheureux. Dans ce monde, vestibule d'un autre évidemment, il n'y a pas d'heureux. La vraie division humaine est celle-ci: les lumineux et les ténébreux. Diminuer le nombre des ténébreux, augmenter le nombre des lumineux, voilà le but."

Victor Hugo, Les Misérables

Meus sinceros agradecimentos ao prof. Dr. Sérgio Fernando Moro que gentilmente aceitou a missão de me orientar neste desafio.

Ao bom Deus, Senhor de todas as coisas; aos meus pais, sem os quais nada disso seria possível; e, especialmente, às amizades semeadas e colhidas no jardim da Santos Andrade, pois o saber é efêmero, mas as lembranças dos amigos permanecerão para sempre.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	1
2. BREVE HISTÓRICO SOBRE O INSTITUTO DA LIBERDADE PROVISÓRIA	4
2.1. OS ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA LIBERDADE PROVISÓRIA	4
2.2. O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE 1941: A MANUTENÇÃO DA PRESUNÇÃO DE CULPABILIDADE	8
2.3. LIBERDADE COMO REGRA, PRISÃO COMO EXCEÇÃO: A MUDANÇA DA PRESUNÇÃO DE CULPA PARA A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. A NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL	11
3. A LIBERDADE PROVISÓRIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL	15
3.1. LIBERDADE PROVISÓRIA SEM FIANÇA E SEM CONDIÇÕES DE VINCULAÇÃO	18
3.2. LIBERDADE PROVISÓRIA VINCULADA SEM FIANÇA	21
3.3. LIBERDADE PROVISÓRIA MEDIANTE FIANÇA	25
3.4. RELAXAMENTO DA PRISÃO ILEGAL, REVOGAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR E CONCESSÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA	31
4. A LIBERDADE PROVISÓRIA NO DIREITO COMPARADO	35
4.1. ITÁLIA	35
4.2. PORTUGAL	36
4.3. ESPANHA	38
4.4. ESTADOS UNIDOS	40
5. A LIBERDADE PROVISÓRIA NO TRÁFICO DE DROGAS	45
5.1. ASPECTOS LEGAIS	45
5.2. POSICIONAMENTOS DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS SOBRE A LIBERDADE PROVISÓRIA NO TRÁFICO DE DROGAS	50
5.2.1. Quanto à impossibilidade da liberdade provisória	50
5.2.2. Quanto ao cabimento da liberdade provisória	57
6. CONCLUINDO: A LIBERDADE PROVISÓRIA NO TRÁFICO DE DROGAS	71
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	80

RESUMO

A presente dissertação acadêmica versa sobre a análise dos fundamentos doutrinários e jurisprudenciais quanto à possibilidade ou não da concessão de liberdade provisória aos aprisionados em flagrante pela prática de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, previsto na Lei nº. 11.343/2006. Partindo dos antecedentes históricos do instituto da liberdade provisória, da sua regulamentação no ordenamento jurídico nacional e no direito comparado, a presente dissertação tem por escopo final traçar uma análise crítica, sob o prisma do princípio da presunção de inocência, da possibilidade da lei vedar, abstratamente, a concessão de liberdade provisória a determinadas tipologias de delitos com base em presunções legais de periculosidade e culpabilidade.

PALAVRAS-CHAVE: liberdade provisória – tráfico de drogas – presunção de inocência.

1. INTRODUÇÃO

Segundo o preceito do art. 5º, inc. LXVI, da Constituição Federal, “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”. O referido enunciado estabelece os fundamentos constitucionais do instituto da liberdade provisória que coaduna com os princípios igualmente constitucionais do devido processo legal e da presunção de inocência, estabelecidos no mesmo art. 5º, incisos LIV e LVII.

O instituto da liberdade provisória configura-se como o substitutivo ou sucedâneo da prisão provisória, assumindo, nas palavras de Vincenzo MANZINI, “o caráter de benefício, estabelecido pela lei, e aplicável discricionariamente pelo juiz, nos limites traçados pela própria lei. Trata-se de uma renúncia do Estado, por intermédio de seu órgão judiciário, ao poder de manter a prisão preventiva do imputado”.

Tal benefício é regulamentado, mormente, pelos arts. 310 e 321 e ss. do Código de Processo Penal, podendo estar ou não vinculado à prestação de uma fiança por parte do acusado.

Nesse sentido, a liberdade provisória configura-se como instituto autônomo à fiança criminal, podendo ser concedida pelo juiz penal mesmo na ocorrência de crimes não contemplados pela fiança criminal (arts. 323 a 324 do CPP).

Além das restrições expressas trazidas no Código de Processo Penal e mesmo na Constituição Federal, algumas leis extravagantes do ordenamento jurídico brasileiro negam a concessão deste benefício, com ou sem a prestação de fiança, à prática de determinados crimes, dentre eles os crimes hediondos, o crime de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo. Citem-se, exemplificativamente, as normas trazidas no art. 3º da Lei nº. 9.613/98, art. 1º, §6º, da Lei nº. 9.455/97 e art. 44 da Lei nº. 11.343/2006.

Entretanto, tais vedações em abstrato, com base em presunções de periculosidade *juris et de jure* sempre dividiram doutrina e jurisprudência nacional, sendo comum se encontrarem decisões judiciais que as afastassem quando ausentes os fundamentos do art. 312 do Código de Processo Penal.

Esta situação se acentuou com o advento da Lei nº. 11.464/07, que, dentre outras providências, alterou o enunciado do art. 2º, II, da Lei 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos), suprimindo a expressão “e liberdade provisória” dos benefícios vedados aos crimes referidos em seu *caput*. Tal modificação ampliou a divergência existente na doutrina e jurisprudência pátria sobre a possibilidade ou não de concessão da liberdade provisória aos aprisionados em flagrante pela prática dos delitos denominados hediondos e aqueles a eles equiparados.

Grande parte da doutrina nacional passou a defender a idéia de que a Lei nº. 11.464/07 teria justamente consagrado a posição, já defendida há muito tempo, de que a lei ordinária não poderia vedar abstratamente a concessão da liberdade provisória, independentemente da gravidade atribuída a determinada tipologia de delitos.

A lei em comento, contudo, não teve o condão de alterar o resolutivo entendimento do Pretório Excelso, que se posicionou no sentido de que a Lei nº. 11.464/2007 teria provocado uma mera “alteração textual, retirando-se uma redundância contida no texto originário do art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90” e que a vedação à liberdade provisória a estes crimes seria decorrência direta da inafiançabilidade preceituada no art. 5º, XLIII, da Constituição Federal. Deste modo, seria ilógica a admissão de liberdade provisória *sem* fiança tendo a Constituição expressamente vedado a concessão *mediante* fiança.

No tocante especificamente ao *tráfico ilícito de entorpecentes e drogas fins*, objeto particular da presente dissertação, a dissensão entre doutrina e jurisprudência foi acrescentada do debate sobre o alcance dos efeitos da Lei nº. 11.464/2007, em virtude da existência de vedação expressa no *caput* do art. 44 da Lei nº. 11343/2006. O Supremo Tribunal Federal definiu o entendimento de que o diploma legal que alterou o disposto na Lei de Crimes Hediondos não poderia suprimir a vedação expressa do art. 44 da Nova Lei de Drogas, em razão da especialidade desta em relação à Lei nº. 8.072/90. Contudo, semelhante posicionamento vem sendo incessantemente combatido por grande parte da doutrina pátria.

É diante desse panorama que se insere a presente dissertação acadêmica, que tem por desiderato realizar uma análise do instituto da *liberdade provisória* – antecedentes históricos, regulamentação no ordenamento jurídico nacional e no direito comparado – e, por fim, examinar os fundamentos que sustentam a

possibilidade ou não de sua concessão aos aprisionados em flagrante pela prática do *tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins*.

2. BREVE HISTÓRICO SOBRE O INSTITUTO DA LIBERDADE PROVISÓRIA

2.1. OS ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA LIBERDADE PROVISÓRIA

A questão da supressão e da restauração da liberdade antes de decisão condenatória definitiva remonta aos tempos mais antigos da sociedade politicamente organizada.

Já na Idade Antiga, nas sociedades romanas e atenienses, era grande a preocupação com a restrição à liberdade individual promovida pela via judicial. Exemplificativamente, segundo ALMEIDA JÚNIOR, em Atenas, “todo juiz, quando tomava posse do cargo era obrigado a prestar juramento de que guardaria esta lei (da liberdade provisória), na qual só havia duas exceções: a primeira, conspiração contra a liberdade; a segunda, peculato”¹.

Na Roma Antiga, a liberdade provisória poderia ser concedida por meio da *intercessio* ou através do *vadimonium*, sendo aquela o veto oposto por um magistrado à decisão de outro e este a promessa feita pelo sujeito de comparecer em juízo. Esta promessa poderia ser meramente fidejussória ou vir acompanhada da prestação de caução². Durante o Principado Romano a prestação de fiança, já não mais denominada de *vadimonium* e sim de *satisdatio* ou *fideiussio*, tornou-se a única forma de obter a liberdade provisória.

Assim, na Grécia e na Roma Antigas, destacou-se a utilização da caução fidejussória, “consistente na apresentação de fiadores, que assumiam a obrigação de apresentar o réu no dia do julgamento, sob pena de perda da quantia previamente depositada e responsabilização criminal, no caso de convivência com o acusado, na hipótese de condenação”.³

¹ ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. **O Processo Criminal Brasileiro**, v. 1. p. 405.

² TORNAGHI, Hélio. **Compêndio de Processo Penal**, tomo IV, p. 1384-1385.

³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Regimes Constitucionais da Liberdade Provisória**, p. 42.

A concessão da liberdade antes de decisão condenatória definitiva foi tratada igualmente nas sociedades ática, visigótica e na própria legislação portuguesa não codificada, anterior a exploração do continente americano. Segundo Pacelli DE OLIVEIRA, “o exame de tais registros autoriza a conclusão no sentido de que, desde sua origem, o instituto esteve ligado à exigência de comparecimento do acusado ao processo, especialmente à fase de julgamento, fundada, pois, no temor de uma possível fuga”⁴.

Entre os Visigodos vigorou a obtenção da liberdade por meio da apresentação de *fiéis carcereiros*, que se responsabilizavam pela guarda do réu “enquanto se esperava o exame do delito e se determinava a pena”⁵.

Em Portugal e no Brasil, ao tempo das antigas Ordenações Afonsinas, já existiam diversos instrumentos disponíveis para a obtenção da liberdade provisória, como as *Cartas de Seguro* e a *homenagem*, além da já mencionada *fiança* e da palavra dos *fiéis carcereiros*.

As *Cartas de Seguro* eram concedidas ao acusado solto e tinham por escopo impedir a sua prisão até o julgamento definitivo. Nas palavras de PEREIRA E SOUZA, as Cartas de Seguro eram “um remédio com que então se quis obstar a vindita particular permitida naqueles tempos (Ord. L. II, tít. 26, &2). Com o andar do tempo foram tendo as ditas Cartas o restrito fim de eximirem os réus da prisão para se livrarem soltos dentro do tempo por ela concedido”⁶.

A *homenagem* diferenciava-se por ser modalidade de relaxamento de prisão já imposta, através da qual o acusado era posto em liberdade por prazo certo sob o compromisso de comparecer ao julgamento. Contudo, a homenagem constituía-se em privilégio concedido exclusivamente à nobreza da época⁷. Nesta esteira, diz TORNAGHI que “a homenagem (...) era a liberdade provisória concedida, como privilégio (...), e sob palavra”⁸, assemelhando-se muito à *menagem* do Código Penal Militar.

⁴ ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. **O Processo Criminal Brasileiro**, v. 1, p. 406.

⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Regimes Constitucionais da Liberdade Provisória**, p. 42.

⁶ ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *Op. cit.*, p. 407.

⁷ ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *Idem*, p. 410.

⁸ TORNAGHI, Hélio. **Compêndio de Processo Penal**, tomo IV, p. 1387.

A *fiança* era, igualmente ao modelo da Antiguidade, fidejussória e apresentava as mesmas características básicas do nosso ordenamento atual. Constituíam-se em modalidade de alcance da liberdade antes do definitivo julgamento, com a vinculação do acusado ao comparecimento a todos os atos do processo, sendo concedida mediante caução prestada por fiador – que se responsabilizava pelo comparecimento do acusado – e apenas para os crimes mais levemente apenados.

Por fim, a concessão de liberdade provisória mediante a apresentação dos chamados *fiéis carcereiros* manteve a estrutura dada pela sociedade visigótica, sendo concedida apenas “quando os casos eram leves e quando os réus eram de partes remotas e enfermos”⁹. Entretanto, a estes não era imposta a obrigação de comparecimento pessoal aos atos do processo.

Durante período imperial do Brasil, o regime da concessão da liberdade provisória sofreu profundas alterações, sobretudo por meio da Constituição do Império de 1824. A primeira Carta Magna nacional, em seu art. 179, IX¹⁰, determinou que prestação de fiança idônea, nos casos permitidos em lei, seria a única forma de afastar os efeitos da prisão, ainda que com a culpa já formada.

Já em 1832, o art. 113 do *Código de Processo Criminal da Primeira Instância*¹¹, primeiro código de processo penal nacional, afastou qualquer dúvida acerca da revogação das já mencionadas formas de obtenção da liberdade durante o processo, mantendo a *fiança* como a via exclusiva de obtenção de liberdade¹².

Assim, durante todo o tempo do período imperial a prestação de fiança sustentou-se como a única alternativa à prisão anterior à decisão condenatória definitiva, nos crimes em que a fiança era admitida pela lei. Conforme o previsto no art. 101 do antigo *Código de Processo Criminal da Primeira Instância*, não seria

⁹ ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. **O Processo Criminal Brasileiro**, v. 1, p. 413.

¹⁰ Art. 179 (...):
IX – Ainda com culpa formada, ninguém será conduzido à prisão, ou nela conservado estando já preso, se prestar fiança idônea, nos casos que a lei a admite, e em geral, nos crimes que não tiverem maior pena do que a de seis meses de prisão ou desterro para fora da comarca, poderá o réu livrar-se solto.

¹¹ Art. 113 – Ficam abolidas as cartas de seguro, e qualquer outro meio que não seja o da fiança, para que algum réu (sic) se livre solto.

¹² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Regimes Constitucionais da Liberdade Provisória**, p. 44.

admitida a prestação de fiança nos crimes cujo máximo da pena fosse morte natural, galés, seis anos de prisão com trabalho, oito anos de prisão simples ou vinte anos de degredo, devendo o aprisionado, nestas hipóteses, permanecer detido durante o curso do processo criminal¹³.

Não obstante essa centralidade da fiança durante o Império, o próprio *Código de Processo Criminal da Primeira Instância*, em conformidade com o disposto no art. 179, IX, da Constituição Imperial de 1824, previa, em seu art. 100, exceção à regra geral, determinando que, nos casos de crimes para os quais não era prevista pena superior a seis meses ou desterro para fora da comarca, o réu poderia livrar-se solto, independentemente de fiança. Assim, nas hipóteses ali previstas, ao réu, apesar do aprisionamento e lavratura do flagrante, não se impunha a custódia imediata e obrigatória em razão da menor reprovabilidade de sua conduta, devendo este ser liberado prontamente¹⁴.

As disposições sobre a liberdade provisória mediante fiança previstas no *Código de Processo Criminal da Primeira Instância* vigoraram, na sua essência, durante todo o período imperial – mesmo após as reformas de 1841¹⁵ e 1871¹⁶ – até o advento da Constituição Republicana de 1891 que, no seu intuito de concretizar o federalismo e a descentralização do poder, entregou aos Estados membros o poder de legislar e promulgar os seus próprios ordenamentos processuais penais.

Entretanto, a Constituição Republicana de 1891 consagrou em seu artigo 72 que ninguém poderia “ser conservado em prisão sem culpa formada, salvas as exceções especificadas em lei, nem levado à prisão, ou nela detido, se prestar fiança idônea nos casos em que a lei a admitir”.

¹³ PIERANGELLI, José Henrique. **Processo Penal: evolução histórica e fontes legislativas**, p. 224-225.

¹⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Regimes Constitucionais da Liberdade Provisória**, p. 45.

¹⁵ A Lei de 3 de dezembro de 1841 trouxe algumas alterações sobre o instituto da fiança dentre as quais a permissão aos juizes municipais, aos chefes de polícia, delegados e subdelegados a atribuição de conceder fiança aos réus pronunciados ou prendidos (ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. **O Processo Criminal Brasileiro**, v. 1, p. 418).

¹⁶ A Lei nº. 2.033 de 20 de setembro de 1871 instituiu, em seu art. 14, a figura da *fiança provisória* com o escopo acelerar a concessão da fiança aos acusados presos e que tinha prazo de 30 dias, prorrogáveis pelo mesmo prazo.

Ademais, o próprio Código Penal republicano de 1890 trouxe em seus arts. 405 e 406 disposições relativas às hipóteses de cabimento e de aplicação da fiança, estabelecendo previsões mínimas sobre o instituto.

Destacaram-se, no período republicano, os códigos de processo penal dos Estados do Rio Grande do Sul (1898), do Rio de Janeiro (1912), do Paraná (1920) e de Minas Gerais (1926), dentre outros. Porém, alguns Estados, como São Paulo, Mato Grosso, Goiás, Alagoas e Pará, preferiram permanecer com a legislação do Império, realizando apenas algumas reformas pouco substanciais.

2.2. O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE 1941: A MANUTENÇÃO DA PRESUNÇÃO DE CULPABILIDADE

Em 3 de outubro de 1941, após mais de cinco décadas de descentralização legislativa no tocante às normas processuais penais, foi promulgado o atual Código de Processo Penal brasileiro, já previsto no art. 11 da Constituição Federal de 1934. O referido diploma legal, elaborado sob a ordem ideológica do Estado Novo, foi conduzido por Alcântara Machado e possuía por escopo fundamental unificar o tratamento dispensado às leis processuais penais da época.

O novo código foi arquitetado sob a luz do Código de Processo Penal italiano de 1930, Código Rocco, circunstância que demonstra, desde logo, as suas raízes autoritárias e inquisitivas, uma vez que o código italiano era reflexo direto do regime fascista que prevalecia à época de sua promulgação.

Já na exposição de motivos do CPP de 1941 o Ministro Francisco Campos não deixou dúvidas sobre os contornos pouco democráticos que delinearão a formação do novo diploma legal ao observar que

as nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade (...) [o indivíduo] não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o

asseguem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social.¹⁷

Tal afirmação revela, de pronto, a matriz ideológica que deu azo à construção das novas normas processuais penais referentes ao regime da liberdade provisória. O CPP de 1941 manteve a tradição da legislação colonial e imperial da presunção de culpabilidade sobre aqueles apreendidos em situação flagrancial.

Nesse ponto, ensina Pacelli de OLIVEIRA que o CPP de 1941 foi fundado na *presunção de culpabilidade* e na *antecipação do juízo de necessidade*, pois todo aquele que era encontrado em flagrante delito era tratado como se efetivamente culpado fosse e mantido na prisão em função de uma presunção de fuga¹⁸.

Em sua redação original, o CPP de 1941 apenas autorizava a restituição da liberdade ao aprisionado em flagrante que prestasse fiança por meio de depósito em dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, títulos da dívida pública ou em hipoteca (art. 330 do CPP). Substituiu-se a antiga fiança fidejussória pela *fiança real*, com vinculação exclusiva sobre o acusado, autorizando-se ao juiz, entretanto, em seu art. 350, a concessão de liberdade provisória ao impossibilitado de prestar a fiança por motivo de pobreza¹⁹. Ademais, em sua redação original, o CPP vedava a concessão da liberdade provisória mediante fiança aos crimes punidos com reclusão, ou seja, apenas os delitos considerados menos graves – punidos com detenção – eram passíveis de liberdade provisória. E ainda havia exceções.

Manteve-se, outrossim, a previsão de restituição imediata da liberdade sem vinculação e sem prestação de fiança nas hipóteses de crimes com menor potencialidade ofensiva, conforme o disposto no art. 321 do CPP, previsão semelhante ao disposto no antigo art. 100 do *Código de Processo Criminal da Primeira Instância de 1832*.

Outra característica que marcava a redação original do CPP de 1941 era a obrigatoriedade da imposição ou manutenção da prisão ao réu pronunciado (art.

¹⁷ PIERANGELLI, José Henrique. **Processo Penal: evolução histórica e fontes legislativas**, p. 533-534.

¹⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**, p. 453

¹⁹ Francisco CAMPOS, na Exposição de Motivos do CPP de 1941, argumentou que a disposição do art. 350 do CPP viria justamente para “conjurar uma iniquidade frequente no regime legal atual, relativamente aos réus desprovidos de recursos pecuniários” (*Apud* em PIERANGELLI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 539).

408) ou àquele condenado em sentença recorrível (art. 594), exceto se prestasse fiança no caso de crimes afiançáveis. Nos casos de crimes com pena máxima igual ou superior a oito anos, ainda que a sentença fosse absolutória, a manutenção do acusado preso era regra, desde que pendente recurso da acusação (art. 596, em sua redação original). E, para os imputados da prática de crime cuja pena máxima fosse superior a dez anos, o art. 312 do CPP, em sua redação original, previa a prisão preventiva obrigatória, por meio de uma presunção de periculosidade *juris et de jure*.

Observa-se, desta feita, que o Código de Processo Penal de 1941, em sua redação original, possuía estrutura em que o simples aprisionamento em flagrante era razão suficiente para manter a custódia do acusado até o resultado final do processo, quando não afiançável o crime ou absolutória a decisão em primeiro grau²⁰.

Assim, feita a prisão em flagrante, em não se tratando de delito contido nas hipóteses do art. 321 ou praticado nas circunstâncias do art. 310, *caput*, do CPP, a prestação de fiança apresentava-se como única alternativa para poder acompanhar o processo em liberdade.

Aos apanhados em situação flagrancial por crimes que não suportavam a fiança, a prisão era a regra, devendo o acusado ser mantido em custódia até o seu julgamento definitivo. Em alguns casos, conforme já mencionado, sequer a sentença absolutória em primeira instância teria força suficiente para determinar a soltura do acusado.

Portanto, na redação original do Código de Processo Penal de 1941 o flagrante possuía, salvo para os crimes afiançáveis, a consequência não apenas de atribuir um juízo antecipado de culpabilidade e assegurar a instrução criminal, mas também de antecipar, disfarçadamente, a execução de possível condenação futura.

²⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Regimes Constitucionais da Liberdade Provisória**, p. 33.

2.3. LIBERDADE COMO REGRA, PRISÃO COMO EXCEÇÃO: A MUDANÇA DA PRESUNÇÃO DE CULPA PARA A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. A NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL

Este panorama de prisão anterior à condenação definitiva estatuído pelo Código de Processo Penal de 1941 só viria a sofrer a primeira flexibilização mais significativa no ano de 1973, com o advento da Lei nº. 5.941.

A referida lei alterou o disposto nos arts. 408 e 594 do CPP possibilitando, ao réu primário e de bons antecedentes, a interposição em liberdade de recurso de apelação contra sentença condenatória ou manter-se livre no caso de pronúncia, ainda que pela prática de crimes inafiançáveis²¹.

De acordo com GAMA MALCHER, as alterações trazidas pela Lei nº. 5.941/73 atenderam a duas realidades:

ao malefício causado ao réu primário e de bons antecedentes, pela imposição do cárcere (com todos os prejuízos daí decorrentes...) e ao reconhecimento de uma triste realidade, a de que a prisão provisória estava se transformando em verdadeira pena, em decorrência do congestionamento dos processos nos juízos de primeiro grau e nos Tribunais, principalmente nos Tribunais do Júri.²²

Em 1977, entretanto, a Lei nº. 6.416²³⁻²⁴ trouxe a mais significativa e profunda alteração no sistema da liberdade provisória no ordenamento jurídico nacional, ao acrescentar ao art. 310 do CPP, o seguinte parágrafo único:

²¹ Sobre a questão, Pacelli de OLIVEIRA faz a seguinte observação: “embora mais flexível, a aludida lei impunha a primeira grande contradição ao sistema do Código, na medida em que autorizava a soltura de quem já fora condenado em primeira instância, enquanto não se permitia a concessão da mesma liberdade àquele mesmo réu – primário e de bons antecedentes – aprisionado em flagrante, quando inexistente, ainda, qualquer apreciação judicial acerca da imputação” (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Regimes Constitucionais da Liberdade Provisória**, p. 47-48).

²² GAMA MALCHER. *Apud* em BATISTA, Weber Martins. **Liberdade Provisória: Modificações da Lei nº 6.416 de 24 de maio de 1977**, p. 52.

²³ No campo da liberdade provisória, a citada lei autorizou ainda à autoridade policial a concessão de fiança nos casos de infração punida com pena de detenção ou prisão simples (art. 332) e possibilitou a prestação de fiança (pela via judicial) aos crimes punidos com pena de reclusão em que a pena mínima cominada seja igual ou inferior a dois anos, além de ter alterado disposições que regulamentavam a prisão preventiva, dentre outras.

²⁴ Não há dúvidas de que a reforma de 1977 foi em muito inspirada pelo presente nos ordenamentos jurídicos liberais do mundo, sobretudo pelo trazido nas reformas de 1970 e 1975 na França, que,

Art. 310 - Quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato, nas condições do art. 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 (arts. 311 e 312).

Tal inserção provocou a ruptura inicial, e parcial, do sistema originariamente previsto no Código de Processo Penal, superando a função de antecipação da culpabilidade da prisão em flagrante e atribuindo à sua manutenção a necessária fundamentação de natureza cautelar, nos moldes previstos para a decretação da prisão preventiva.

Sobre a alteração trazida pela referida lei, aduz BATISTA que

a modificação trazida pela Lei 6.416, de 1977, foi, pode-se dizer, radical, pois com ela atingimos a plenitude do liberalismo em matéria de liberdade individual, exatamente quando vivemos um regime dito de exceção. Como afirmou Tourinho Filho, nunca, nem mesmo nos governos mais liberais, compreendeu o legislador que a prisão provisória, profundamente comprometedora do direito de liberdade, deveria ser reservada, como o é agora, às hipóteses estritamente necessárias (...) O instituto da liberdade provisória foi reordenado sob o informe de um princípio, o da necessidade da medida. Agora, em face da nova lei, o flagrante também reclama a consideração judicial da necessidade da prisão cautelar 'reduzindo-se ainda mais os casos de prisão processual sustentada só pela base formal'.²⁵

Assim, feita a prisão em flagrante, caberia ao magistrado e ao Ministério Público observar se presentes os requisitos que fundamentavam a prisão preventiva, decretando-a. Do contrário, ao acusado deveria ser concedida a liberdade provisória mediante a obrigação de comparecer a todos os atos do processo, independentemente de ser o crime afiançável ou não.

A Lei nº. 6.416/77 rompeu, nitidamente, com o juízo de antecipação da culpabilidade pela prisão em flagrante, arraigado no ordenamento jurídico nacional desde a legislação imperial e estruturado no Código de Processo Penal de 1941,

no intuito de liberalizar a prisão provisória, criaram o instituto do "controle judiciário", extremamente semelhante à nossa liberdade provisória. Com as reformas, a liberdade do acusado passou a ser regra na França, independentemente do crime por ele praticado, desde que sua liberdade não resulte em risco para a ordem pública ou para o processo.

²⁵ BATISTA, Weber Martins. **Liberdade Provisória: Modificações da Lei nº 6.416 de 24 de maio de 1977**, p. 59-60.

transformando a liberdade durante o processo em regra e a prisão provisória em exceção. A fiança deixou de ser a via única de obtenção da liberdade antes de decisão final e passou a ter função estritamente secundária no nosso sistema jurídico.

Já em 1988, a nova Constituição Federal brasileira – ao prever em seu art. 5º garantias como a de que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (LVII) e que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (LIV) – lançou a pedra fundamental de uma nova ordem jurídica fundada nos princípios da presunção de inocência, ou não-culpabilidade, e do devido processo legal, incompatibilizando, em definitivo, o direito brasileiro com a antiga presunção de culpabilidade que orientava a prisão em flagrante no Código de Processo Penal de 1941.

Sobre a questão, arremata Pacelli de OLIVEIRA:

o texto de 1988, com a sua inclusão expressa [do princípio da presunção de inocência], põe a descoberto o verdadeiro conteúdo ideológico da reforma então instaurada, como a reclamar a instituição de um novo modelo de processo penal, no qual houvesse de despontar, em destaque, o estado ou a situação de inocência do jurisdicional criminal.²⁶

Sobre a adequação do CPP de 1941 à garantia constitucional do *devido processo legal*, dispõe o mesmo autor que

o devido processo penal há de estar estruturado sobre as bases democráticas que a consciência coletiva ergueu na Constituição de 1988, o que implica e exige uma releitura do ainda vigente Código de Processo Penal, de tal modo que a sua interpretação se dê à luz das normas constitucionais.²⁷

Portanto, a nova ordem jurídica trazida pela Constituição Federal de 1988 impôs necessariamente uma leitura democrática do CPP de 1941, fundado em valores nitidamente autoritários, colidentes com o espírito da Constituição Federal de 1988.

A positivação de garantias como da presunção de inocência e do devido processo legal veio justamente para fixar limites bem delineados à atividade

²⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Regimes Constitucionais da Liberdade Provisória**, p. 23.

²⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Idem*, p. 24.

persecutória do Estado, consolidando de vez as raízes de uma nova ordem já inserida no Brasil através da Lei nº. 6.416/77, que alterou o eixo do sistema das prisões provisórias para o regime de exceção e garantiu à liberdade durante o processo penal a condição de regra fundamental.

Frise-se, por fim, que, posteriormente, o presente tema voltará a ser abordado com maior profundidade.

3. A LIBERDADE PROVISÓRIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL

A Constituição Federal de 1988 consagrou o instituto da liberdade provisória em diversas disposições do seu art. 5º, dando a ela o *status* de direito fundamental, sobretudo quando determinou que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança” (art. 5º, LXVI).

Também nos incisos XLII, XLIII, XLIV, LXI, LXII, LXIII, LXIV e LXV do mesmo artigo é nítida a intenção do legislador constituinte em traçar limites e regras ao tema, seja em determinar a *inafiançabilidade* de determinadas tipologias de delitos, seja na função de estabelecer os direitos do aprisionado em flagrante.

No plano infraconstitucional, além do disposto no Código de Processo Penal, em seus arts. 310, 321 e ss., alguns diplomas legais também cuidaram de legislar sobre o tema da liberdade provisória, especialmente em, seguindo o exemplo constitucional, prever hipóteses em que ela não seria admissível.

Segundo Aury LOPES JR.²⁸, o código de processo penal, no plano das medidas cautelares pessoais, trabalha basicamente com o binário prisão-liberdade, sendo a liberdade provisória – com ou sem fiança – instituto intermediário entre a prisão provisória e a liberdade completa.

Nas palavras de BATISTA, a liberdade provisória constitui-se em “uma medida cautelar em prol da liberdade pessoal do réu ou indiciado, no curso do procedimento” e que asseguraria a liberdade pessoal do indiciado ou réu, mediante restrições e ônus impostos àquele que a obtém.

Conforme o magistério de TORNAGHI, na obra *Compêndio de Processo Penal*,

a liberdade provisória é uma situação do acusado; situação paradoxal em que ele é, ao mesmo tempo, livre e vinculado. Livre de locomover-se, mas vinculado a certas obrigações que o prendem ao processo, ao júízo e, eventualmente, a um lugar predeterminado pelo juiz.²⁹

No mesmo sentido são os ensinamentos de TOURINHO FILHO,

²⁸ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**, v. 2, p. 142.

²⁹ TORNAGHI, Hélio. **Compêndio de Processo Penal**, tomo IV, p. 1380-1381.

diz-se provisória tal liberdade, porque é revogável e se encontra sujeita a condições resolutorias de natureza e caracteres vários (...) Enquanto não findar o processo, aquele que estiver em gozo de liberdade provisória continua vinculado ao processo, cumprindo as obrigações que lhe foram impostas, sob pena de revogação.³⁰

A liberdade provisória é medida que busca tutelar a efetividade do processo penal sem, todavia, impingir sobre o acusado as conseqüências geradas pelo seu aprisionamento, substituindo a custódia cautelar pela imposição de outras condições que vinculem o imputado ao processo criminal movido contra ele.

De acordo com parte da doutrina³¹, os regimes de liberdade provisória, com ou sem fiança, seriam hipóteses de flexibilização do sistema de prisão provisória, sendo, portanto, medidas de *contracautela* na proporção em que substituiriam a custódia cautelar por restrições de outra natureza.

Prevalece na doutrina majoritária, contudo, a concepção de que a liberdade provisória constitui-se em verdadeira medida cautelar autônoma, pois implicaria na imposição de restrições ao comportamento do acusado, tendo por fator legitimante a prisão em flagrante e, por objetivo, assegurar o resultado final do processo penal. E, sendo medida cautelar vera e própria, dotada de carga coercitiva, também os regimes de liberdade provisória devem observar as regras da *excepcionalidade e provisoriedade* que regem o sistema processual penal cautelar.³²

Ademais, é igualmente pacífico na doutrina e jurisprudência atual, não obstante a questão já tenha suscitado infundáveis discussões no passado, que a liberdade provisória, com ou sem fiança, constitui-se em *direito subjetivo do acusado* quando, sendo ela admissível, seja desnecessária a decretação da sua prisão preventiva, conforme o disposto nos arts. 312 e 313 do Código de Processo Penal³³.

³⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, v. 3, p. 509.

³¹ É nesse sentido o magistério do mestre Frederico MARQUES ao afirmar que a “a liberdade provisória é medida de contracautela porque destinada a eliminar os danos ao direito de liberdade que poderiam originar-se da prisão cautelar” (MARQUES, Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**, v. 4, p. 115).

³² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Regimes Constitucionais da Liberdade Provisória**, p. 103.

³³ Nesse plano, importante é o magistério de Pacelli de OLIVEIRA para quem a excepcionalidade da utilização do encarceramento provisório, de natureza cautelar, imporia a conclusão de ser a liberdade provisória “verdadeiro direito subjetivo do imputado, quando ausentes razões para o encarceramento”. Nas palavras do autor, “a única parcela de discricionariedade – na verdade, ínsita a qualquer pronunciamento judicial – deixada ao juiz limita-se ao exame da ocorrência das

E, desta feita, por ser direito subjetivo individual do cidadão, a inadmissibilidade do seu exercício deve ser devidamente motivada pelo Poder Judiciário, com a indicação das razões da custódia cautelar que a impossibilitam, independentemente de requerimento do interessado.

No plano sistemático, tem-se que a liberdade provisória, com ou sem fiança, encontra-se diretamente estruturada sobre as bases da prisão em flagrante, uma vez que esta é o seu antecedente lógico³⁴.

A prisão em flagrante possui as funções determinadas de diminuir os efeitos da ação criminosa, quando não o seu completo afastamento, bem como permitir a coleta imediata da prova, possibilitando o direto esclarecimento dos fatos³⁵. Cumpridas essas suas funções, esgotar-se-ia a sua finalidade, impondo-se ao magistrado e ao Ministério Público o dever de analisar e fundamentar a necessidade ou não de manutenção da prisão do acusado, nos termos do art. 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal³⁶.

Nesse sentido leciona Pacelli de OLIVEIRA que

a prisão em flagrante tem função certa e determinada, não podendo nunca ser estendida e utilizada como antecipação da culpabilidade, pelo só fato do flagrante. Assim, cumprida a sua missão, a restituição da liberdade é, sim, direito do preso.³⁷

Tão forte é essa característica de *precariedade* da prisão em flagrante que LOPES JR. diz se tratar de medida de natureza *pré-cautelar*³⁸ e CÂMARA de medida *subcautelar*³⁹. Assim, o flagrante, por si só, não estaria dirigido a garantir o resultado final do processo – característica fundamental das medidas cautelares –, mas apenas a colocar o detido à disposição do juiz para que este adote ou não uma

situações autorizativas da manutenção da prisão em flagrante” (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Obra citada*, p. 98). No mesmo sentido: BATISTA, Weber Martins. **Liberdade Provisória. Modificações da Lei nº 6.416 de 24 de maio de 1977**, p. 100-101.

³⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Regimes Constitucionais da Liberdade Provisória**, p. 79.

³⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Idem*, p. 102.

³⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**, p. 431.

³⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Idem*, p. 457.

³⁸ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**, v. 2, p. 62-65.

³⁹ CÂMARA, Luiz Antônio. **Prisão e Liberdade Provisória**, p. 148-149.

verdadeira medida cautelar. Seria, assim, medida autônoma e instrumental da prisão preventiva, esta sim verdadeira medida cautelar: feita a prisão em flagrante é imperiosa a sua análise judicial no prazo de 24h, oportunidade em que o juiz deverá verificar a sua legalidade (e determinar o relaxamento da prisão se esta possuir qualquer vício ou ilegalidade) e decidir sobre a necessidade ou não de sua manutenção, através da imposição de custódia cautelar.

Deste modo, feita a prisão e ratificada a sua legalidade, duas alternativas cautelares se imporiam ao magistrado: decretar a prisão preventiva do acusado, quando preenchidos os requisitos estabelecidos nos arts. 312 e 313 do CPP, ou conceder a ele a liberdade provisória, com ou sem fiança.

3.1. LIBERDADE PROVISÓRIA SEM FIANÇA E SEM CONDIÇÕES DE VINCULAÇÃO

O instituto da liberdade provisória, não obstante a sua grande importância como medida de substituição da prisão nos casos de flagrante delito, é tratado de forma pouco sistemática e com pobreza morfológica no ordenamento jurídico brasileiro.

O código de processo penal brasileiro, sem grande rigor técnico, prevê, atualmente, as seguintes formas modalidades de liberdade provisória: liberdade provisória sem fiança e sem vinculação (art. 321 do CPP); liberdade provisória vinculada sem fiança (art. 310, *caput* e p.u, do CPP); a liberdade provisória mediante fiança (arts. 322 e 323 do CPP); e a liberdade vinculada sem fiança em caso de pobreza (art. 350 do CPP)⁴⁰.

⁴⁰ As Leis nº. 11.689/2008 e 11.719/2008 vieram por fim à antiga discussão doutrinária sobre a natureza da liberdade concedida ao réu primário e de bons antecedentes por ocasião da decisão de pronúncia ou de sentença condenatória. A atual redação do CPP manteve a função de *cautelaridade* da prisão imposta ao acusado antes de condenação definitiva, dispondo expressamente que, por ocasião da. decisão de pronúncia ou de sentença condenatória, o juiz só poderá decretar a prisão se presentes os requisitos da prisão preventiva trazidos nos arts. 312 e 313 do CPP. No caso da pronúncia, a liberdade concedida ao acusado preso nessa decisão só terá a natureza de liberdade provisória – com as restrições a ela inerentes – se a prisão revogada for a em flagrante. Sobre a mudança do antigo art. 408 (atual art. 413) leciona Borges de MENDONÇA: “não há, portanto, que falar que a prisão é um efeito automático da pronúncia. Somente em situações devidamente justificadas pelas circunstâncias e em decisão motivada deve

A liberdade provisória sem fiança e sem condições de vinculação é a modalidade de liberdade provisória tratada no art. 321 do CPP:

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 3 (três) meses.

Não obstante seja tratada em capítulo referente à liberdade provisória com ou sem fiança, a situação prevista no art. 321 do CPP cuida de verdadeira forma de liberdade definitiva, e não provisória, pois não traz qualquer hipótese de tutela processual cautelar, não exigindo do aprisionado em flagrante a observância de nenhum ônus processual.

Conforme o disposto no preceito legal, nas situações ali elencadas, “o réu livrar-se-á solto independentemente de fiança”. Nesses casos, a concessão da liberdade é imediata e obrigatória em função da *minimidade* da pena cominada à infração⁴¹. Não há a necessidade de se prestar fiança ou se sujeitar a qualquer obrigação.

Tão forte é esta ausência de qualquer restrição de direitos que Pacelli de OLIVEIRA chega a denominar a referida hipótese de *restituição da liberdade*⁴², não podendo ser forma de liberdade provisória em razão da ausência de restrições de direitos que caracterizam as medidas cautelares⁴³.

o magistrado decretá-la. Como o próprio artigo enfatiza, é preciso demonstrar a necessidade, no caso concreto, de manter a medida cautelar já determinada anteriormente ou, em caso de acusado solto, determinar a sua prisão” (DE MENDONÇA, Andrey Borges. **Nova Reforma do Código de Processo Penal: comentada artigo por artigo**, p. 18). No tocante à sentença condenatória recorrível, igualmente, a prisão decretada ou mantida na decisão deverá possuir respaldo de natureza cautelar (de acordo com os requisitos exigidos pela lei), deixando de existir o antigo recolhimento à prisão como consequência da sentença condenatória.

⁴¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, v. 3, p. 525.

⁴² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**, p. 466-467.

⁴³ No mesmo sentido é o posicionamento da doutrina nacional, situação que escancara a falta de sistemática do legislador do CPP de 1941 no tocante ao tratamento dado à liberdade provisória. Sobre a questão Martins BATISTA diz que “embora tenha o Código colocado o art. 321 no capítulo que cuida da liberdade provisória, com ou sem fiança, a verdade é que as hipóteses de que trata não são de liberdade provisória (...) Ora, nos casos previstos no art. 321 do Código de Processo Penal é incabível a prisão cautelar do acusado; logo, não há que falar de liberdade provisória, porque inexistente o *status* coercitivo, que é sub-rogado nos ônus e limitações impostos à liberdade do acusado enquanto perdura a fase de conhecimento do processo condenatório” (BATISTA,

Para LOPES JR.⁴⁴ essa modalidade de liberdade provisória teria se esvaziado com o advento da Lei nº. 9.099/95 – lei posterior – que assim dispõe em seu art. 69:

Art. 69. A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários.

Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá a fiança. Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima.

Segundo este autor, os casos de menor potencial ofensivo (assim definidos no art. 61 da Lei nº. 9.099/95) abrangem todas as hipóteses previstas no art. 321 do CPP, tendo a Lei nº. 9.099/95 revogado tacitamente, portanto, por ser lei posterior, o disposto nesta norma. Se a lei dos juizados especiais criminais não admite a possibilidade de prisão em flagrante nos crimes de menor potencial ofensivo, desde que o autor se comprometa a comparecer no Juizado Especial Criminal, não haveria razão para a subsistência de norma tratando da concessão de liberdade provisória (com natureza definitiva) nessas hipóteses.

Nesse sentido, conclui o mesmo autor que a ressalva feita pela norma referente ao réu vadio ou com maus antecedentes seria igualmente irrelevante, “na medida em que não existe prisão obrigatória e tampouco faz a Lei nº. 9.099/95 essa distinção.”⁴⁵

No mesmo passo, é o ensinamento de TOURINHO FILHO: “mesmo sendo vadio, a restrição do art. 321 não pode ter aplicação porquanto a lei do Juizado Especial Criminal não faz nenhuma restrição ao ‘vadio’ e, desse modo, a regra do art. 321 ficou, nesse particular, praticamente, sem nenhuma aplicação.”⁴⁶

Weber Martins. **Liberdade Provisória. Modificações da Lei nº 6.416 de 24 de maio de 1977**, p. 39).

⁴⁴ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**, v. 2, p. 146.

⁴⁵ LOPES JR., A. Idem, *ibidem*.

⁴⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, v. 3, p. 527.

Abstratamente, a norma do art. 321 do CPP só subsistiria nos casos em que o agente preso em flagrante por delito de menor potencial ofensivo não prestasse o compromisso de comparecer perante o Juizado Especial Criminal. Nesta hipótese, o delegado de polícia poderia livrar solto o autor se preenchidas as condições do art. 321 do CPP. Sendo a pena privativa de liberdade máxima superior a três meses e recusando-se o autor a prestar o compromisso, aí sim deveria este prestar fiança para que pudesse ser posto em liberdade com vinculação ou solicitar a liberdade provisória prevista no art. 310 do Código de Processo Penal. Entretanto, é inconcebível que alguém dotado de plena razão se recuse a prestar o referido compromisso, sendo que a sua negativa geraria para si conseqüências mais gravosas.

Portanto, não há que se falar no regime de liberdade provisória nos casos de crime de menor potencial ofensivo, em razão da impossibilidade da prisão em flagrante. A liberdade, nesses casos, deve ser plena em todas as hipóteses.

3.2. LIBERDADE PROVISÓRIA VINCULADA SEM FIANÇA

Trata-se da modalidade de concessão de liberdade provisória trazida no art. 310 do CPP:

Art. 310 - Quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato, nas condições do art. 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 (arts. 311 e 312).

Esta modulação do regime de liberdade provisória é sem dúvida a mais importante dentro do sistema processual brasileiro, pois se trata do enquadramento legal mais utilizado para a concessão da liberdade após flagrante delito.

Inicialmente, observa-se a existência de uma inconsistência na relação entre o *caput* e o parágrafo único da citada norma processual penal. Conforme o disposto no art. 310, *caput*, do CPP, o juiz poderá conceder a liberdade provisória vinculada

toda vez que constatar que o fato foi praticado ao abrigo de causa de exclusão da antijuridicidade, previstas atualmente no art. 23 do Código Penal (e não no art. 19, como menciona a norma referida). Entretanto, o parágrafo único do mesmo artigo, diz que a liberdade provisória deverá ser concedida sempre que “o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva”. Nesse sentido, o art. 314 do CPP dispõe que “a prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições do art. 19, I, II ou III, do Código Penal” (atualmente artigo 23 do Código Penal).

Assim, conclui-se que o *caput* do artigo 310 estaria curiosamente abrangido pelo seu parágrafo único. Tal inconsistência seria decorrente do fato do art. 310, *caput*, do CPP, remontar à redação original do Código de Processo Penal em 1941, enquanto seu parágrafo único foi inserido pela Lei nº. 6.416, de 24.05.77 e o art. 314 teve sua redação alterada pela Lei nº. 5.349, de 03.11.67.

Pacelli de OLIVEIRA, ao analisar o conteúdo do *caput* do art. 310 em consonância com o disposto no art. 314 CPP, chega a afirmar pela ausência de *cautelaridade* da liberdade concedida nas circunstâncias de inexistência de ilicitude da conduta, pois, uma vez que o Código de Processo Penal veda a decretação da prisão preventiva nas situações ali previstas, não haveria coercibilidade sobre o acusado que eventualmente descumprisse a obrigação de comparecer aos atos do processo, não podendo a sua atitude resultar em decretação da prisão preventiva⁴⁷. Para este autor, não seria possível a revogação dos regimes de liberdade provisória em função da existência de juízo prévio, feito pelo legislador, da improbabilidade de aplicação final de pena privativa de liberdade.

Feito esse breve esclarecimento, passamos à análise do parágrafo único do art. 310 do CPP que, conforme já anteriormente mencionado, foi inserido pela Lei nº. 6.416/77 – alteração legislativa que provocou uma ruptura com a antiga *presunção de culpabilidade* do aprisionado em flagrante trazida pelo CPP de 1941 – e se constitui como o mais amplo e recorrente regime de liberdade provisória do ordenamento jurídico brasileiro⁴⁸.

⁴⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Regimes Constitucionais da Liberdade Provisória**, p. 123-124.

⁴⁸ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**, v. 2, p. 147.

Consoante o preceito do art. 310, p.u., do CPP, realizada a prisão em flagrante, tendo a legalidade desta sido chancelada pelo juiz competente, deverá o magistrado analisar se existe a necessidade da prisão preventiva, isto é, observar se estão presentes os requisitos do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*⁴⁹, trazidos nos arts. 312 a 313 do CPP. Tal análise é crucial, uma vez que estes requisitos são elementares à decretação da prisão preventiva, contraponto da prisão em flagrante.

Destarte, para que o indiciado aprisionado em flagrante permaneça preso, deverá o juiz fundamentar sobre a necessidade da custódia cautelar do acusado com base na existência dos elementos do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*.

O *fumus comissi delicti* é, nas palavras de LOPES JR., “a fumaça da existência de um delito”⁵⁰. É a transformação no ramo processual penal do *fumus bonis iuris*, requisito fundamental de toda medida cautelar, e constitui-se na probabilidade razoável de

existência de sinais externos, com suporte fático real, extraídos dos atos de investigação levados a cabo, em que por meio de um raciocínio lógico, sério e desapassionado, deduz-se com maior ou menor veemência, a comissão de um delito, cuja realização e conseqüências apresentam como responsável um sujeito concreto.⁵¹

⁴⁹ “Constitui uma impropriedade jurídica afirmar que para a decretação da prisão cautelar é necessária a existência de *fumus bonis iuris*. Como se pode afirmar que o delito é uma ‘fumaça de bom direito’? No processo penal, o requisito para a decretação de uma medida coercitiva não é a probabilidade de existência do direito de acusação alegado. O que legitima a decretação de uma medida cautelar não é um direito, senão a necessidade da segregação diante da prática de um fato aparentemente punível. Logo, o correto é afirmar-se que o requisito para a decretação de uma prisão cautelar é a existência do *fumus comissi delicti*, ou seja, a probabilidade da ocorrência de um delito e nunca de um direito. A fumaça é de um injusto típico e não de um direito, até porque o crime é a própria negação do direito, sua antítese.

Seguindo a mesma linha de Calamandrei, o senso comum teórico considera, equivocadamente, que o *periculum in mora* é outro requisito das cautelares. A confusão aqui não é apenas terminológica, mas sim fruto da equivocada valoração do perigo decorrente da demora no sistema cautelar penal. O perigo não é gerado pelo tempo, pois não é este o critério determinante do perigo. O risco reside na permanência, em liberdade, do imputado. Na realidade, o perigo que existe é um *periculum libertatis*, ou seja, o perigo que decorre da situação de liberdade em que se encontra o sujeito passivo. É o estar em liberdade o gerador do perigo ao normal desenvolvimento do processo (tutela da prova e tutela da lei penal)” (LOPES, JR. Aury. **Crimes Hediondos e a Prisão em Flagrante como Medida Pré-Cautelar: Uma Leitura Garantista**, p. 56-57).

⁵⁰ LOPES JR., A. Idem, p. 58.

⁵¹ LOPES JR., A. Idem, ibidem.

Já o *periculum libertatis* seria o *fundamento* da prisão cautelar, gerado pelo perigo que decorre do estado de liberdade do sujeito passivo, previsto no art. 312 do Código de Processo Penal como o risco para a ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. Para o preenchimento do *periculum libertatis* é essencial, todavia, a existência de prova razoável do alegado perigo gerado pela liberdade acusado, devendo haver um suporte fático e probatório hábil para legitimar a decretação da sua prisão preventiva.

Ausente qualquer um dos mencionados requisitos, impõe-se ao juiz o dever de conceder ao autor do delito a liberdade provisória – por ser direito subjetivo do acusado – vinculando a liberdade ao comparecimento do imputado a todos os atos do processo, sob pena de revogação.

Nesse ponto, afirma LOPES JR que

também podem ser utilizadas aquelas previstas no art. 328 do CPP, tais como: não mudar de residência sem prévia comunicação à autoridade judicial (...) ou não se ausentar por mais de 8 dias sem comunicar (...) ao juiz. Pode haver cumulação das condições, se a situação fática exigir. Essa aplicação é perfeitamente lógica, na medida em que, se nos crimes menos graves, sujeitos ao regime da fiança, pode o juiz impor tais condições, é razoável que também o faça em relação aos crimes graves (onde sequer a fiança é exigida...)⁵².

Porém, o referido posicionamento é questionado por parte da doutrina nacional, uma vez que corresponderia a verdadeira forma de integração por analogia *in malam partem* de norma processual que toca diretamente o direito de liberdade do acusado, violando, assim, o princípio da legalidade, não obstante seja flagrante a desproporcionalidade entre os tratamentos dados no art. 310 e no art. 328 do CPP⁵³.

⁵² LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**, v. 2, p. 148.

⁵³ Nesta esteira é a doutrina de Alípio SILVEIRA e Martins BATISTA: “O princípio da legalidade (...) deve ser mais energicamente afirmado nas matérias que concernem à liberdade pessoal, relativamente ao *imperium* do Estado, como acontece, tipicamente, nas leis penais. As disposições que limitam a liberdade, tomada esta palavra em qualquer das acepções, interpretam-se restritivamente. A presunção de inocência do acusado, tomada em sua expressão verdadeira, de consagração de um *status*, projeta-se, não apenas no campo legislativo, impedindo a consagração de regras que limitem a liberdade do processado além do necessário, como se reflete no campo processual, ao impor que essas regras sejam interpretadas restritivamente” (BATISTA, Weber Martins. **Liberdade Provisória: Modificações da Lei nº 6.416 de 24 de maio de 1977**, p. 111).

Frise-se, novamente, que o art. 310, parágrafo único, do CPP, constitui-se em verdadeira cláusula geral da liberdade provisória, pois a ele podem recorrer todos os acusados presos em flagrante delito, mesmo aqueles que poderiam prestar fiança para gozarem da liberdade e não prestaram ou, ainda, aqueles que prestaram a fiança e que por meio do art. 310, p. u., do CPP poderão pleitear a sua restituição⁵⁴.

3.3. LIBERDADE PROVISÓRIA MEDIANTE FIANÇA

O instituto da fiança sempre foi tratado nos países estrangeiros com a máxima atenção, sendo a fiança, quase sempre, a forma estrita de se conseguir voltar a gozar da liberdade ocorrida a prisão em flagrante.

Todavia, o ordenamento jurídico brasileiro, constantemente alterado por “reformas pontuais”, provocou um completo esvaziamento dessa modalidade tão importante de liberdade provisória, sobretudo após a inserção do parágrafo único do art. 310 que ampliou a possibilidade de o preso em flagrante gozar de liberdade provisória independentemente de o crime ser afiançável ou não. Nas palavras de LOPES JR., “no Brasil, as sucessivas ‘reformas pontuais’ do Código de Processo Penal culminaram por gerar uma colcha de retalhos, um *frankenstein* jurídico, cujos paradoxos e dicotomias impedem que [o instituto da fiança] tenha uma higidez mental”⁵⁵.

⁵⁴ “Detido em flagrante o autor de fato criminoso e lavrado o auto de prisão em flagrante, se a autoridade policial (...) verifica (...) que cabe fiança, pode ele prestá-la e ser colocado em liberdade vinculada. Logo a seguir, no entanto, com a colheita da prova, o juiz, fatalmente chega a uma de duas conclusões. Ou verifica que a prisão provisória é necessária (...) e, nesse caso, em razão do item IV, acrescentado ao art. 324 do Código de Processo Penal, a fiança fica sem efeito e o acusado volta para a prisão. Ou, ao contrário, verifica a incoerência de qualquer das hipóteses que autorizariam a prisão preventiva do autor do fato; nesse caso, por força do parágrafo único do art. 310, citado, não apenas o réu permanece em liberdade, como deve lhe ser devolvida a fiança que prestou” (BATISTA, Weber Martins. **Liberdade Provisória: Modificações da Lei nº 6.416 de 24 de maio de 1977**, p. 61-62). Corroboram ainda com esse pensamento Pacelli de OLIVEIRA (**Regimes Constitucionais da Liberdade Provisória**, p. 129) e TOURINHO FILHO (**Processo Penal**, v. 3, p. 519-520).

⁵⁵ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**, v. 2, p. 148-149.

A princípio, a única vantagem deixada ao acusado através da prestação de fiança seria a vantagem da celeridade nos casos puníveis com pena de detenção, pois nessas hipóteses, prestada a fiança imposta diretamente pela autoridade policial, o acusado poderia gozar da liberdade provisória imediatamente, não precisando aguardar a devida manifestação judicial.

Porém, mesmo nessa hipótese, sabe-se que os crimes punidos com detenção – onde a fiança ainda possuiria alguma utilidade em razão da sua celeridade – estão em sua maioria abrangidos pelos crimes de menor potencial ofensivo da Lei nº. 9.099/95 que, em seu art. 69, impede a possibilidade de prisão em flagrante quando o autor prestar o compromisso de comparecer perante o Juizado Especial Criminal.

Assim, sendo a celeridade no procedimento e o impedimento de recolhimento à prisão as únicas vantagens restantes à liberdade provisória mediante fiança, esta manteria a sua utilidade apenas nas seguintes situações⁵⁶:

- 1) Nos casos de prisão em flagrante por crime apenado com detenção (ou prisão simples) - em que o art. 322 autoriza o próprio delegado a arbitrar a fiança de imediato – que superem os limites dos crimes denominados de “menor potencial ofensivo”, regulados pela Lei nº. 9.099/95.
- 2) Nos casos de flagrante por crimes contra a ordem tributária ou contra economia popular, o art. 325, §2º, do CPP (acrescentado pela Lei nº. 8.035, de 27.04.90) veda a possibilidade de aplicação do art. 310, parágrafo único, do mesmo diploma. Nestes crimes, *a priori*, só restaria a possibilidade de concessão de liberdade provisória mediante a prestação de fiança⁵⁷.

⁵⁶ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**, v. 2, p. 150.

⁵⁷ Nesses casos, é o entendimento doutrinário que não se aplicariam as restrições previstas nos arts. 323 e 324 do CPP, quando inexistentes as circunstâncias arroladas no art. 312 do mesmo diploma. Isto porque a aplicação de tais restrições resultaria em transformar estes delitos em *crimes de prisão obrigatória*, dando a estes tratamento mais rigoroso do que aquele dispensado aos crimes reputados como hediondos, por exemplo. Nessa esteira: OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Regimes Constitucionais da Liberdade Provisória**, p. 132.

Além dessas funções ainda remanescentes, alguns autores ainda citam a utilidade da fiança para evitar a *execução provisória* da pena na pendência de recurso especial ou extraordinário, que, segundo preceito do art. 637 do CPP, não possuem efeito suspensivo. Isto é, sendo afiançável o delito pelo qual o acusado foi condenado em acórdão de tribunal (ou mantida condenação de sentença anterior), poderia o réu prestar fiança para gozar de liberdade provisória enquanto pendente de apreciação o seu recurso especial ou extraordinário. Tal possibilidade possui respaldo jurídico no art. 334 do CPP, que autoriza a prestação de fiança “a qualquer termo do processo, enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória”, e em precedentes do STF e STJ. Para Pacelli de OLIVEIRA, tal situação seria a única prevista no ordenamento jurídico nacional em que a liberdade provisória concedida não seria decorrente de prisão em flagrante⁵⁸.

Entretanto, em julgamento recente no HC 84.078/MG (STF, HC 84.078/MG, plenário, Relator Min. Eros Grau, DJ 18/02/2009), o Tribunal Pleno do STF afirmou pela inconstitucionalidade da *execução provisória* da pena enquanto não transitada em julgada a decisão condenatória por ofender o princípio da não-culpabilidade. Ressalvou-se como admissível apenas a prisão do acusado antes da decisão final a título de medida cautelar, fulminando, por conseqüência, com a utilidade da prestação de fiança para afastar a *execução provisória* da pena, mesmo na pendência de recurso especial ou extraordinário⁵⁹.

Em quaisquer outras situações em que se admita a prestação de fiança, a requisição de concessão de liberdade provisória com fundamento no art. 310, parágrafo único, do CPP, mostrar-se-ia extremamente mais recomendável.

Assim, autores como NUCCI e BATISTA chegam a afirmar pela completa inexistência de aplicação prática da fiança no ordenamento jurídico brasileiro atual:

Atualmente, no entanto, o instituto da fiança encontra-se desmoralizado e quase não tem aplicação prática. Justifica-se a afirmação pela introdução, no Código de Processo Penal, do parágrafo único do art. 310, que autorizou a liberdade provisória, sem fiança, aceitando-se o compromisso do réu de comparecimento a todos os atos do processo, para qualquer delito. (...) Não tem cabimento, nem justiça, estabelecer fiança para o crime menos grave,

⁵⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Regimes Constitucionais da Liberdade Provisória**, p. 79.

⁵⁹ Informativo nº. 534 do STF.

deixando em liberdade provisória, sem qualquer ônus, o autor de delito mais grave.⁶⁰

Com a adoção da regra do parágrafo único do art. 310 do Código de Processo Penal, o instituto da fiança perdeu toda a importância que tinha (...) Se, de um lado, o Código passou a admiti-la mesmo nos crimes punidos com reclusão, desde que a pena mínima cominada não seja superior a dois anos, de outro, a introdução do parágrafo único do art. 310, citado, consagrou a concessão da liberdade provisória, sem fiança, em qualquer caso, mesmo nos crimes graves e – por isso mesmo – inafiançáveis, desde que ausentes as condições que imporiam a prisão preventiva, ou seja, desde que inexista o *periculum in mora*.⁶¹

No mesmo sentido são os ensinamentos de KARAM, ao tratar da diferenciação entre crimes afiançáveis e inafiançáveis:

Na legislação processual brasileira, a previsão da possibilidade de prestação da fiança, como ainda regulada, não tem a maior relevância. A única diferença entre os chamados crimes afiançáveis e inafiançáveis reside no fato de que, na prática do sistema penal, na primeira hipótese, a liberdade poderá ser recuperada mais rapidamente, em alguns casos cabendo à própria autoridade policial a determinação da soltura mediante o pagamento da fiança.⁶²

Não obstante essa constatação, algumas ponderações fundamentais sobre a *fiança* fazem-se necessárias para os fins da presente dissertação, sem pretensões, contudo, de maiores aprofundamentos sobre tão vasto tema.

Inicialmente, sobre a natureza da fiança, assim lecionam NUCCI e TOURINHO FILHO:

Fiança é uma garantia real, consistente no pagamento em dinheiro ou na entrega de valores ao Estado, para assegurar o direito de permanecer em liberdade, no transcurso de um processo criminal. Considera-se a fiança uma espécie do gênero caução, que significa garantia ou segurança (...) com o passar dos anos, foi substituída pela denominada caução real, que implica o depósito ou a entrega de valores, desfigurando a fiança.⁶³

Fiança, para o legislador processual penal, é uma garantia real. É certo que, na técnica jurídica, fiança é espécie do gênero caução (...) Entre nós, a fiança consiste em depósito em dinheiro, pedras, objetos ou metais

⁶⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**, p. 578.

⁶¹ BATISTA, Weber Martins. **Liberdade Provisória: Modificações da Lei nº 6.416 de 24 de maio de 1977**, p. 61.

⁶² KARAM, Maria Lúcia. **Escritos sobre a Liberdade: Liberdade, Presunção de Inocência e Prisões Provisórias**, p. 30.

⁶³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, p. 577.

preciosos, títulos da dívida pública, federal, estadual ou municipal, ou até mesmo em hipoteca inscrita em primeiro lugar.⁶⁴

Seria a fiança, assim, uma garantia real prestada pelo réu para assegurar a sua liberdade provisória durante o processo criminal, vinculando-o ao acompanhamento da instrução, de acordo com o disposto nos arts. 327 e 328 do CPP. Além disso, na hipótese de condenação final do acusado, a fiança prestada será destinada “ao pagamento das custas, da indenização do dano e da multa”, consoante o teor do art. 336 do CPP. Na hipótese de final absolvição, o valor prestado será restituído ao réu, salvo nas hipóteses de reconhecimento na sentença condenatória da prescrição da pretensão punitiva (art. 337 c/c art. 336, p.u., do CPP).

Se a fiança cobrada for incabível na espécie, ocorrerá a chamada *cassação da fiança*, sendo os valores prestados integralmente devolvidos ao réu (arts. 338 e 339 do CPP). A referida *cassação* não prejudica, no entanto, a possibilidade de que seja decretada a prisão preventiva, desde que preenchidos os requisitos que a autorizam.

O art. 322 do Código de Processo Penal estabelece que “nos casos de infração punida com detenção ou prisão simples” poderá o delegado fixar e conceder de imediato o valor da fiança, sem a necessidade de ouvir-se o juiz competente. Nessas hipóteses, conforme já foi mencionado, o preso em flagrante poderá “livrar-se solto” de imediato sem necessidade, portanto, que seja recolhido à prisão pelo mínimo período de tempo que seja. Caso o delegado não o faça ou demore para arbitrar o valor da fiança, bastará simples petição ao juiz para que seja fixado o valor a ser prestado (art. 335 do CPP).

Nos demais casos, a fiança deverá ser requerida ao juiz, que decidirá no prazo de 48h (art. 322, p.u., do CPP). Entretanto, os arts. 323 e 324 do CPP excepcionam algumas situações em que será vedada a concessão da fiança. Frise-se, porém, que as referidas restrições não seriam aplicáveis às infrações contra a ordem tributária ou contra a economia popular⁶⁵.

⁶⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, v. 3, p. 551-552.

⁶⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**, p. 465.

Já os arts. 325 e 326 do Código de Processo Penal estabelecem os limites e critérios para o arbitramento do valor da fiança pela autoridade competente (juiz ou delegado). O valor arbitrado, contudo, poderá ser “reforçado” – isto é, poderá ser exigido posterior aumento do valor inicialmente exigido a título de fiança – quando ocorrida quaisquer das hipóteses previstas no art. 340 do CPP.

Quando o réu – gozando de liberdade provisória mediante fiança – deixar de comparecer, sem justificativa, para ato do inquérito ou do processo criminal para o qual foi devidamente intimado, deixar de cumprir as condições estabelecidas no art. 328 ou praticar, na vigência da fiança, nova infração penal, ocorrerá o chamado *quebramento da fiança*, previsto nos arts. 327, 328 e 341 do Código de Processo Penal. Quebrada a fiança, o réu perderá metade do valor prestado e poderá ser recolhido à prisão (art. 343 do CPP). Este valor será recolhido ao Tesouro Federal, após a devida dedução das custas e demais encargos aos quais o réu estava obrigado (art. 346 do CPP).

Tal situação diferencia-se da chamada *perda da fiança* que ocorre quando o réu, condenado em sentença final, deixa de se apresentar à prisão. Nessa situação, o saldo do valor da fiança – após a devida dedução das custas e demais encargos aos quais o réu estava obrigado – será em sua *totalidade* destinado ao Tesouro Nacional (art. 345 do CPP).

Por fim, prevê o art. 350 do Código de Processo Penal que poderá ser dispensada a prestação de fiança nos casos em que o juiz verificar “ser impossível ao réu prestá-la por motivo de pobreza”, hipótese em que poderá o juiz conceder a liberdade provisória independentemente de fiança, ficando o réu igualmente vinculado, contudo, ao atendimento das obrigações previstas nos arts. 327 e 328 do CPP. Aqui, entretanto, ficando a concessão de liberdade provisória igualmente vinculada à manifestação judicial, mais benéfico seria o pedido com fundamento no art. 310, parágrafo único, do CPP, pois este impõe como condição única a obrigação do acusado de comparecer a todos os atos do processo. Assim, a utilidade do art. 350 do CPP ficaria restrito apenas às hipóteses de flagrante por crimes contra a ordem tributária ou contra economia popular nos quais se veda a aplicação do art. 310, p.u., do CPP.

3.4. RELAXAMENTO DA PRISÃO ILEGAL, REVOGAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR E CONCESSÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA

Antes de se dar prosseguimento à presente dissertação, convém uma breve exposição sobre a diferenciação do relaxamento da prisão ilegal e da revogação da prisão cautelar para a concessão da liberdade provisória, uma vez que tais figuras processuais penais, em um passado recente, foram, e ainda são, constantemente confundidas⁶⁶.

De acordo com o já exposto, a liberdade provisória constitui-se em medida cautelar alternativa a decretação da prisão preventiva, situando-se entre esta e a prisão flagrante. Trata-se, assim, de medida intermediária entre a prisão e a liberdade, na qual o beneficiário encontra-se *provisoriamente* vinculado a observação de algumas determinações impostas pela lei processual penal para que possa manter-se em liberdade.

Situação completamente diferente é aquela originada pelo relaxamento da prisão ilegal.

Este se constitui em via de controle judicial da legalidade da prisão expressamente prevista no art. 5º, LXV, da Constituição Federal e no art. 9.4 do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos e será obrigatório quando a prisão cautelar não observar os requisitos impostos pela lei, podendo ser tomado, portanto, como sinônimo da ilegalidade da prisão. É situação de controle dos vícios de forma e substância ocorridos nas prisões cautelares⁶⁷.

⁶⁶ Nesta esteira são os apontamentos feitos por Paulo Édson MARQUES, que menciona serem comuns decisões judiciais concedendo liberdade provisória após determinarem o relaxamento do flagrante ou também no sentido inverso (*Apud* em OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Regimes Constitucionais da Liberdade Provisória**, p. 80). Exemplificativamente, comete o referido equívoco Rogério Lauria TUCCI, em seu livro *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*: “Já as situações alvitadas nos arts. 310, e seu parágrafo único, e 350 do CPP, dizem respeito ao relaxamento da prisão em flagrante delito e à impossibilidade de prestação de fiança, pelo imputado, ‘por motivo de pobreza’” (TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**, p. 321).

⁶⁷ Para alguns autores, o relaxamento da prisão não se restringiria às hipóteses de prisão em flagrante, não obstante esteja tradicionalmente ligado a ela, podendo ocorrer em outras modalidades de prisão previstas no ordenamento jurídico nacional onde não tenha ocorrido a devida observância das previsões legais. Para os que admitem essa possibilidade, seria hipótese de relaxamento de prisão o levantamento de preventiva decretada por juiz incompetente ou sem fundamentação ou, ainda, nos casos de excesso de prazo da prisão preventiva.

Sobre a questão, aduz KARAM que

toda prisão efetuada fora das excepcionais hipóteses autorizadas pelas normas fundamentais garantidoras da liberdade ou em desacordo com as formalidades exigidas para seu cumprimento, é uma prisão arbitrária ou ilegal e há de ser imediatamente relaxada.⁶⁸

Nesse sentido, por exemplo, deverá ser relaxada a prisão nos casos de flagrante forjado, nos casos em que não houver a comunicação ao preso dos seus direitos (sobretudo o de permanecer calado) ou a comunicação imediata da prisão ao juiz competente e também à sua família ou, ainda, quando não for entregue ao preso, no prazo de 24h, a nota de culpa assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e o das testemunhas.

Ao contrário do que se dá na concessão da liberdade provisória, a prisão ilegal relaxada resulta na *liberdade plena* do acusado, isto é, sem a necessidade de observância de qualquer imposição legal. Trata-se de verdadeira medida sancionadora da atividade ilícita do Estado, através do reconhecimento da *nulidade* do ato com o imediato retorno ao *status quo ante* diretamente anterior à prisão ilegal, como se esta fosse verdadeiramente inexistente⁶⁹.

Frise-se, por fim, que o relaxamento será cabível em qualquer procedimento e para qualquer crime previsto no ordenamento jurídico nacional, não havendo, assim, diferentemente do que ocorre nas situações de liberdade provisória, quaisquer restrições à sua concessão. Havendo prisão ilegal, deverá esta ser relaxada, sem exceções. Tal circunstância não impede, entretanto, que após o relaxamento da prisão em flagrante seja decretada a prisão preventiva do acusado, desde que preenchidos os requisitos legais previstos nos arts. 312 e 313 do CPP⁷⁰.

⁶⁸ KARAM, Maria Lúcia. **Escritos sobre a Liberdade: Liberdade, Presunção de Inocência e Prisões Provisórias**, p. 33.

⁶⁹ Nas palavras de Pacelli de OLIVEIRA, “o *relaxamento* da prisão é, assim, controle do ato administrativo prisional e também judicial, permanecendo o flagrado, a partir dele, na mesma situação processual – ou *pré-processual* – daquele não surpreendido em flagrante, isto é, livre de quaisquer ônus ou restrições de direito” (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Regimes Constitucionais da Liberdade Provisória**, p. 80).

⁷⁰ Entretanto, autores como Maria Lúcia KARAM criticam arduamente essa corriqueira substituição da prisão em flagrante relaxada por uma prisão preventiva *strictu sensu*: “uma prisão preventiva ‘substitutiva’ é tão arbitrária ou ilegal quanto a substituída prisão em flagrante ilegalmente executada, assim como são arbitrárias ou ilegais – e, por isso, devem ser imediatamente relaxadas – quaisquer prisões provisórias decretadas ou mantidas por ordem do juiz se não estiverem efetivamente demonstrados os requisitos de cautelaridade que excepcionalmente

Já a revogação da prisão preventiva ocorre quando não mais subsistirem as razões que levaram a sua decretação.

Como se sabe, o art. 312 do Código de Processo Penal, em combinação com o art. 313, traz as circunstâncias que admitem a prisão preventiva do acusado. Entretanto, sendo a prisão preventiva uma modalidade de prisão cautelar, ela encontra-se vinculada ao princípio da provisionalidade. Nas palavras de LOPES JR.,

nas prisões cautelares, a provisionalidade é um princípio básico que tem sido pouco observado no sistema brasileiro. As medidas cautelares são, acima de tudo, situacionais, na medida em que tutelam uma situação fática. Uma vez desaparecido o suporte fático legitimador da medida e corporificado no *fumus commissi delicti* e/ou no *periculum libertatis*, deve cessar a prisão. O desaparecimento de qualquer uma das 'fumaças' impõe a imediata soltura do imputado, na medida em que é exigida a presença concomitante de ambas (requisito e fundamento) para a manutenção da prisão.⁷¹

O referido princípio vem consagrado no art. 316 do Código de Processo Penal, que dispõe que a prisão preventiva poderá ser revogada a qualquer tempo pelo juiz quando este observar a falta do(s) motivo(s) que levaram à sua decretação. A expressão *podrá* utilizada pelo código, contudo, não traz a noção de mera faculdade do juiz, mas impõe-se como verdadeiro dever decorrente do direito subjetivo do réu de permanecer em liberdade quando preenchidos os requisitos da revogação, uma vez que se trata de norma concessiva de um direito⁷².

Desta feita, desaparecendo os fundamentos que levaram a decretação da prisão preventiva deve esta ser imediatamente revogada. Da mesma forma, se, após a revogação, sobrevierem novas razões que justifiquem a preventiva, poderá esta ser novamente decretada.

Igual solução se impõe no caso da prisão temporária (Lei nº. 7.960/89), onde com o encerramento do prazo legal estabelecido pelo juiz (dentro dos limites permitidos pela lei), o efeito extintivo da prisão é obrigatório, exceto na hipótese de decretação da prisão preventiva do acusado.

autorizam tal violenta medida privativa da liberdade" (KARAM, Maria Lúcia. **Liberdade, Presunção de Inocência e Prisões Provisórias**, p. 35).

⁷¹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**, v. 2, p. 54.

⁷² RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**, p. 703.

A revogação da prisão preventiva e a extinção da prisão temporária, da mesma forma que o relaxamento da prisão ilegal, não impõem ao acusado a observância de qualquer obrigação legal, sendo, assim, hipóteses de *liberdade plena*, não havendo restrições à sua concessão.

In fine, merece destaque a situação da revogação de prisão preventiva decretada em decorrência da manutenção da situação de flagrante. Nesta específica hipótese, a revogação da prisão preventiva terá a natureza de concessão de liberdade provisória, pois o desaparecimento do suporte fático que determinou a prisão preventiva não faria invalidar a situação anterior do flagrante. Assim, revogada a preventiva imposta em conversão ao flagrante em razão do desaparecimento da situação acautelatória que a justificou, deverá ser concedida ao acusado a liberdade provisória, com toda carga de obrigações impostas pela lei processual penal.⁷³

⁷³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**, p. 456; e LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**, v. 2, p. 144.

4. A LIBERDADE PROVISÓRIA NO DIREITO COMPARADO

4.1. ITÁLIA

A questão da regulamentação da concessão de liberdade provisória é recorrente em praticamente todos os sistemas jurídicos ocidentais, sobretudo em função do caráter nitidamente restritivo e violador de direitos fundamentais internacionalmente consagrados envolvidos nas situações de prisões provisórias anteriores à condenação do acusado.

Sem maiores pretensões senão a de analisar os delineamentos fundamentais dados por alguns ordenamentos jurídicos mundiais ao tema, iniciamos a abordagem do direito comparado pelo direito italiano, fonte inspiradora do Código de Processo Penal de 1941.

O novo Código de Processo italiano de 1988 adotou um sistema misto de medidas cautelares pessoais (*misure cautelari personali*), que vão, de forma gradativa, desde a limitação mínima da liberdade através da imposição de obrigações diversas ou submissão à vigilância estatal até completa privação de liberdade do indivíduo, sendo que a escolha da medida mais adequada deve ser feita com base na adequação (*adeguatezza*) e na proporcionalidade (*proporzionalità*) da medida cautelar (art. 275 do *Codice di Procedura Penale*).

No tocante à restituição da liberdade após a prisão em flagrante, o sistema jurídico italiano denominou de *liberdade vinculada* a situação de imposição de determinadas medidas cautelares sobre o acusado, demonstrando claramente a forte ligação existente entre a liberdade do acusado e a observância das medidas cautelares a ele impostas.

Ilustrativamente, o *Codice di Procedura Penale* prevê as seguintes modalidades de *misure cautelari personali*: a) proibição de ausentar-se do território nacional sem a autorização da autoridade judicial competente, podendo, inclusive, ser retido o passaporte e outros documentos do acusado (art. 281 – *divieto di espatrio*); b) obrigação de apresentar-se à Polícia Judiciária a cada determinado período de tempo (art. 282 - *Obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria*); c)

obrigação de recolher-se em residência em determinados horários ou períodos (art. 283 - *divieto e obbligo di dimora*); e, por fim, a custódia cautelar, que pode se dar em três modalidades distintas: prisão domiciliar (art. 284 – *arresti domiciliare*); recolhimento ao cárcere (art. 285 – *custodia cautelare in carcere*) e submissão a tratamento médico em estabelecimento adequado (art. 286 – *custodia cautelare in luogo di cura*).

4.2. PORTUGAL

No mesmo sentido do atual *Codice di Procedura Penale*, o código de processo penal português de 1998 também substituiu a normativa da liberdade provisória por um sistema gradativo de restrição da liberdade do acusado, denominadas *medidas de coação* (arts. 191 e ss. do CPP português). Tais medidas também são fixadas com base nos critérios de adequação e proporcionalidade entre a gravidade do crime e a sanção, sendo que o art. 204 do referido código dispõe expressamente que

nenhuma medida de coação prevista no capítulo anterior, à excepção da que se contém no artigo 196.^o, pode ser aplicada se em concreto se não verificar: a) Fuga ou perigo de fuga; b) Perigo de perturbação do decurso do inquérito ou da instrução do processo e, nomeadamente, perigo para a aquisição, conservação ou veracidade da prova; ou c) Perigo, em razão da natureza e das circunstâncias do crime ou da personalidade do arguido, de perturbação da ordem e da tranquilidade públicas ou de continuação da actividade criminosa.⁷⁴

Sobre o sistema jurídico português, Pacelli de OLIVEIRA elucida que

embora a legislação processual penal de Portugal não contemple expressamente o instituto da liberdade provisória, é de se ver que as medidas de coação previstas nos arts. 196, 197, 198, 199, 200 e 201, todos do Código de Processo Penal, têm natureza eminentemente cautelar, e, ao contrário da prisão, não importam em qualquer antecipação de resultado final, na medida em que não impõem a supressão da liberdade e, sim, determinadas restrições a ela.⁷⁵

⁷⁴ In: <http://www.portolegal.com/CPPen.htm>

⁷⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Regimes Constitucionais da Liberdade Provisória**, p. 84.

Dentre as *medidas de coação* previstas no CPP português, cite-se a obrigação de indicar o local de residência, de trabalho ou outro domicílio e de comparecer perante a autoridade competente ou de se manter a disposição dela (art. 196)⁷⁶; a prestação de caução (equivalente à nossa fiança) nos crimes passíveis de prisão que pode ser substituída por outra medida, exceto pela prisão preventiva (art. 197); “a obrigação de se apresentar a uma entidade judiciária ou a um certo órgão de polícia criminal em dias e horas preestabelecidos” (art. 198). Nos casos mais gravemente apenados poderá o juiz, cumulativamente ou separadamente, decretar a suspensão do exercício de funções, de profissão e de direitos (art. 199), a proibição de permanência, de ausência e de contactos em determinados lugares ou com determinadas pessoas sem autorização judicial (art. 200) ou, ainda, a obrigação de permanecer na residência (art. 201), medida muito semelhante à prisão domiciliar do ordenamento brasileiro.

No tocante à custódia cautelar provisória, o ordenamento jurídico português prevê a *prisão preventiva* do acusado, isto é, a sua privação total e provisória de liberdade, como última alternativa, somente quando as demais *medidas de coação* revelarem-se concretamente *inadequadas* ou *insuficientes* (art. 202). Além disso, a prisão preventiva somente poderá ser decretada quando “houver fortes indícios de prática de crime doloso punível com pena de prisão de máximo superior a três anos” ou quando “se tratar de pessoa que tiver penetrado ou permaneça irregularmente em território nacional, ou contra a qual estiver em curso processo de extradição ou de expulsão”.

Frise-se, ainda, que no direito português, a prisão em flagrante não obriga a necessária imposição de qualquer uma das referidas medidas de coação, devendo a liberdade do detido ser imediatamente restituída tão logo a medida de detenção se torne *desnecessária* (art. 261). Resta claro, portanto, que o ordenamento jurídico português não trata da liberdade provisória como uma alternativa à prisão em flagrante, sendo a liberdade sempre restituída de forma plena ao flagrado, podendo este, no entanto, vir a sofrer posterior *medida de coação*, inclusive prisão preventiva.

⁷⁶ Esta se trata de medida genérica que será imposta sobre todo acusado que for constituído arguido (pronunciado).

Por fim, o artigo 212 do CPP português estabelece que qualquer das referidas medidas poderá ser revogada se aplicada sem a observância da condições legais ou tão logo constatada a insubsistência das circunstâncias que a justificou, podendo o juiz, do mesmo modo, substituir uma medida por outra menos grave quando se “verificar uma atenuação das exigências cautelares” que levaram à sua aplicação.

4.3. ESPANHA

No ordenamento jurídico espanhol a questão das medidas cautelares pessoais vem tratada a partir do artigo 489 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* de 1882.

O sistema espanhol de liberdade provisória aproxima-se do sistema brasileiro, prevendo hipóteses de sua concessão com ou sem fiança, vinculando a liberdade à “obrigação de comparecer nos dias que forem indicados no auto respectivo, e ainda em todas as vezes em que for intimado a comparecer perante o juiz ou tribunal responsável pelo julgamento da causa” (art. 530)⁷⁷.

Além disso, o ordenamento espanhol também diferencia as situações de prisão em flagrante (*detención*) das situações de prisão preventiva (*prisión provisional*), sendo que esta só poderá ser adotada “quando seja objetivamente necessária, em conformidade com o estabelecido nos artigos seguintes, e quando não existam outras medidas menos gravosas para o direito à liberdade através das quais se possam alcançar os mesmos fins que com a prisão provisória” (art. 502, 2)⁷⁸. O art. 503 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, em grande similitude à lei brasileira, trata das hipóteses em poderá ser decretada a *prisión provisional*,

⁷⁷ “Obligación de comparecer en los días que le fueren señalados en el auto respectivo, y además cuantas veces fuere llamado ante el juez o tribunal que conozca de la causa” (tradução livre).

⁷⁸ “Cuando objetivamente sea necesaria, de conformidad con lo establecido en los artículos siguientes, y cuando no existan otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines que con la prisión provisional” (tradução livre).

trazendo, inclusive, a sua possibilidade nas situações em que haja concreta suspeita de que o acusado cometa outros feitos delitivos⁷⁹.

Observa-se, ainda, que o ordenamento jurídico espanhol deu sistemática diversa da portuguesa e brasileira, por exemplo, ao tratamento da liberdade provisória mediante fiança, sendo esta concedida apenas aos crimes mais gravemente apenados, enquanto o regime de liberdade sem fiança seria cabível apenas para as infrações punidas com pena privativa de liberdade igual ou inferior a três anos no máximo⁸⁰.

Em grande aproximação com o sistema nacional, o ordenamento espanhol prevê igualmente que “quando o aprisionado for posto a disposição do juiz de instrução ou tribunal que deva conhecer a causa, este, salvo que decrete sua liberdade provisória sem fiança, convocará uma audiência na qual ao Ministério Público ou às partes acusadoras poderá interessar que se decrete a prisão provisória do acusado ou sua liberdade provisória com fiança”⁸¹ (art. 505, 1). Assim, flagrado em delito o acusado, se não for o caso de liberdade provisória sem fiança, poderá ter restituída a sua liberdade mediante a prestação de fiança ou ser decretada a sua prisão preventiva (se preenchidos os requisitos previstos no art. 503 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*), podendo, entretanto, a *prisión provisional* ser substituída por outra medida de menor gravidade e que possibilite o alcance do mesmo objetivo (art. 502, 2).

⁷⁹ Interessante previsão é aquela feita no art. 504 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* que traz os prazos máximos para a duração da *prisión provisional*, observando-se que esta jamais poderá ultrapassar o período de quatro anos. Uma previsão expressa nos moldes desta da lei adjetiva espanhola seria de grande valia ao ordenamento jurídico brasileiro, onde se observa constantemente pessoas mantidas em prisões provisórias por anos a fio, aguardando a morosidade da Justiça brasileira.

⁸⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Regimes Constitucionais da Liberdade Provisória**, p. 86.

⁸¹ “Cuando el detenido fuere puesto a disposición del juez de instrucción o tribunal que deba conocer de la causa, éste, salvo que decretare su libertad provisional sin fianza, convocará a una audiencia en la que el Ministerio Fiscal o las partes acusadoras podrán interesar que se decrete la prisión provisional del imputado o su libertad provisional con fianza” (tradução livre).

4.4. ESTADOS UNIDOS

O modelo jurídico norte-americano⁸² é fundado no sistema da *common law*, consistente na extração de normas e de princípios fundamentais através das decisões exaradas pelos tribunais (precedentes), sendo que estas decisões possuiriam força normativa equivalente à nossa lei escrita⁸³. Entretanto, embora possua essa característica de *direito casuístico*, o direito norte-americano em matéria penal orienta-se igualmente pelo princípio da reserva legal, com base em *statutes* que regulamentam o direito material e processual penal.

Não obstante a pluralidade de fontes formais dos diversos Estados que formam os Estados Unidos⁸⁴, é notório que nos sistemas jurídicos dos Estados americanos a concessão da liberdade provisória mediante fiança ocupa posição central, sendo cabível, em tese, para todos os delitos não puníveis com pena de morte ou prisão perpétua⁸⁵⁻⁸⁶.

⁸² Em sua obra **Fiança Criminal e Liberdade Provisória**, os autores Luiz Otávio de Oliveira ROCHA e Marco Antônio GARCIA BAZ tratam com profundidade o sistema processual penal norte-americano, sobretudo no tocante ao regime da liberdade provisória naquele país. Para os fins da presente dissertação, entretanto, mencione-se que o sistema abordado será aquele trazido nas leis que tratam na liberdade provisória no âmbito da Justiça Federal dos EUA, seja porque a sua regulamentação é em grande parte seguida pelos Estados daquela federação, seja porque é a Justiça Federal a competente para o processamento e julgamento das causas relativas ao tráfico de drogas naquele país.

⁸³ ROCHA, Luiz Otávio de Oliveira; GARCIA BAZ, Marco Antônio. **Fiança Criminal e Liberdade Provisória**, p. 207.

⁸⁴ Nesse sentido, vale lembrar que “cada um dos 50 Estados [americanos], assim como os territórios federais, têm seu próprio Direito, em face do qual o Direito de todas as outras jurisdições é Direito estrangeiro, cuja aplicação aos diferentes casos é determinada pela disciplina jurídica conhecida como Direito Internacional Privado” (SILVEIRA, Alípio. *Apud* em ROCHA, Luiz Otávio de Oliveira; GARCIA BAZ, Marco Antônio. *Op. cit.*, p. 206-207).

⁸⁵ ROCHA, Luiz Otávio de Oliveira; GARCIA BAZ, Marco Antônio. *Idem*, p. 217.

⁸⁶ Essa posição de destaque da fiança nos EUA possui azo na própria Constituição norte-americana, que prevê que “excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted”. Tal previsão foi inserida no ordenamento jurídico norte-americano pela 8ª emenda constitucional, em 1791, sendo nada mais do que uma duplicação do já previsto no antigo *Bill of Rights* inglês de 1689. De acordo com Leonard W. LEVY, a previsão contra punições cruéis e incomuns foi inserida no *Bill of Rights* em função da reação causada pelo caso de Titus Oates. Segue o relato: “A cleric of the Church of England, Oates was the author of the infamous Popish Plot hoax, an accusation that English Catholics, led by Jesuit priests, intended to assassinate Charles II. In the national hysteria that followed Oates’s sensational accusations, fifteen people, including the leader of the Jesuit order in England, were disemboweled, quartered, and beheaded for high treason. When the evidence of Oate’s hoax was revealed in 1685, he was

De acordo com ROCHA e GARCIA BAZ, o instituto da fiança, no âmbito da justiça federal norte-americana, sofreu profunda reformulação através da edição do *Bail Reform Act of 1984*, tendo esta reforma o principal objetivo de “dar às cortes adequada autoridade para autorizar a soltura de acordo com ampla reflexão em torno do perigo que o agente pode provocar a outrem se colocado em liberdade”⁸⁷, sendo que uma das grandes alterações trazidas pela referida reforma foi a de dar aos juízes o poder de manter a prisão do agente, em determinadas situações, sem estabelecer qualquer condição para a sua soltura, depois de realizada a audiência judicial inicial. Trata-se de previsão trazida no § 3142, e, do *Bail Reform Act of 1984*⁸⁸ e corresponde a verdadeira hipótese de inafiançabilidade.

Além disso, o *Act* de 1984 instituiu ainda severas penalidades aos acusados que, em gozo de liberdade provisória, cometessem novos delitos: se o crime praticado fosse de maior gravidade (*felony*), a infração cometida resultaria em uma pena adicional de até dez anos de prisão; se o crime fosse de menor gravidade (*misdemeanor*), uma pena de até um ano poderia ser acrescentada à condenação do réu.

O sistema norte-americano é centrado em uma audiência inicial (*hearing*) realizada sempre que uma pessoa é detida pela polícia, normalmente no prazo de 24h. Esta audiência possui como objetivo principal verificar a possibilidade ou não da concessão da liberdade provisória ao detido, com ou sem condições ou mediante o pagamento de fiança, de forma cumulativa ou não.

indicted for perjury. Two of his four judges (...) regret that the law did not permit Oates to be hanged for perjuries that had resulted in the deaths of so many people. The court sentenced Oates to be defrocked, to pay a fine of two thousand marks (...), to be whipped from Aldgate to Newgate, a distance of about a mile and a half, and, after a day's intermission, to be whipped from Newgate to Tyburn, another two miles, and then to be imprisoned for life as well as be pilloried four times annually. Oate's case is the only one in which contemporaries described his punishment as 'cruel' as well as extreme or excessive, even though severe floggings and sentences of life imprisonment were not unusual” (LEVY, Leonard W. **Origins of the Bill of Rights**, p. 236-237).

⁸⁷ ROCHA, Luiz Otávio de Oliveira; GARCIA BAZ, Marco Antônio. *Op. cit.*, p. 218.

⁸⁸ “§ 3142 (e) Detention. – If, after a hearing pursuant to the provisions of subsection (f) of this section, the judicial officer finds that no condition or combination of conditions will reasonably assure the appearance of the person as required and the safety of any other person and the community, such judicial officer shall order the detention of the person before the trial.” Na continuação, o texto legal traz as hipóteses ou situações que poderão gerar a presunção referida na citada norma, autorizando a detenção do acusado antes do julgamento definitivo.

De acordo com ROCHA e GARCIA BAZ⁸⁹, cinco soluções podem resultar da *initial hearing* de apresentação do acusado nas Cortes norte-americanas:

1) Determinação da manutenção da prisão temporariamente (*temporary detention*), por um período não superior a dez dias, nos casos previstos no § 3142 (d) do Título 18 do Capítulo 207 do Código Federal dos Estados Unidos.

2) Deliberação pela imediata realização de uma audiência com o Ministério Público e a defesa do acusado e, após a colheita de dados ou discussão sumária sobre a necessidade da prisão, o magistrado decidirá pela manutenção da prisão ou pela concessão da liberdade provisória, em suas diversas modalidades (itens 4 e 5).

O § 3142 (g) do Título 18 do Capítulo 207 do Código Federal dos Estados Unidos prevê uma ampla gama de fatores que deverão ser levados em conta pelo magistrado norte-americano para determinar se o agente criminoso faz jus ou não à liberdade provisória e quais deverão ser as condições impostas ao eventual livramento.

Entendendo a Corte que nenhuma das condições ou combinação de condições impostas ao acusado irá assegurar o comparecimento do acusado conforme o estipulado e a segurança de qualquer pessoa ou da comunidade, deverá ser mantida a prisão do acusado até o julgamento definitivo.

3) A Corte pode deliberar ainda pela realização de nova audiência, em continuidade àquela anteriormente referida, no prazo máximo de cinco dias, permanecendo o acusado na prisão até lá.

4) A Corte poderá autorizar a soltura do acusado “on his personal recognizance”, ou seja, mediante o simples compromisso de comparecimento aos atos do processo, ou “upon execution of an unsecured appearance bond”, isto é, por meio da estipulação prévia de uma sanção pecuniária que será cobrada do acusado na hipótese de descumprimento da referida obrigação.

⁸⁹ ROCHA, Luiz Otávio de Oliveira; GARCIA BAZ, Marco Antônio. *Op. cit.*, p. 221-222.

5) Ou, quando a corte observar que o compromisso prestado não vai garantir o comparecimento do acusado para os atos do processo ou quando a sua liberdade poderá gerar perigo para qualquer pessoa ou para a comunidade, a corte poderá autorizar a soltura do acusado condicionando a sua liberdade à observância de outras condições, isolada ou cumulativamente, de acordo com o previsto no § 3142 (c) do Título 18 do Capítulo 207 do Código Federal dos Estados Unidos.

Conforme já mencionado, ao escolher as condições a que estará sujeita a liberdade provisória do acusado, o juiz deverá analisar os fatores trazidos no § 3142 (g) do Título 18 do Capítulo 207 do Código Federal dos Estados Unidos. Além da obrigação de comparecer para os atos do processo, da prestação de uma garantia pecuniária e da condição genérica de não vir a praticar qualquer infração penal durante o período de liberdade provisória, o juiz poderá estabelecer outras condições, dentre as quais citam-se⁹⁰: permanecer trabalhando ou, se não possui emprego, buscando-o efetivamente; manter-se ou submeter-se a programa educacional ou de tratamento de reabilitação; evitar contato com a vítima do crime ou com pessoas que possam eventualmente testemunhar sobre o fato; contatar regularmente o departamento indicado por uma agência legal especializada, a agência de acompanhamento judiciário ou outra agência especificada; obedecer determinada regra de recolhimento à residência; assinar termo de sujeição à perda de bem livre de ônus, inclusive dinheiro, em montante considerável para assegurar o comparecimento a todos os atos do processo; satisfazer qualquer outra condição considerada pelo juízo necessária para assegurar a presença aos atos do processo e a segurança de qualquer outra pessoa da comunidade⁹¹; etc.

Sublinhe-se, ainda, que estas condições impostas poderão ser revistas a qualquer momento pela autoridade judicial para impor novas ou diferentes medidas a serem observadas.

Conclui-se, portanto, que o sistema norte-americano é um sistema plural no tocante ao instituto da liberdade provisória, sendo fortemente marcado, entretanto,

⁹⁰ ROCHA, Luiz Otávio de Oliveira; GARCIA BAZ, Marco Antônio. *Op. cit.*, p. 227-228.

⁹¹ Dentre estas outras condições que poderão ser impostas pela autoridade judicial norte-americana, destaca-se recentemente a utilização de medidas de monitoramento eletrônico dos acusados em regime de liberdade provisória através de sistemas de localização por GPS, braceletes, etc.

pela atuação do magistrado ao qual incumbe a tarefa de analisar questões em torno da “periculosidade” do acusado, podendo, sempre que entender que este não irá comparecer aos atos do processo ou que a sua liberdade representará na exposição a risco de qualquer outra pessoa ou da própria comunidade, determinar a custódia cautelar do acusado até o seu julgamento definitivo.

5. A LIBERDADE PROVISÓRIA NO TRÁFICO DE DROGAS

5.1. ASPECTOS LEGAIS

O tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins é delito atualmente previsto na Lei 11.343/2006, Nova Lei de Drogas, que entrou em vigor em 8 de outubro de 2006 em substituição à antiga Lei nº. 6.368/76.

Não obstante a constância com que ouvimos ou lemos a expressão “crime de tráfico de drogas” nos meios de comunicação, é pacífico que o “tráfico de drogas” não se consubstancia em um único delito, senão em um conjunto de condutas previstas em diferentes tipos penais os quais guardam entre si uma nítida semelhança teleológica.

A não utilização pelo legislador da Nova Lei de Drogas das rubricas marginais (*nomen iuris*) das infrações definidas pela lei acentuou a tarefa da doutrina e jurisprudência buscarem a definição e a extensão do conceito do “tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins”. Uma vez que a Constituição Federal – em seu art. 5º, XLIII – e a Lei nº. 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos) – em seu art. 2º, *caput* – apenas utilizaram-se do conceito do delito, ou conjunto de delitos, não fazendo referência direta ao tipo penal a ele relacionado, a necessidade de tal tarefa é inquestionável para se delimitar as situações fáticas por elas atingidas⁹².

Na antiga lei de tóxicos era pacífico o entendimento jurisprudencial que apenas os delitos descritos em seus arts. 12 e 13 eram considerados como “tráfico ilícito de entorpecentes”, ficando a associação para fins de tráfico (art. 14) excluída dos rigores trazidos pela Lei de Crimes Hediondos.

A Nova Lei de Drogas manteve, no *caput* do art. 33, a incriminação dos 18 núcleos previstos no *caput* do antigo art. 12 da Lei nº. 6.368/76. Nesse diapasão, manteve-se o delito central da figura do tráfico de drogas no conjunto de condutas típicas do atual art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, que nada mais seria do que o tráfico de drogas em sentido estrito. Destaque-se, dentre as mudanças inseridas

⁹² FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**, p. 136.

pela nova lei em relação ao antigo art. 12 da antiga lei de tóxicos, a majoração das penas restritiva de liberdade e pecuniária impostas ao tráfico de drogas. Aquela, aumentada em seu mínimo de três para cinco anos. Esta, elevada de 50 a 360 dias-multa para os atuais 500 a 1.500 dias-multa.

Além dos comportamentos previstos no art. 33, *caput*, o legislador manteve no §1º a equiparação de algumas condutas àquelas previstas no *caput* – da mesma forma como já ocorria no art. 12 da Lei nº. 6.368/76 – inserindo, entretanto, novos comportamentos típicos, em um notório esforço para evitar que qualquer atividade ligada ao tráfico de drogas, dentro do contexto da produção e de sua comercialização, restasse impune.

Já nas condutas previstas nos §§2º e 3º do art. 33, o legislador nitidamente buscou inserir condutas autônomas, não equiparadas e não tratadas como tráfico de drogas e que, portanto, não estão sujeitas às mesmas restrições impostas aos acusados de prática do referido delito.

Do mesmo modo, conservou o art. 34 da Nova Lei de Drogas a essência do disposto no revogado art. 13 da Lei nº. 6.368/76, apenas acrescentando cinco novos verbos às condutas típicas puníveis para além das já anteriormente incriminadas. Manteve-se, assim, incontestavelmente, como tipo penal integrante do “tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins”.

A controvérsia se acentua, todavia, quando a questão chega ao tratamento destinado aos artigos 35 a 37 da Lei nº. 11.343/2006, em razão da normativa trazida pelo art. 44 do citado diploma, que estabeleceu que os delitos previstos nos arts. 33, *caput* e §1º, e 34 a 37 da referida lei são inafiançáveis e insuscetíveis de graça, indulto, anistia, *sursis* e liberdade provisória, além de ser vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

No diapasão da referida norma, a maior parte da doutrina passou a se posicionar no sentido de que todos os tipos penais ali elencados integrariam o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.

Nesse sentido, são os ensinamentos de BACILA:

Para facilitar o enquadramento dos tipos previstos como tráfico, o artigo 44 da Lei regulamentou que os tipos previstos nos artigos 33, *caput*, e §1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de *sursis*, graça, indulto e liberdade provisória (...) Ao estabelecer especificamente os tipos que estariam sujeitos a tratamento mais grave, a Lei atual pretendeu resolver

uma celeuma antiga que era no sentido de clarear o que exatamente consistia a figura do tráfico.⁹³

Igual posicionamento é defendido por NUCCI e GONÇALVES JUNIOR, para quem as figuras de tráfico ilícito de entorpecentes equiparadas aos crimes hediondos são aquelas previstas nos art. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37, a teor do disposto no art. 44 da Nova Lei de Drogas. Portanto, por eliminação, escapariam da denominação de “equiparados a hediondos” apenas as figuras típicas do art. 33, §§ 2º e 3º, e arts. 38 e 39 da Lei nº. 11.343/2006⁹⁴⁻⁹⁵.

Também CARVALHO e MENDONÇA lecionam que

como não havia nenhum tipo penal na Lei 6.368/1976 com a rubrica de ‘tráfico ilícito de entorpecentes’ (agora tráfico de drogas), sempre reinou divergência na doutrina e jurisprudência sobre quais crimes, dentre os arrolados naquela Lei, poderiam ser enquadrados neste conceito (...) A nova Lei de Drogas, visando evitar a referida discussão, determinou serem enquadráveis no conceito de tráfico de drogas as infrações previstas nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 da nova Lei de Drogas, conferindo-lhes tratamento mais severo.⁹⁶

Em sentido contrário são os ensinamentos de MARCÃO, segundo o qual as figuras típicas trazidas nos arts. 35 a 37 da Lei nº. 11.343 não integrariam o delito do tráfico de drogas em sentido amplo. Para o jurista, “em se tratando de crime autônomo, não é correto entender seja ele equiparado a hediondo por força da existência de previsão em relação ao crime de tráfico”, pois seria juridicamente impossível ampliar o rol dos crimes hediondos para incluir nele crimes não listados como tal, em função da impossibilidade de se adotar uma interpretação extensiva para tal finalidade⁹⁷.

⁹³ BACILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo. **Comentários Penais e Processuais Penais à Lei de Drogas**, p. 161.

⁹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais comentadas**, p. 320.

⁹⁵ GONÇALVES JUNIOR, Ulysses de Oliveira. **Dos Crimes – 1ª Parte**. In: GUIMARÃES, Marcelo Ovídio Lopes (Coord.). **Nova Lei Antidrogas comentada – Lei nº. 11.343**, p. 143-180.

⁹⁶ MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de Drogas comentada artigo por artigo**, p. 196.

⁹⁷ MARCÃO, Renato. **Tóxicos: Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006 – Nova Lei de Drogas**, p. 290 e 298.

Semelhante é a posição adotada por DA SILVA e ARRUDA⁹⁸. Entretanto, para estes, “o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins” envolveria ainda, além das figuras típicas dos arts. 33, *caput* e § 1º, e art. 34 da nova Lei de Drogas, o crime de financiamento e custeio para o tráfico de drogas. Na visão destes, o art. 36 é forma especial de colaboração para o tráfico, sendo tratado, inclusive, como crime de maior gravidade em função da pena a ele cominada. Não haveria sentido, portanto, em se restringir benefícios para o traficante e permiti-los ao financiador da atividade criminosa.

Conforme se vê, o tema é ainda amplamente discutido na doutrina. Cabe aguardar, nesse sentido, o posicionamento final a ser adotado pelos tribunais pátrios, sublinhando-se, desde logo, que precedentes do Superior Tribunal de Justiça já vem indicando a possível adoção do entendimento de que o *tráfico ilícito de entorpecentes* envolveria todas aquelas condutas típicas previstas nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 da Lei nº. 11.343/2006⁹⁹.

No que se refere especificamente à liberdade provisória, as restrições impostas pelo art. 44 da Lei nº. 11.343/06 nada mais eram, em sua essência, do que uma repetição do previsto no art. 2º da lei dos crimes hediondos (Lei nº. 8.072/90), aos quais o tráfico de drogas tinha sua conduta equiparada. Além disso, a própria Constituição Federal determinou em seu art. 5º, XLIII, que “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos”.

Nesse sentido, deixados de lado inicialmente a violação direta aos princípios da presunção de inocência e do devido processo legal, era jurisprudencialmente pacífico a vedação ao benefício da liberdade provisória aos imputados da prática de tráfico de drogas, devendo estes aguardar na prisão o seu julgamento.

⁹⁸ DA SILVA, César Dario Mariano; ARRUDA, Eloísa de Souza. **A Lei dos Crimes Hediondos após a alteração de seu artigo 2º**, p. 5.

⁹⁹ HC 115.581/MG, HC 110.719/SC.

Entretanto, em 29 de março de 2007 entrou em vigor a Lei nº. 11.464 que alterou o disposto no art. 2º da Lei nº. 8.072/90, retirando a liberdade provisória do rol de benefícios vedados aos crimes hediondos e equiparados.

Tal alteração provocou profunda discussão doutrinária e jurisprudencial quanto à impossibilidade ou não de concessão da liberdade provisória ao imputados da prática de crimes hediondos e, portanto, também de tráfico ilícito de entorpecentes.

Nesse passo, pequena parte da jurisprudência nacional¹⁰⁰ adotou o entendimento que a nova lei tornou expressamente admissível a concessão a estes crimes do benefício da liberdade provisória sem a prestação de fiança (uma vez que tais delitos permanecem inafiançáveis) - na forma do art. 310, parágrafo único, do CPP -, permitindo, assim, ao sujeito preso em flagrante pela prática de um destes crimes, ser posto em liberdade durante o andamento da investigação e do processo penal.

De outro turno, a majoritária jurisprudência pátria¹⁰¹, sobretudo do STF, passou a interpretar a alteração trazida pela legislação como uma mera retirada de “excesso verbal” constante no art. 2º, II, da Lei nº. 8.072/90, mantendo a vedação do instituto aos crimes previstos no *caput* do referido artigo, uma vez que esta proibição seria decorrente do preceito constitucional estabelecido no art. 5º XLIII, da Carta Magna nacional, que estabelece a inafiançabilidade de referidas infrações penais.

É diante da mencionada celeuma que passamos a uma análise mais profunda dos fundamentos que sustentam cada uma das referidas posições.

¹⁰⁰ Cite-se HC 92.824-SC e HC 92.880-GO, ambos do STF, e HC 89.913-GO, do STJ.

¹⁰¹ Cite-se HC 92.469-SP e HC 93.940-SE, ambos do STF.

5.2. POSICIONAMENTOS DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS SOBRE A LIBERDADE PROVISÓRIA NO TRÁFICO DE DROGAS

5.2.1. Quanto à impossibilidade da liberdade provisória

A restrição a direitos e garantias fundamentais sempre foi alvo de infindáveis discussões doutrinárias e jurisprudenciais, sobretudo quando a interpretação constitucional envolve a aplicação de limitações ao direito fundamental da liberdade, corolário direto do princípio da dignidade humana.¹⁰²

A Lei nº. 8.072/90 e a Constituição Federal de 1988 ao tratar dos regimes da liberdade provisória nos crimes denominados de hediondos, e aqueles a eles equiparados, não trouxeram a esperada segurança jurídica dada pela legislação de um país, mas, ao contrário, suscitaram desde logo, profundas controvérsias sobre a possibilidade ou não da restrição ao direito subjetivo do aprisionado à liberdade provisória.

No plano constitucional, a controvérsia verificou-se inicialmente em função da aparente antinomia entre os preceitos dos incisos LXI, LXVI e XLIII do art. 5º da Carta Magna brasileira. Ao tentar conferir um tratamento normativo mais severo àqueles que praticassem alguns crimes tidos como mais graves, a extensão da *inafiançabilidade* destes delitos determinada pelo legislador constituinte originário lançou a pedra fundamental para a instauração de uma insuperável celeuma entre os processualistas penais brasileiros.

¹⁰² “É evidente, assim, que a dignidade da pessoa humana funciona como suporte de todos os direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal. Mas, dentre todos esses direitos fundamentais, assume especial destaque a liberdade e os princípios que a tutelam, na medida em que ‘constituem simultaneamente pressuposto e concretização direta da dignidade da pessoa’, posto que não se pode ‘questionar o entendimento de acordo com a qual, sem liberdade (negativa ou positiva), não haverá dignidade, ou, pelo menos, esta não estará sendo reconhecida e assegurada’ (...) Quem ousaria negar que a proibição da liberdade provisória, a partir de determinados tipos, não constitua o rompimento da ordem que está subjacente e dá sentido ao conglomerado dos direitos fundamentais? Vedar-se o direito fundamental à liberdade provisória, quando a prisão é totalmente desnecessária, é, portanto, afronta flagrante ao princípio da dignidade humana” (FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**, p. 450-451).

Dois anos depois, já em 1990, a edição e promulgação da Lei nº. 8.072/90 renovou o referido impasse constitucional ao estabelecer, expressamente, em seu art. 2º, que os crimes ali regulamentados seriam insuscetíveis não somente de fiança, mas também de liberdade provisória, referindo-se assim à impossibilidade de aplicação do parágrafo único do art. 310 do CPP aos crimes ali tratados.

A vedação expressa trazida pelo referido diploma provocou divergência no campo de sua extensão, questionando-se se a proibição expressa seria suficiente para se obstar a concessão da liberdade provisória aos crimes hediondos e equiparados ou, se ausentes os requisitos que autorizariam a prisão preventiva, poderia esta ser concedida aos aprisionados em flagrante por estes mesmos delitos. Da controvérsia sucedeu-se a consequente promulgação de decisões conflitantes nos tribunais nacionais.

Exemplificativamente, o STJ firmou inicialmente o entendimento de que a vedação trazida no art. 2º, II, da Lei nº. 8.072/90 seria suficiente para fundamentar o indeferimento da liberdade provisória aos acusados de crimes hediondos. Em seguida, por meio de decisões difusas (ex.: HC 32980/SP. Relator: Ministro Paulo Medina. DJ de 29.11.04), reformulou essa concepção, declarando como inconstitucional a referida vedação à liberdade provisória quando ausentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva do aprisionado. Posteriormente, voltou o STJ ao entendimento inicial, em razão do Supremo Tribunal Federal ter firmado entendimento no sentido de que a referida restrição trazida pela Lei nº. 8.072/90 seria constitucional e suficiente, por si só, para impedir a concessão da liberdade provisória ao aprisionado em flagrante por crime hediondo ou equiparado.

Nessa época, já estava em vigor a Nova Lei de Drogas (Lei nº. 11.343/2006) que, em seu artigo 44, repetiu a vedação de concessão da liberdade provisória em qualquer modalidade ao acusado da prática de tráfico ilícito de entorpecentes.

Conforme já foi mencionado anteriormente, nem mesmo o advento da Lei nº. 11.464/2007 – que retirou a restrição à concessão da liberdade provisória aos crimes hediondos e equiparados, mantendo apenas a vedação à fiança – teve o condão de modificar o quadro definido pela Constituição Federal e pelo art. 44 da Lei nº. 11.343/2006, de acordo com o constantemente asseverado pelos juízes e tribunais brasileiros, sobretudo STF e STJ.

No plano doutrinário, tal posicionamento dos tribunais superiores brasileiros já era defendido há muito tempo por doutrinadores como Scarance FERNANDES, DAMÁSIO DE JESUS, MIRABETE, RANGEL¹⁰³, OLIVEIRA ROCHA e GARCIA BAZ, com base no preceito da *inafiançabilidade* já definido na Constituição Federal.

Para Scarance FERNANDES a definição pela Constituição Federal de alguns delitos como inafiançáveis impõe implicitamente a vedação à concessão da liberdade provisória sem fiança nos termos do art. 310, parágrafo único, do CPP. Esta restrição implícita seria decorrência direta da observância aos princípios da gradualidade e da proporcionalidade, que orientam as medidas cautelares penais. Para o autor, possibilitar a liberdade provisória nos termos do art. 310, p. u., do CPP representaria um esvaziamento do texto constitucional.

Nas palavras do eminente jurista,

em obediência ao princípio da gradualidade ou proporcionalidade não é possível, então, imaginar que se a Constituição declarou certos crimes inafiançáveis possa o legislador ordinário, esvaziando a vedação constitucional, permitir hipóteses de liberdade provisória em que os vínculos sejam menos gravosos do que a fiança.¹⁰⁴

Ao contrário do que pode parecer à primeira vista, entretanto, não defende FERNANDES a vedação total, sob o prisma constitucional, à concessão da liberdade provisória aos aprisionados por crimes inafiançáveis, mas admite ele que estes possam ser soltos mediante a imposição de restrições maiores do que as trazidas pela fiança, como, por exemplo, o recolhimento domiciliar noturno e nos fins de semana ou a prisão domiciliar durante o processo.¹⁰⁵

¹⁰³ Conforme se verá adiante, o ilustre doutrinador na última edição de seu livro *Direito Processual Penal*, após a edição da lei 11.464/2007, alterou o seu entendimento, defendendo o cabimento da liberdade provisória aos aprisionados por crime hediondo ou equiparado. Entretanto, na 11ª ed. da obra referida, assim constava quanto a liberdade provisória nos crimes hediondos: “Ao mais desavisado, pode parecer que o legislador constituinte veda, apenas, a liberdade provisória mediante fiança nos crimes hediondos e os que lhes forem equiparados, porém não veda a liberdade provisória sem fiança prevista no art. 310 e seu parágrafo único do CPP. Considere-se, inclusive, que o legislador constituinte fez diferença entre as duas, bastando conferir a regra do inciso LXVI do art. 5º. Pensamos ser errado este posicionamento, pois, se o legislador constituinte vedou o mais (liberdade provisória mediante fiança), não seria plausível que o menos (sem fiança) fosse permitido” (RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**, 11. ed., p. 645).

¹⁰⁴ FERNANDES, Antônio Scarance. **Fiança Criminal e a Constituição Federal**, p. 260.

¹⁰⁵ FERNANDES, A. S. *Idem*, *ibidem*.

Idêntico posicionamento é o defendido por OLIVEIRA ROCHA e GARCIA BAZ quando, ao tratar do tema da inafiançabilidade, dispuseram que

a inafiançabilidade que decorre diretamente da Constituição não obsta a concessão da liberdade provisória, desde que os vínculos do acusado com o processo, determinados nessa hipótese, sejam mais gravosos do que o pagamento da fiança. Se a Magna Carta considerou insuscetíveis de fiança determinados crimes, a lei ordinária não poderá permitir hipóteses de liberdade provisória em que os vínculos do acusado sejam menos gravosos do que a própria fiança, pena de contrariar a proibição constitucional, por torná-la inócua.¹⁰⁶

Além disso, segundo os citados juristas, o direito à liberdade provisória não seria absoluto, uma vez que a lei ordinária poderia, excepcionalmente, vedar qualquer espécie de liberdade provisória a determinados delitos. Esta possibilidade seria decorrente da ressalva presente no art. 5º, LXVI, da Constituição Federal e da permissão da prisão em flagrante preceituada no inciso LXI do mesmo artigo da Carta Magna.

Desta feita, para OLIVEIRA ROCHA e GARCIA BAZ, não seria inconstitucional a proibição à liberdade provisória na legislação ordinária, como ocorre, por exemplo, na Lei nº. 8.072/80 e na Lei nº. 11.343/2006¹⁰⁷. Havendo previsão legal expressa sobre a impossibilidade da liberdade provisória em determinados casos sequer haveria violação ao princípio da presunção de inocência previsto na Constituição Federal, pois, ao modo de ver destes doutrinadores, este apenas proibiria qualquer medida que o contrariasse e não estivesse assentado em “dispositivo legal e explícito”¹⁰⁸.

Na mesma esteira é a doutrina de MIRABETE, que apregoa que a Constituição Federal impossibilitou a concessão de liberdade provisória a qualquer dos aprisionados pela prática de crimes tidos como *inafiançáveis* no texto constitucional. De acordo com o jurista, ainda, as prisões provisórias não corresponderiam em violação ao princípio do estado de inocência, pois este vedaria apenas a aplicação ao acusado dos efeitos penais decorrentes de uma sentença

¹⁰⁶ ROCHA, Luiz Otávio de Oliveira; GARCIA BAZ, Marco Antônio. **Fiança Criminal e Liberdade Provisória**, p. 72.

¹⁰⁷ ROCHA, Luiz Otávio de Oliveira; GARCIA BAZ, Marco Antônio. *Idem*, p. 72-73.

¹⁰⁸ ROCHA, Luiz Otávio de Oliveira; GARCIA BAZ, Marco Antônio. *Idem*, p. 65.

condenatória transitada em julgado, como a execução da pena, a inscrição do nome no rol dos culpados, a suspensão dos direitos políticos, etc.

Em sua lição,

não se pode conceder a liberdade provisória ao autor dos crimes hediondos, da prática de tortura, do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e do terrorismo (art. 5º, XLIII, da CF; art. 2º, da Lei nº. 8.072, de 25-5-90), bem como aos autores de ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV). Autuado em flagrante por um desses delitos, o acusado deve permanecer preso durante a instrução ainda que primário e de bons antecedentes e mesmo que não ocorra na espécie hipótese de prisão preventiva.¹⁰⁹

O consagrado prof. Damásio de JESUS, também compartilha da mesma idéia dos já mencionados doutrinadores, ao mencionar que os crimes hediondos, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e o terrorismo seriam “insuscetíveis de liberdade provisória, nos termos do art. 2º, II, da Lei n. 8.072, de 25.7.90. De modo que a eles é inaplicável o parágrafo único do art. 310 deste Código.”¹¹⁰

Além disso, sobre uma possível violação à presunção de inocência por parte das leis que vedam a liberdade provisória a determinados delitos, aduz Sérgio F. MORO que tal argumento não deve proceder, uma vez que este princípio, assim como outros previstos na Constituição Federal, não seria absoluto, admitindo-se a imposição de restrições a direitos do investigado ou acusado “desde que tais restrições se revistam do caráter de excepcionalidade.”¹¹¹

No mesmo sentido das ilustres opiniões doutrinárias é o atual posicionamento do STF e STJ sobre a admissibilidade ou não da liberdade provisória aos aprisionados acusados da prática de tráfico ilícito de entorpecentes.

A decisão paradigmática proferida no HC 93302/SP (STF, HC 93.302/SP, Primeira Turma, Relatora Min. Carmen Lucia, DJ 09/05/2008), citada no informativo 499 do Supremo Tribunal Federal, é reflexo exato do posicionamento majoritário do STF quanto à possibilidade ou não da liberdade provisória aos acusados de tráfico

¹⁰⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado: referências doutrinárias, indicações legais e resenha jurisprudencial**, p. 410.

¹¹⁰ DE JESUS, Damásio E. **Código de Processo Penal Anotado**, p. 247.

¹¹¹ MORO, Sérgio Fernando. **Crime de Lavagem de Dinheiro**. (texto não publicado até a presente data)

ilícito de entorpecentes, posicionamento constantemente repetido em inúmeras outras decisões daquele Tribunal, do STJ e dos demais tribunais pátrios.

EMENTA: HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE POR TRÁFICO DE DROGAS. EXCESSO DE PRAZO. SUPERVENIÊNCIA DA SENTENÇA CONDENATÓRIA: QUESTÃO PREJUDICADA. LIBERDADE PROVISÓRIA: INADMISSIBILIDADE. PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA PELA CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO PARA QUE O JUÍZO DAS EXECUÇÕES ANALISE EVENTUAL CABIMENTO DA PROGRESSÃO DE REGIME: INVIABILIDADE. ORDEM DENEGADA. (...) 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. (...) 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 (Grifos nossos).

A citada decisão afasta dúvida quanto aos fundamentos da posição do Pretório Excelso pela impossibilidade da liberdade provisória nos referidos delitos.

No plano constitucional, fundamenta o STF que prisão em flagrante seria espécie de prisão processual, expressamente admitida pela Constituição Federal, ficando a cargo da legislação ordinária definir sobre a possibilidade ou não da liberdade provisória. Tal situação seria decorrência do disposto no art. 5º, LXVI, da Constituição Federal que dispõe que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.

Desta feita, sustenta o Supremo Tribunal Federal que, a contrário senso, quando a lei não admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança, poderá qualquer um ser mantido na prisão se encontrado na situação de flagrante delito.

Ademais, o preceituado no inciso XLIII (“a lei considerará inafiançáveis (...) a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos”), entre outros, do art. 5º da Constituição Federal estabeleceria, segundo a posição do STF, verdadeiro limite material à legislação ordinária quanto à possibilidade ou não de concessão de liberdade provisória. A impossibilidade de concessão da liberdade provisória aos referidos delitos, entre outros, seria decorrente, assim, da própria *inafiançabilidade* imposta pela Constituição Federal, sendo o disposto no art. 2º, II, da Lei nº. 8.072/90 mera condição de eficácia da norma constitucional.

Assim, vedando a Constituição Federal a liberdade provisória a determinadas infrações penais, por meio da prestação de fiança, seria ilógico que fosse ela admissível nos casos legais de liberdade provisória sem fiança.

Nesse sentido, a alteração trazida pela Lei nº. 11.464/2007 – ao retirar a expressão “e liberdade provisória” do art. 2º, II, da Lei nº. 8.072/90 – não teria resultado em qualquer alteração substancial à norma proibitiva de liberdade provisória. Mantendo a vedação à fiança, em observância o previsto na Constituição Federal, continuaria impossibilitada a concessão à liberdade provisória, com ou sem fiança.

Portanto, nas palavras da Ilma. Ministra Carmen Lúcia, relatora do acórdão em questão, a alteração trazida pela Lei nº. 11.464/2007 seria mera “alteração textual, retirando-se uma redundância contida no texto originário do art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90”.

No plano legal, frisou-se também no comentado acórdão que, ainda que a Lei nº. 11.464/2007 significasse mais que uma transformação textual e retirasse a vedação à liberdade provisória aos crimes hediondos e equiparados, no tocante ao tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins a referida alteração não poderia suplantiar o disposto no art. 44 da Lei nº. 11.343/2006, que veda expressamente a estes delitos a possibilidade de concessão de liberdade provisória.

Isto porque, segundo o STF, com a edição da Lei nº. 11.343/2006, a base legal da matéria teria passado das normas dispostas na Lei nº. 8.072/90 para aquelas previstas na Nova Lei de Drogas. Destarte, a promulgação da Lei nº.

11.464/2007 que alterou dispositivos da lei de crimes hediondos, não poderia modificar, de qualquer modo, a disciplina contida na lei especial de drogas¹¹².

Por derradeiro, afastou ainda o Supremo Tribunal Federal a hipótese de a manutenção da prisão em flagrante devesse vir acompanhada de fundamentação cautelar, conforme o previsto nos arts. 312 e 313 do CPP. De acordo com a posição daquele Egrégio Tribunal, a manutenção do flagrante não necessitaria de fundamentação cautelar, subsistindo pela própria vedação à liberdade provisória, determinada pela *inafiabilidade* preceituada na Constituição Federal brasileira.

5.2.2. Quanto ao cabimento da liberdade provisória

Não obstante este firme posicionamento dos tribunais pátrios superiores quanto à impossibilidade da concessão de liberdade provisória ao aprisionados em flagrante pela prática de tráfico ilícito de entorpecentes, conforme já aludido, grandes nomes da doutrina nacional criticam a referida posição, entendendo, ao contrário, pela possibilidade da concessão do referido direito aos acusados da prática de tráfico de drogas.

Autores como Pacelli de OLIVEIRA, LOPES JR., MENDONÇA, RANGEL, FRANCO, SANGUINÉ, MARCÃO, NUCCI, CÂMARA, dentre outros, entendem que não há no ordenamento jurídico atual qualquer restrição à possibilidade da liberdade provisória sem fiança aos acusados do citado delito. Há, igualmente, decisões judiciais difusas que adotam a mesma posição, não obstante o resolutivo

¹¹² No mesmo sentido do entendimento do Pretório Excelso, quanto à incapacidade da Lei nº. 11.464/07 retirar a vedação à liberdade provisória prevista no art. 44 da Lei nº. 11.343/2007, é a lição de Vicente GRECO FILHO, segundo a qual “o art. 44 não revogou a Lei de Crimes Hediondos, disso acarretando duas conseqüências: continuam aplicáveis as demais disposições daquela lei no que não houver incompatibilidade; o que está disciplinado neste artigo permanecerá, com seu alcance, ainda que esta lei venha a ser revogada, por exemplo. É lógico que poderá haver modificação por lei posterior, mas se esta for meramente genérica poderá não atingir o artigo comentado. Foi exatamente o que ocorreu com a promulgação da Lei n. 11.464/2007, que modificou o inciso II do art. 2º da Lei n. 8.072/90, permitindo a liberdade provisória para crimes hediondos e equiparados. A modificação genérica não alcança o tráfico, mantendo-se a proibição de liberdade provisória” (GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos: prevenção e repressão**, p. 217-218).

entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça¹¹³. E defendem este posicionamento pelas mais diversas razões, desde a perspectiva da inconstitucionalidade da vedação por ofensa ao princípio da não-culpabilidade até a questão da sucessão das leis no tempo, em razão da alteração trazida pela Lei nº. 11.464/2007.

Iniciando pelo plano constitucional, a controvérsia inicial apontada na doutrina versa sobre a incompatibilidade entre qualquer forma de vedação da liberdade provisória e o princípio da não culpabilidade, garantido no art. 5º, LVII, da Constituição Federal.

Em suma, uma das conseqüências¹¹⁴ extraídas do princípio da presunção de inocência, ou da não culpabilidade, seria a proteção do imputado de sofrer sanções antes de ser provada a sua responsabilidade criminal. Trata-se de garantia fundamental do cidadão trazida desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (art. 9º), tendo berço histórico no *standard* inglês da “prova acima de qualquer dúvida razoável” (“beyond any reasonable doubt”)¹¹⁵.

Relembrando a abordagem feita no início da presente dissertação, o Código de Processo Penal de 1941 foi erigido sobre as bases normativas da legislação imperial e manteve a tradição da presunção de culpabilidade do acusado preso em flagrante delito, restringindo a possibilidade de concessão da liberdade provisória a determinados delitos, em regra por meio da prestação de fiança. Entretanto, mesmo após as reformas parciais em 1973 e 1977, o sistema processual penal brasileiro

¹¹³ Nesse sentido citem-se as seguintes decisões: 1) STF: HC 92.824-SC, 92.880-GO; 2) STJ: HC 32.890, 63.030, 76.779, 89.913; 3) TJSP: AP 476.001-3/3-00, HC 105.484-3; 4) TJMT: RSE 11743/07; etc.

¹¹⁴ “A presunção de não-culpabilidade (ou presunção de inocência, como prefere a maioria da doutrina) se apresenta ora como regra probatória (ou regra de juízo), ora como regra de tratamento do acusado. Ao funcionar como regra de disciplina a atividade probatória, a presunção de não-culpabilidade preserva a liberdade e a inocência do acusado contra juízos baseados em mera probabilidade, determinando que somente a certeza pode lastrear uma condenação (...) Como regra de tratamento, o princípio da presunção de inocência exige que o acusado seja tratado com respeito à sua pessoa e à sua dignidade e que não seja equiparado àquele sobre quem já pesa uma condenação definitiva. Equivale isso a dizer que o acusado somente pode ser preso diante de uma imperiosa necessidade, devidamente justificada, e apoiada em critérios legais e objetivos, de modo a conferir o caráter realmente cautelar à prisão *ante tempus*” (CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão Cautelar: dramas, princípios e alternativas**, p. 69-70).

¹¹⁵ MORO, Sérgio Fernando. **Crime de lavagem de dinheiro**. (texto não publicado até a presente data)

não foi devidamente ajustado à leitura imposta pelo devido processo penal constitucional.

Para Pacelli de OLIVEIRA, a presunção de inocência corresponde a princípio orientador e vinculante não apenas da legislação infraconstitucional, mas também da autoridade judiciária que se encontra obrigada a fundamentar todas as decisões judiciais, especialmente a decretação ou manutenção de toda prisão, de acordo com o previsto no art. 5º, LXI, da Constituição Federal¹¹⁶. Sua incidência impediria, assim, que fossem impostas ao aprisionado em flagrante as conseqüências finais anunciadas no tipo penal a ele imputado, como decorrência do mero juízo de probabilidade resultante das evidências da situação flagrancial.

Ademais, as garantias trazidas nos incisos LXI, LXII, LXIII, LXIV, LXV e LXVI do art. 5º da Constituição Federal têm origem e fundamento no reconhecimento da situação de inocência do acusado, impondo aos órgãos persecutórios do Estado a observância de regras de tratamento a ser dispensado ao imputado, antes e durante o processo penal.

A presunção de inocência constitui-se em precisar limites à atividade persecutória estatal, exigindo que qualquer modalidade de prisão anterior à condenação definitiva seja fundada em natureza cautelar¹¹⁷. Nesse sentido, clara é a lição de OLIVEIRA ao mencionar que

tem-se, portanto, como regra primeira do novo sistema, que o não-culpado – em situação jurídica de inocente – somente poderá ser preso antes da decisão final por razões de comprovada necessidade, para fins de acautelamento dos interesses que fundamentam e legitimam a própria jurisdição penal, de natureza marcadamente instrumental – exceção feita à prisão para garantia da ordem pública – e, nos limites da proporcionalidade da medida.¹¹⁸

Na mesma esteira, leciona BATISTA que o direito à coerção mais benigna é decorrência direta do princípio da presunção de inocência. Assim sendo,

¹¹⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Regimes Constitucionais da Liberdade Provisória**, p. 31.

¹¹⁷ No mesmo sentido, diz BATISTA que “não se pode, portanto, admitir que o agente seja mantido preso cautelarmente, tão-somente porque foi detido em flagrante pela prática de crime considerado grave; em qualquer caso, a providência cautelar exige além do *fumus boni iuris*, que haja um *periculum in mora*” (BATISTA, Weber Martins. **Liberdade Provisória: Modificações da Lei nº 6.416 de 24 de maio de 1977**, p. 117).

¹¹⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Op. cit.*, p. 76.

o *status* de inocência do acusado impede que o juiz o prenda, quando pode conceder-lhe a liberdade provisória; que lhe conceda liberdade provisória sujeita a ônus e encargos mais pesados, quando bastam restrições menos intensas; que lhe conceda liberdade provisória, quaisquer que sejam as obrigações impostas, quando lhe pode conceder-lhe liberdade sem vínculo.¹¹⁹

Portanto, não sendo a prisão provisória absolutamente necessária para garantia do processo ou da sociedade e sendo insuficiente para esse fim colocar ou deixar o réu em liberdade sem qualquer vínculo, dever-se-ia recorrer sempre ao regime da liberdade provisória.

Para grande parte da doutrina, seriam inconstitucionais, por violação direta ao princípio da presunção de inocência, as leis que estabelecem, através de previsões abstratas, a vedação da liberdade provisória aos aprisionados pela prática de determinados delitos, retirando do Judiciário o poder de analisar, no caso concreto, a necessidade ou não da manutenção da prisão do imputado. Estas leis corresponderiam a verdadeira restauração do regime da prisão preventiva obrigatória em determinados delitos, trazido na redação originária do CPP de 1941.

Nessa esteira, aduz Pacelli de OLIVEIRA que

admitir-se a vedação da liberdade provisória nas situações antes mencionadas [Leis n. 8.072/90, 9.034/95 e 9.613/98] é o mesmo que determinar a prisão preventiva obrigatória, banida de nosso ordenamento desde o final da década de sessenta do século passado. Com efeito, se o motivo da prisão pudesse tão-somente do fato do flagrante, a questão seria de antecipação de culpa, somente possível em uma ordem em que se presume a responsabilidade penal do acusado até prova em contrário.¹²⁰

Na opinião de KARAM, estas leis que estabelecem prisões provisórias obrigatórias ou vedam a liberdade provisória de forma genérica a determinados delitos confrontam o fato de que a decretação ou manutenção de qualquer prisão provisória deve vir sempre acompanhada de decisão fundamentada na necessidade da medida.

Sobre a questão, pontua a autora que

¹¹⁹ BATISTA, Weber Martins. *Op. cit.*, p. 36-37.

¹²⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**, p. 179-180.

assim como o juiz não pode se valer de expressões genéricas ou abstratas para decretar ou manter quaisquer prisões provisórias (...), tampouco está o legislador autorizado a estabelecer prisões provisórias obrigatórias ou vedações à liberdade provisória de forma abstrata, genérica e absoluta.¹²¹

Arremata a jurista que estas leis que trazem vedações à liberdade provisória de forma abstrata, genérica e absoluta a determinados tipos de delitos conduziriam a uma “desautorizada satisfação antecipada da pretensão punitiva que se dá sem que sequer haja um efetivo reconhecimento da prática do alegado crime.”¹²²

No mesmo sentido são os ensinamentos de LOPES JR. que dispõe que tais leis que estabelecem a necessidade da prisão obrigatória com base em presunções *juris et de jure* são incompatíveis com o princípio da presunção de inocência¹²³. Considerando o ilustre jurista o flagrante como uma medida *pré-cautel*ar, feita a prisão em flagrante, por qualquer que seja o delito a ele imputado, defende este que

o juiz deve enfrentar e justificar a necessidade do encarceramento com base no art. 312 do CPP, fundamentando a sua decisão. O que é inadmissível é a manutenção da prisão exclusivamente com base no flagrante ou, ainda, entender que existe uma conversão automática. Pior, ainda, é o argumento daqueles que pretendem ressuscitar a prisão preventiva obrigatória.¹²⁴

SANGUINÉ vai mais a fundo na análise, ao dizer que estas leis violariam o “princípio material da proibição do excesso”, pois seriam leis restritivas com cargas *coativas* de liberdade *excessivas* ou *desproporcionais* em relação aos resultados obtidos. Assim sendo, a lei ordinária jamais poderia estabelecer vedações absolutas e abstratas a situações que envolvam direitos, liberdades e garantias constitucionalmente previstas. Portanto, pode a lei ordinária admitir ou não a liberdade provisória “conforme circunstâncias concretas, não porém sempre vedá-la em caráter genérico e absoluto para certa tipologia de crimes.”¹²⁵

¹²¹ KARAM, Maria Lúcia. **Escritos sobre a Liberdade: Liberdade, Presunção de Inocência e Prisões Provisórias**, p. 41.

¹²² KARAM, M. L. *Idem*, p. 44.

¹²³ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**, v. 2, p. 152.

¹²⁴ LOPES JR., Aury. **Crimes Hediondos e a Prisão em Flagrante como Medida Pré-Cautelar: Uma Leitura Garantista**, p. 60.

¹²⁵ SANGUINÉ, Odone. **Inconstitucionalidade da Proibição de Liberdade Provisória do Inciso II do Artigo 2º da Lei nº. 8.072 de 25 de julho de 1990**, p. 255.

O mesmo SANGUINÉ sustenta que a expressão “quando a lei admitir” adotada pela Constituição Federal não deve ser interpretada como uma autorização constitucional a qualquer forma de proibição absoluta da liberdade provisória. Sendo a liberdade um direito fundamental – e, portanto, imediatamente aplicável – o seu conteúdo deve ser concretizado já ao nível constitucional por meio de uma interpretação criadora, sem necessidade da mediação legislativa. Isto é, por ser a liberdade provisória um direito fundamental constitucional, ela deverá ser “sempre garantida pela lei, para todo e qualquer crime, em caráter geral, mas será admitida ou não pelo juiz ou tribunal, conforme o caso concreto, segundo as pautas indicadas pela lei, tal como hoje regulada pelo Código de Processo Penal.”¹²⁶

Semelhante é a posição defendida por OLIVEIRA, que, ao tratar da vedação prevista no art. 2º da lei de crimes hediondos, assevera que

embora aparentemente constitucional, no ponto em que é a própria Constituição que assegura que ninguém será preso ou mantido preso quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança (art. 5º, LXVI), atinge indubitavelmente todo o sistema de garantias individuais, e, sobretudo, o devido processo penal, na medida em que institui um juízo prévio e abstrato de perigosidade, retirando do Judiciário o poder de tutela cautelar do processo e da jurisdição penal, somente realizável à luz da concretude de cada situação fática.¹²⁷

Ainda, no campo processual, a situação do acusado sob a luz da presunção de inocência impõe que as regras de envolvem a restrição de sua liberdade devem ser sempre interpretadas restritivamente. Desta feita, a prisão cautelar está revestida de caráter excepcional, somente justificada em razão da estrita necessidade. Sobre a questão, por fim arremata SANGUINÉ que somente

haverá compatibilização entre o direito do Estado de prisão preventiva e o do indivíduo em não ser levado à prisão ou ser nela mantido, com ou sem fiança, através do direito de liberdade provisória. A interpretação restritiva fere o princípio da unidade da Constituição, porquanto não de ser obedecidos outros princípios garantidores nela estabelecidos.¹²⁸

¹²⁶ SANGUINÉ, Odone. *Op. cit.*, p. 254.

¹²⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Regimes Constitucionais da Liberdade Provisória**, p. 136.

¹²⁸ SANGUINÉ, Odone. *Op. cit.*, p. 255.

Vencida a análise da inconstitucionalidade da vedação abstrata, por meio de lei ordinária, da liberdade provisória a determinados delitos, insurge-se igualmente a doutrina quanto a abrangência dada ao conceito de *inafiançabilidade* trazido na Constituição Federal pela jurisprudência dos tribunais pátrios superiores.

Sobre a distinção entre liberdade provisória e fiança, arremata TUCCI que “não obstante a relação de gênero e espécie entre liberdade provisória e a fiança criminal, não há como confundi-las”, sendo, deste modo, perfeitamente possível a concessão de liberdade provisória “até mesmo nos casos em que a infração penal seja inafiançável”.¹²⁹

Para Pacelli de OLIVEIRA, o posicionamento de doutrina e jurisprudência de que a possibilidade de concessão de liberdade provisória sem fiança, aos crimes tidos como *inafiançáveis* pela Constituição Federal, resultaria no esvaziamento da norma constitucional seria uma interpretação da Constituição a partir da legislação ordinária, seguindo o inverso da lógica hermenêutica.¹³⁰

De acordo com o citado jurista, a Constituição da República chegou “absolutamente desatualizada em tema de liberdade provisória, trazendo uma enorme perplexidade ao renovar ou ressuscitar a antiga expressão inafiançabilidade”¹³¹.

Conforme afirma OLIVEIRA, a Carta Magna reconhece expressamente a coexistência de dois regimes de liberdade provisória, sendo um mediante fiança e outro não. Assim, a *inafiançabilidade* prevista na CF88 para alguns crimes estabelece, nada mais, do que diferentes restrições de direito ao imputado, para modalidades distintas de liberdade provisória.

Rebatendo os argumentos de FERNANDES, OLIVEIRA pontua que a “eventual contradição existente entre os atuais regimes (...) não pode constituir fundamento para a supressão de um (sem fiança), unicamente como decorrência da existência de regras de exclusão – para determinados delitos – dirigidas ao outro (com fiança).”¹³²

¹²⁹ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**, p. 323.

¹³⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Regimes Constitucionais da Liberdade Provisória**, p. 75.

¹³¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**, p. 458.

¹³² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Regimes Constitucionais da Liberdade Provisória**, p. 75.

Continua o ilustre jurista,

não há, com efeito, impedimento algum a que se estabeleçam, por lei, novas restrições à liberdade do acusado, que não o encarceramento, para que, sem a exigência de fiança, se preste efetiva tutela ao processo e à jurisdição penal, quando postas em risco por situações e circunstâncias de fato – suporte fático – adequadas a determinados delitos – suporte normativo.¹³³

Portanto, sustenta OLIVEIRA que, ao contrário do apregoadado pela jurisprudência do STF, a concessão de liberdade provisória sem fiança aos aprisionados por crimes *inafiançáveis* não resultaria em esvaziamento do conteúdo da norma constitucional, na medida em que a Constituição Federal expressamente admitiu a existência de dois regimes distintos de liberdade provisória. Para ele, seria incumbência do legislador ordinário estabelecer os critérios e as restrições de direitos relativas a cada um desses regimes cautelares de liberdade, “desde que observados os princípios fundamentais relativos ao sistema prisional, notadamente os da necessidade, instrumentalidade e proporcionalidade.”¹³⁴

Assim sendo, o desnivelamento existente entre as regras desses regimes de liberdade não poderia conduzir à rejeição imediata do regime sem fiança, quando presente a hipótese de inafiançabilidade, como ocorre, por exemplo, no tráfico ilícito de entorpecentes.¹³⁵ Em suma, não se poderia punir o cidadão por meio de uma interpretação extensiva da norma constitucional em função de omissão e contradição causada pelo legislador ordinário.

A crítica da doutrina à legislação ordinária que veda a concessão da liberdade provisória ainda vai mais a fundo e entra no aspecto *funcional* das restrições em comento.

Para BATISTA, “a idéia de que a prisão cautelar possa ter algum sentido de prevenção ou repressão deve ser afastada de todo. Sua finalidade (...) é tão-só a de garantir o provável resultado do processo ou a ordem pública.”¹³⁶

¹³³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Regimes Constitucionais da Liberdade Provisória**, p. 83.

¹³⁴ OLIVEIRA, E. Pacelli de. *Idem*, p. 138.

¹³⁵ OLIVEIRA, E. Pacelli de. *Idem*, *ibidem*.

¹³⁶ BATISTA, Weber Martins. **Liberdade Provisória: Modificações da Lei nº 6.416 de 24 de maio de 1977**, p. 32.

Outrossim, é a lição de SANGUINÉ que critica a utilização da vedação à liberdade provisória por meras razões de *prevenção geral*, questão de direito material incompatível com a natureza das prisões provisórias¹³⁷. Para o autor,

a inconstitucionalidade aparece quando a lei dá a prisão preventiva funções diretamente conexas a exigências de defesa social, com fins de exemplaridade ou de prevenção dos crimes porque seria transferir o efeito intimidatório e repressivo da pena para a prisão preventiva, que atuaria, então, dotada de uma carga aflictiva imediata, como uma verdadeira pena antecipada, sem observância do devido processo penal.¹³⁸

Esta inversão da funcionalidade das medidas cautelares pessoais resulta, ainda, em uma verdadeira alteração da própria lógica do direito penal, pois, como lecionam BATISTA e MANZINI, o direito penal não é um direito de coerção direta, mas sim indireta.¹³⁹

A prática de qualquer crime, por mais evidente que se mostre, não pode levar à punição imediata do autor. O poder punitivo do Estado não poderá jamais se exercer sem uma comprovação e uma declaração judicial que apliquem a punição no caso concreto. Assim, vedar-se abstratamente e genericamente a concessão de liberdade provisória implicaria em violar a própria essência do direito penal, transformando-o em instrumento de coerção direta contra o acusado de um ilícito penal.

¹³⁷ Sobre a questão da utilização das prisões cautelares como forma de prevenção geral, interessante é a análise feita por LOPES JR. sobre a banalização dessa modalidade de prisão: “Hoje, no Brasil, assistimos a um bizarro espetáculo – muitas vezes às custas de uma prisão ‘cautelar’ inconstitucional, como a tutela da ordem pública – que é a ilusão do ‘juízo imediato’. Enquanto os meios de comunicação não mostrarem alguém sendo ‘conduzido’ e algemado, a opinião pública (ou publicada?) não descansa, e os meios de comunicação, na ausência de uma prisão cautelar, exploram a imagem de (suposta) impunidade”. E, ao tratar da velocidade da tecnologia que rege a nossa sociedade, continua o jurista: “Mas a velocidade da notícia é completamente diferente da velocidade do processo, ou seja, existe um **tempo do direito** que está completamente desvinculado do tempo da sociedade. E esse é o grande entrave: a sociedade acostumada com a velocidade da virtualidade não quer esperar pelo processo, daí a paixão pelas prisões cautelares e a visibilidade de uma imediata punição. Assim querem o mercado (que não pode esperar, pois tempo é dinheiro) e a sociedade (que não quer esperar, pois está acostumada ao instantâneo) (...) Em última análise, o processo nasce para demorar (racionalmente, é claro), como garantia contra julgamentos imediatos, precipitados e no calor da emoção” (LOPES JR., Aury. **Crimes Hediondos e a Prisão em Flagrante como Medida Pré-Cautelar: Uma Leitura Garantista**, p. 61-62).

¹³⁸ SANGUINÉ, Odone. *Op. cit.*, p. 256.

¹³⁹ BATISTA, Weber Martins. **Liberdade Provisória: Modificações da Lei nº 6.416 de 24 de maio de 1977**, p. 1.

Consoante o demonstrado, as disposições constitucionais que tratam da liberdade provisória e da possibilidade ou não de sua restrição são amplamente discutidas pela doutrina. Especificamente no tocante ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes, com a edição da Lei nº. 11.464/2007 este cisma doutrinário ganhou novas dimensões.

Superada as questões envolvendo a violação ao princípio da presunção de inocência pelas leis ordinárias que vedam abstratamente a concessão da liberdade provisória a alguns delitos, a inconstitucionalidade dessas leis e a extensão do conceito de *inafiabilidade* trazido pela Constituição Federal, diverge, ainda, amplamente a doutrina quanto aos efeitos resultantes da edição da Lei nº. 11.464/2007.

Inicialmente, observa-se que o legislador expressamente objetivou, com a redução da expressão “e liberdade provisória” do art. 2º, II, da Lei nº. 8.072/90, deixar de proibir a concessão de liberdade provisória *sem fiança* em se tratando da prática de crimes hediondos, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo.

Portanto, *data venia*, ao contrário do defendido pela Corte Suprema brasileira, a alteração trazida pela Lei nº. 11.464/2007 não objetivou mera “alteração textual, retirando-se uma redundância contida no texto originário do art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90”. Nessa esteira leciona RANGEL, em reformulação de seu anterior posicionamento¹⁴⁰, que

de acordo com o novo texto legal não resta dúvida de que o juiz poderá conceder ao réu liberdade provisória, fundamentadamente. A supressão da expressão ‘liberdade provisória’ do inciso II e a redação do §3º não permitem outro entendimento acerca da possibilidade de liberdade provisória em crime hediondo (...) Nesse sentido, o juiz, hodiernamente, verifica se estão presentes os motivos que autorizam a custódia cautelar do acusado. Se positiva a resposta, decreta a prisão preventiva. Se negativa, concede-lhe a liberdade provisória, tudo em conformidade com o disposto no §3º do art. 2º da Lei de Crimes Hediondos.¹⁴¹

Também FRANCO posiciona-se contrariamente à tese defendida pelo STF, afirmando que “se a liberdade provisória constitui o gênero de que a fiança é

¹⁴⁰ Vide *supra*, p. 52.

¹⁴¹ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**, p. 744.

espécie, seria uma contradição lógica perversa admitir que a espécie tivesse abrangência maior do que o gênero¹⁴². Por isso, conclui o autor que “a Lei 11.464/2007 não objetivou eliminar do texto legal palavras desnecessárias, supérfluas, mas apenas colocar o texto da Lei de Crimes Hediondos em sintonia com a Constituição Federal.”¹⁴³

Corrobora com essa conclusão o disposto na exposição de motivos do projeto de lei nº. 6.793/2006 que resultou no diploma legal em comento:

O Projeto pretende modificar o artigo 2º da Lei nº 8.072, de 1990, com objetivo de adequá-la à evolução jurisprudencial ocorrida desde sua entrada em vigor, bem como de tomá-la coerente com o sistema adotado pela Parte Especial do Código Penal e com os princípios gerais do Direito Penal. 3. A proposta de alteração do inciso II do artigo 2º busca estender o direito à liberdade provisória aos condenados por esses delitos, em consonância com o entendimento que já vem se tomando corrente nas instâncias superiores do Poder Judiciário (...) 4. Dessa forma, preserva-se o poder geral de cautela do juiz, que decidirá se os acusados dos crimes previstos na Lei nº 8.072, de 1990, poderão ou não responder ao processo em liberdade. Pretende-se, com isso, evitar os efeitos negativos da privação de liberdade quando, diante do exame das circunstâncias do caso concreto, a medida se mostrar eventualmente desnecessária.

Destarte, admitindo-se que a lei possa dispor abstratamente sobre a admissibilidade ou não da liberdade provisória a certas tipologias de delitos e que o conceito de *inafiabilidade* trazido na Carta Magna não impeça a concessão do citado direito por meio da aplicação do parágrafo único do art. 310 do CPP, restaria pendente de análise se a edição da Lei nº. 11.464/2007 atingiu igualmente os acusados da prática do tráfico ilícito de entorpecentes.

Em sentido contrário ao posicionamento, defendido pelo STF, da especialidade da lei de drogas frente à lei de crimes hediondos, muitos autores da doutrina nacional inferem que a Lei nº. 11.464/2007 derogou o art. 44 da Lei nº. 11.343/2006, não subsistindo, logo, a regra proibitiva da liberdade provisória para estes delitos.

É esta a opinião de GOMES, que assim leciona:

A Lei nº 8.072/90, em sua redação original, proibia (em relação aos crimes hediondos e equiparados) tanto a fiança quanto a liberdade provisória. Por

¹⁴² FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**, p. 485.

¹⁴³ FRANCO, A. S. *Idem*, *ibidem*.

força da nova lei (Lei nº 11.464/07) foi eliminada esta última proibição. Em outras palavras: cabe, doravante, liberdade provisória nos crimes hediondos e equiparados.¹⁴⁴

E mais, de acordo com o renomado jurista, a citada norma por ser regra de direito processual com reflexos penais e benéfica retroagiria para alcançar fatos ocorridos antes de sua vigência¹⁴⁵.

Idêntica é a posição de Borges de MENDONÇA e Galvão de CARVALHO, segundo os quais

com a edição da Lei 11.464, de 28 de março de 2007, que entrou em vigor no dia seguinte, alterou-se o art. 2º da Lei 8.072/90, acabando-se com a vedação da concessão da liberdade provisória aos crimes hediondos e equiparados (...) entendemos que a Lei 11.464/2007 revogou tacitamente a proibição de liberdade provisória prevista na Lei de Drogas, pois é norma posterior e se referiu expressamente ao crime de tráfico.¹⁴⁶

Também se posicionam pela derrogação tácita de parte do art. 44 da Nova Lei de Drogas, promovida pela Lei nº. 11.464/2007, DA SILVA e ARRUDA. Segundo estes, não se poderia mais defender a constitucionalidade desse dispositivo diante do princípio da proporcionalidade. *In verbis*:

Ora, se para os autores dos crimes mais repugnantes previstos em nossa legislação (homicídio qualificado, extorsão mediante seqüestro, latrocínio, etc.) é possível a concessão da liberdade provisória sem fiança, quando não estiverem presentes as circunstâncias que ensejariam a decretação da prisão preventiva, não vemos como sustentar que no tráfico de drogas, previsto na mesma lei, (...) muito mais amenos, ela não poderá ser concedida. Se para os crimes mais graves ela é permitida, para os menos graves também deverá ocorrer o mesmo.¹⁴⁷

¹⁴⁴ GOMES, Luiz Flávio. **Liberdade Provisória e Progressão de Regime nos Crimes Hediondos: a Nova Lei nº 11.464/2007**, p. 86.

¹⁴⁵ Igualmente sobre a possibilidade de retroação da nova lei, aponta Andrade MOREIRA que “evidentemente, que a possibilidade da liberdade provisória atinge os crimes praticados antes da vigência dos novos dispositivos (dia 29 de março de 2007). Trata-se de lei mais benéfica e que deve retroagir, em conformidade com o preceito constitucional contido no art. 5º, XL, e art. 2º, parágrafo único, do CP” (MOREIRA, Rômulo de Andrade. **As Alterações na Lei dos Crimes Hediondos: a Lei nº 11.464/2007**, p. 107).

¹⁴⁶ MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de Drogas comentada artigo por artigo**, p. 198.

¹⁴⁷ DA SILVA, César Dario Mariano; ARRUDA, Eloísa de Souza. **A Lei dos Crimes Hediondos após a alteração de seu artigo 2º**, p. 4.

In fine, sobre a hermenêutica do concurso aparente de normas instaurado entre as Leis nº. 8.072/80 e 11.343/2006, igualmente diverge a doutrina do posicionamento mantido pelo Supremo Tribunal Federal.

Pereira MARQUES manifesta-se expressamente contrário ao argumento de que a Nova Lei de Drogas prevaleceria sobre a Lei dos Crimes Hediondos, de incidência mais ampla. Em sua visão, ambas tratam-se de leis especiais, sendo que a Lei nº. 8.072/90 não se aplicaria somente aos crimes hediondos, mas também àqueles a eles equiparados, como o tráfico de drogas, conforme o aludido pelo próprio *caput* do seu art. 2º, que teve mantida a sua redação com a Lei nº. 11.464/2007.¹⁴⁸

Igualmente elucidativos são os ensinamentos de Pacelli de OLIVEIRA sobre a discussão, consoante os quais a Lei dos Crimes Hediondos e a Nova Lei de Drogas são ambas, por *essência e excelência*, especiais em relação “a todo o universo de crimes catalogados no Código Penal e na legislação extravagante, desde que não arrolados em seu texto”. As citadas leis seriam leis especiais em relação às normas gerais do Código Penal, em função da sua “especificidade e especialidade de tratamento normativo”¹⁴⁹.

No entendimento do citado jurista, por serem as leis de drogas e dos crimes hediondos *especiais* (por *essência e excelência*) e por tratarem expressamente de normativa dada ao crime de tráfico de drogas (afinal, a Lei nº. 11.464/2007 manteve a referência expressa ao tráfico de entorpecentes na Lei dos Crimes Hediondos¹⁵⁰), o conflito instaurado entre ambas deve se resolver por meio da “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.”¹⁵¹

¹⁴⁸ MARQUES, Marcelo Pereira. **Da Possibilidade de Concessão de Liberdade Provisória aos Crimes Hediondos e Delitos Equiparados, Inclusive para Fatos Pretéritos**, p. 226.

¹⁴⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**, p. 476.

¹⁵⁰ “É importante notar que a Lei n.º 11.464/2007 é posterior à Nova Lei de Tóxicos e a redação do art. 2º, ‘caput’, da Lei n.º 8.072/90 foi mantida ‘Os crimes hediondos, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo’, ou seja, não retirou do seu âmbito de aplicação o crime de tráfico ilícito de entorpecentes. Diversamente, manteve-o descrito na norma, e apenas retirou a proibição de concessão de liberdade provisória” (PEREIRA, Laydiane de Castro. **Prisão Cautelar: da possibilidade da concessão de liberdade provisória aos acusados da prática do delito de tráfico ilícito de entorpecentes**, p. 48).

¹⁵¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**, p. 476.

Logo, tendo a Lei nº. 11.464/2007 retirado a vedação expressa à concessão de liberdade provisória sem fiança aos crimes hediondos e *equiparados*, prevista na Lei nº. 8.072/90, estaria parcial e tacitamente revogado o dispositivo do art. 44 da Nova Lei de Drogas em razão das regras hermenêuticas que versam sobre a sucessão temporal de leis diretamente incompatíveis.

6. CONCLUINDO: A LIBERDADE PROVISÓRIA NO TRÁFICO DE DROGAS

Diante dos posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários abordados, revela-se que o tema da possibilidade ou não de concessão da liberdade provisória aos aprisionados em flagrante pela prática de tráfico ilícito de entorpecentes é questão muito controvertida, defendida, em ambos os sentidos, por inúmeros nomes da doutrina pátria.

No decorrer da presente dissertação pôde-se concluir que o instituto da liberdade provisória, no atual ordenamento jurídico brasileiro, não é tratado de forma sistemática, estruturando-se, com grande pobreza morfológica, como uma medida intermediária entre o encarceramento provisório e a liberdade completa do acusado.

Conforme o observado nos apontamentos iniciais, a liberdade provisória, desde os tempos mais remotos, manteve estreita relação com a prestação da fiança criminal pelo acusado, servindo esta como medida para garantir que o acusado compareceria aos atos do processo judicial. Entretanto, tal relação de complementaridade jamais significou uma identificação entre fiança e liberdade provisória, podendo-se dizer que a fiança – assim como os antigos fiéis carcereiros, homenagem e cartas de seguro – representaria mera modalidade de se obter a liberdade provisória durante o curso da investigação e do processo criminal.

No ordenamento jurídico nacional, contudo, após a promulgação do *Código de Processo Criminal de Primeira Instância*, a fiança ganhou *status* de via exclusiva de obtenção da liberdade provisória (à exceção dos crimes de ínfimo potencial ofensivo, nos quais o réu poderia se livrar solto independentemente da prestação de fiança). Esta relação essencial entre liberdade provisória e fiança permaneceu com a promulgação do Código de Processo Penal de 1941, mantendo-se até o advento da Lei nº. 6.416/77 que, ao inserir no parágrafo único do art. 310 do CPP a possibilidade de concessão da liberdade provisória mediante o mero compromisso de comparecimento a todos os atos do processo, praticamente aniquilou as funções da fiança no ordenamento jurídico nacional, criando modalidade de liberdade provisória desvinculada da prestação de determinada garantia pecuniária.

Além disso, o referido diploma legal estabeleceu que a liberdade provisória seria sempre concedida quando ausentes os requisitos que justificassem a prisão

preventiva do acusado, rompendo, assim, com a presunção de culpabilidade que se estabelecia sobre o acusado apreendido em situação flagrancial. A rigor, pode-se concluir que essa alteração trazida pela lei garantiu uma efetivação máxima do princípio da não-culpabilidade, impedindo que a prisão cautelar se tornasse regra aos acusados presos em flagrante delito.

Todavia, não se pode deixar de apontar que a inovação legislativa, ao praticamente revogar a fiança, não trouxe medidas cautelares efetivas que garantissem a presença do acusado aos atos do processo criminal. Assim, não obstante tenha representado um progresso ao por fim às prisões com base em presunções *juris et de jure* de periculosidade, a Lei nº. 6.416/77 esvaziou a cautelaridade intrínseca ao instituto da liberdade provisória, condicionando a sua concessão ao mero compromisso de comparecimento aos atos do processo.

Ora, a insuficiência legislativa brasileira é nítida se comparada ao previsto no ordenamento jurídico de países como Espanha, Portugal, Itália, Estados Unidos e etc. Conforme o observado no capítulo 3 da presente dissertação, esses sistemas jurídicos tratam as medidas cautelares pessoais de maneira extremamente plural, restringindo a prisão cautelar às situações de necessidade extrema. De forma avançada, os citados sistemas jurídicos tratam as medidas cautelares pessoais de forma gradativa, onde ao acusado poderá ser imposto uma ou mais medidas cautelares entre uma pluralidade prevista em lei, sempre com base nos critérios de adequação e de proporcionalidade entre a medida escolhida e as situações concretas do caso penal. Vigora aí, a idéia de que a prisão no curso do processo criminal, em função da sua gravidade, é sempre a exceção, sendo a regra a liberdade.

Tais exemplos do direito comparado deveriam servir de norte para o ordenamento jurídico brasileiro, onde, na contramão das tendências mundiais, as medidas cautelares pautam-se, ainda, no binômio prisão cautelar/liberdade mediante mero compromisso de comparecimento aos atos do processo. E, assim, em função da ineficácia da imposição de tal medida, a prisão cautelar continua sendo regra no ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, aceita-se ainda no Brasil que a simples prisão em flagrante seja suficiente para manter o acusado encarcerado durante todo o curso da investigação e do processo penal, ainda que não estejam presentes

quaisquer dos requisitos cautelares previstos no art. 312 do CPP, situação que pode perdurar por anos a fio.

Ao tratar a prisão do acusado como regra, os verdadeiros axiomas do sistema penal brasileiro são postos à claridade. Efetuada a prisão, independentemente de ser pena ou medida cautelar, acalmam-se os ânimos e os sentimentos de impunidade da população, afastando-se a idéia de que o crime não encontrou qualquer resposta efetiva por parte do Estado¹⁵². Prevalece, assim, a *lógica do sofrimento* que, nas palavras de Schietti CRUZ, se revela no sentimento da população em geral em desejar que a pessoa acusada de determinado crime “*possa ‘sentir’ na própria carne – pelo sacrifício da liberdade – a dor que causou à vítima e aos seus familiares.*”¹⁵³

A adoção da prisão como remédio para todos os males nada mais é do que um nítido desconhecimento do legislador do descrédito do encarceramento como forma de prevenção e repressão à atividade criminal. Esta situação é agravada no caso das prisões cautelares, que assumem, indiretamente, a função de pena antecipada onde ainda há incerteza quanto à condenação definitiva¹⁵⁴.

O encarceramento, sobretudo o provisório, deve ser sempre decretado com cautela e a título de *cautela*, vera e própria, afastando-se as indevidas presunções legais e abstratas de periculosidade e ponderando o magistrado entre os benefícios e malefícios gerados pela sua adoção. Nesse ponto, importante a lição de Schietti CRUZ, para o qual

quem lida com a liberdade humana jamais pode tratá-la como um assunto cotidiano. Todo processo merece adequada atenção daqueles por meio de quem o poder punitivo do Estado atua. Quando se trata de requerer um prisão cautelar, opinar a respeito de uma liberdade provisória ou decidir sobre quem deve ser preso, não há como deixar de proceder a uma ponderada avaliação também dos malefícios gerados pelo ambiente carcerário, procurando, de outro ângulo, também não deixar desprotegidos

¹⁵² CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão Cautelar: dramas, princípios e alternativas**, p. 12.

¹⁵³ CRUZ, R. S. M. Idem, p. 11.

¹⁵⁴ A propósito, digno de nota é o ensinamento do mestre CARNELUTTI, em sua crítica a *la ética de la ejecución penal anticipada*: “Se alguém é compelido a dar algo que não deve, este algo pode ser restituído em espécie ou ressarcido em dinheiro; porém, a vergonha e o sofrimento do injusto encarceramento, como podem ser ressarcidos?” (CARNELUTTI, Francesco. *Apud* em OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Regimes Constitucionais da Liberdade Provisória**, p. 37).

os legítimos interesses da sociedade (...), entre os quais o direito à segurança, também de estatura constitucional.¹⁵⁵

Não há como se olvidar que o ato de aprisionar muitas vezes é contraproducente, isto é, ao invés de promover a função de ressocialização do indivíduo, transforma-o em algo pior, atuando como verdadeira escola de reincidência¹⁵⁶.

Em função dessa cruel realidade do sistema prisional, mormente o brasileiro, é que o ato de aprisionar deve ser sempre revestido dos maiores cuidados, sob pena de transformar o inocente em produto das engrenagens autônomas do sistema prisional. Assim, não podemos concordar com aqueles que sustentam a possibilidade da lei, ao vedar a liberdade provisória, prever abstratamente a necessidade da prisão para determinadas tipologias de crimes. Além disso, tais previsões confrontam diretamente o preceito do art. 310, p. u., do CPP, que determina que na ausência dos requisitos que justifiquem a prisão preventiva, deverá o acusado responder o processo em liberdade provisória, mediante compromisso de comparecimento aos atos do processo.

Melhor seria se o ordenamento jurídico nacional, seguindo os modelos citados do direito comparado, estabelecesse medidas cautelares pessoais diversas a serem escolhidas pelo magistrado conforme a gravidade e a necessidade do caso concreto, relegando à prisão cautelar a condição de última, e não primeira, opção de medida cautelar¹⁵⁷. Esta necessidade de atualização da legislação nacional pode vir

¹⁵⁵ CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Op. cit.*, p. 14-15.

¹⁵⁶ Nessa esteira é a antiga lição de Roberto LYRA: “Seja qual for o fim atribuído à pena, a prisão é contraproducente. Nem intimida, nem regenera. Embrutece e perverte. Insensibiliza ou revolta. Descaracteriza e desambienta. Priva de funções. Inverte a natureza. Gera cínicos ou hipócritas. A prisão, fábrica e escola de reincidência, habitualidade, profissionalidade, produz e reproduz criminosos” (LYRA, Roberto. *Apud* em BATISTA, Weber Martins. **Liberdade Provisória: Modificações da Lei nº 6.416 de 24 de maio de 1977**, p. 23).

¹⁵⁷ Na falta de previsões expressas e imediatas para a resolução do problema, observam-se, jurisprudencialmente, decisões que amenizam a situação de precariedade do ordenamento jurídico nacional. Nesse sentido, cite-se a seguinte decisão proferida na 2ª Vara Criminal Federal de Curitiba: “Sem entrar no mérito dos fatos, observo que o crime de moeda falsa, em princípio, não comporta a concessão de liberdade provisória, sendo vedada a fiança (art. 323, I, do CPP). Tal proibição, contudo, foi tacitamente revogada pela redação dada pela Lei 6.416/77 ao artigo 310, parágrafo único, do CPP, que permite a concessão de liberdade provisória para qualquer crime, mesmo sem fiança, quando ausentes os fundamentos para a prisão preventiva. Não faz por evidente sentido proibir para crimes com pena mínima superior a dois anos a concessão de liberdade provisória com fiança, mas permitir a liberdade provisória sem fiança. A melhor interpretação é ter, portanto, a proibição do artigo 323, I, do CPP como revogada tacitamente. A

a se concretizar por meio do Projeto de Lei nº. 4.208/01, que traz mudanças substanciais ao regime jurídico das medidas cautelares no Brasil, aproximando o nosso sistema ao de países como Portugal, Itália e Estados Unidos.

Consoante o observado ao longo da presente dissertação, a questão da possibilidade ou não da concessão de liberdade provisória aos aprisionados em flagrante delito de tráfico de drogas centra-se, essencialmente, no preceito trazido no art. 5º, XLIII, da CF88, segundo o qual “a lei considerará como inafiançáveis (...) o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos”.

Sobretudo a extensão da *inafiançabilidade* trazida na norma constitucional suscitou os referidos debates trazidos ao longo desta dissertação, que se reavivaram com a edição da Lei nº. 11.464/2007 que retirou a expressão “e liberdade provisória” do disposto no art. 2º, II, da Lei nº. 8.072/90.

Jurisprudencialmente, embora seja firme o entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto à impossibilidade de concessão de liberdade provisória, conforme o supra demonstrado, a questão não é pacífica. Recentemente, por exemplo, o Ministro Eros Grau iniciou divergência no julgamento do HC/97579 a fim de conceder liberdade provisória a paciente acusado de tráfico ilícito de entorpecentes. De acordo com o exmo. ministro, o preceito do art. 44 da Lei nº. 11.343/2006 violaria o princípio da dignidade humana, do devido processo legal e da presunção de inocência, incumbindo, assim, ao STF adequar esses princípios à norma trazida no art. 5º, XLIII, da CF88. Asseverou ainda que em face dos mencionados princípios, a inafiançabilidade não poderia constituir causa impeditiva da liberdade provisória, devendo o magistrado, ao homologar a prisão em flagrante, sempre observar se existe situação trazida no art. 312 do CPP que justifique a custódia cautelar do acusado. Após a divergência apresentada pelo Ministro Eros Grau, o Ministro Cezar Peluso solicitou vistas do processo, o qual se encontra pendente de julgamento definitivo até o presente momento¹⁵⁸.

fiança, em princípio, deve ser exigida em todos os casos criminais para garantir a presença do investigado no processo e a futura reparação do dano e pagamento da multa. Deve ser dispensada excepcionalmente no caso de investigado pobre, mas não é esse aparentemente o caso” (Autos nº. 2007.70.00.027664-6. Juiz Sérgio Fernando Moro. Decisão proferida em 26/09/2007).

¹⁵⁸ Informativo nº. 552 do STF.

Tal situação demonstra que, em breve, o STF poderá fincar posicionamento definitivo sobre o tema.

Ab initio, não seria possível se concluir com absoluta certeza quanto ao sentido que será dado pelo STF à interpretação da vedação da liberdade provisória trazida na Lei nº. 11.343/2006 em razão da força dos argumentos apresentados por aqueles que defendem ambos os lados da celeuma.

Frise-se, entretanto, que, recentemente, o exmo. Ministro Celso de Mello concedeu medida liminar no HC/100.362 para garantir liberdade provisória a acusado da prática de tráfico ilícito de entorpecentes, fundamentando sua decisão na inconstitucionalidade de vedação legal abstrata da liberdade provisória a determinadas tipologias de delitos. Em suas razões, o exmo. ministro também alegou que a “vedação apriorística de concessão de liberdade provisória, reiterada no art. 44 da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas)”, seria incompatível, independentemente da gravidade objetiva do delito, “com a presunção de inocência e a garantia do ‘*due process*’, dentre outros princípios consagrados pela Constituição da República”, citando ainda, como exemplo, a decisão proferida na ADIn 3.112/DF, que reconheceu a inconstitucionalidade de norma com conteúdo material virtualmente idêntico ao trazido no art. 44 da Lei nº. 11.343/2006. A referida ADIn declarou a inconstitucionalidade do art. 21 da Lei nº. 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento), que previa que determinados crimes da citada lei seriam insuscetíveis de liberdade provisória, fundamentando que a Constituição Federal, em face dos princípios da presunção de inocência e da obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisão pela autoridade judiciária competente, não autorizaria a prisão *ex lege*, isto é, por força de mera previsão legal abstrata.

Estas decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal revelam o caminho que poderá vir a ser adotado por aquela Corte Egrégia no tangente à liberdade provisória no tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.

Com efeito, não há como se negar que a vedação abstrata à liberdade provisória no tráfico de drogas estabelece uma presunção *ex lege* de periculosidade do acusado, violando o preceito constitucional de que ninguém será conduzido à prisão exceto por decisão judicial fundamentada, além de afrontar diretamente o disposto no parágrafo único do art. 310 do CPP.

É certo que, por ser o tráfico de drogas delito tratado com severidade pelo ordenamento jurídico nacional, dificilmente não estará presente algum dos requisitos que justifiquem a necessidade da prisão preventiva do acusado, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal. Por ser conduta equiparada aos crimes hediondos, o tráfico de drogas causa grande repercussão no meio social, sendo aconselhável, muitas vezes, a custódia cautelar do acusado para a salvaguarda da ordem pública, principalmente nos casos dos “grandes traficantes”.

Entretanto, a justificativa não pode servir de base para o estabelecimento de uma presunção legal de necessidade da medida de encarceramento do acusado, violando os princípios – como o da proporcionalidade e da excepcionalidade – que regem as medidas cautelares processuais penais. É nítido que há maior justiça quando a lei remete ao aplicador do direito a missão de analisar, individualmente, no caso concreto a conveniência da aplicação ou não de medida tão grave. Não obstante se enquadrarem em uma mesma classificação jurídica, as situações fáticas variam em cada caso concreto, não podendo se admitir que a lei, genérica e abstrata, imponha uma solução jurídica única para situações potencialmente distintas.

Consoante o abordado na presente dissertação, o tema ainda envolve a discussão quanto a potencial lesão ao princípio da não-culpabilidade. Certamente, a presunção de inocência, assim como outros princípios constitucionais, não é absoluta, podendo admitir restrições, entre elas a imposição de medida privativa de liberdade do acusado anteriormente à sua condenação definitiva. Todavia, a necessidade de tal medida deve ser sempre extraída do caso concreto, com base na subsunção em preceitos legais genéricos e abstratos, nos moldes do atual art. 312 do CPP. Assim, melhor razão cabe à doutrina que defende, sob o prisma da presunção de inocência, que o réu somente poderia ser preso, antes de decisão final condenatória, por razões de comprovada necessidade “para fins de acautelamento dos interesses que fundamentam e legitimam a própria jurisdição penal”¹⁵⁹. Isto é, poderia a lei ordinária admitir ou não a liberdade provisória conforme circunstâncias concretas, não porém sempre vedá-la em caráter genérico para certa tipologia de delitos. Autorizar à lei a possibilidade de impor, em abstrato, a necessidade da

¹⁵⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Regimes Constitucionais da Liberdade Provisória**, p. 76.

custódia cautelar aos acusados da prática de determinadas tipologias de delitos, viola a idéia de que a presunção de inocência exige que o acusado não seja equiparado àquele sobre quem já pesa uma condenação definitiva.

Assim sendo, no confronto entre os preceitos constitucionais da inafiançabilidade do tráfico de drogas, da presunção de inocência e do direito à liberdade, deve prevalecer o posicionamento que conceda maior efetividade aos direitos e garantias fundamentais do cidadão, afastando as vedações absolutas e abstratas a situações que envolvam direitos, liberdades e garantias constitucionalmente previstas.

Por fim, não se poderia deixar de mencionar na presente dissertação, a rigorosidade do tratamento jurídico ao acusado do tráfico de drogas no Brasil. A manutenção da idéia de que a lei pode vedar abstratamente a concessão de liberdade provisória aos aprisionados em flagrante pela prática desse crime corresponde apenas a uma face da questão.

Certamente não se está aqui a fazer uma apologia ou uma defesa do tráfico de drogas, uma vez que os males e a violência por ele gerados são conhecidos por todos. Entretanto, não se pode simplesmente ocultar o determinismo exercido pela realidade social brasileira sobre aqueles que convivem em áreas tomadas pelo confronto diário com o tráfico. Acreditar que a prisão irrestrita de todos aqueles envolvidos com o tráfico de drogas resolve ou diminui o problema da criminalidade, da violência ou mesmo dos males de saúde pública a ele relacionados é ignorar o fato notório de que aquele que termina preso – ou permanece preso durante o curso do processo criminal – na maioria das vezes é o cidadão acometido pela pobreza e pela completa falta de oportunidades.

De acordo com recente pesquisa promovida pela Universidade Federal de Brasília e pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, a pedido do Ministério da Justiça, a maioria dos condenados por tráfico de drogas no país não pertence ao crime organizado, sendo a maior parte réus primários (55,2%), presos sozinhos (61,5%) e em posse de pouca quantidade de drogas (68,7% foram condenados por posse de quantidade de drogas inferior a 100g). Além disso, o estudo revelou ainda

que em 88,9% dos casos os condenados foram presos em flagrante e que 83,6% dos acórdãos proferidos pelos tribunais do DF e RJ são condenatórios¹⁶⁰.

Esta pesquisa revela os traços centrais da política criminal de combate às drogas no Brasil. É duvidoso que, conhecendo a realidade do sistema prisional brasileiro, a prisão do réu primário, definitiva ou provisória, possa exercer qualquer influência positiva sobre ele. Esta realidade escancara as funções repressivas e retributivas da pena, afastando qualquer intenção de ressocialização, reintegração ou reinserção do condenado. Assim, as prisões transformam-se em verdadeiros depósitos humanos onde a sociedade despeja os indesejáveis, pouco se importando sobre os efeitos trazidos pela referida medida.

Talvez o problema central do tráfico de drogas esteja na crença contínua de que este se resolverá com mais prisões e maiores punições, olvidando-se que o tráfico de drogas desenvolve-se principalmente em função da completa ausência de políticas sociais efetivas de combate à pobreza e ao desemprego. A prisão tornou-se solução única para o tráfico de drogas e este se tornou o principal responsável pelo crescimento do número de presos em todo o mundo¹⁶¹.

¹⁶⁰ Dados disponíveis em: <http://www.unb.br/noticias/unbagencia/unbagencia.php?id=2101>, acesso em 02/10/2009.

¹⁶¹ No Brasil, por exemplo, segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça, no final de 2008, 77.371 pessoas estariam cumprindo pena por tráfico ilícito de entorpecentes, representando o maior contingente dos 393.488 presos no país. No Paraná, dos 36.453 presos, 4.051 estariam relacionados ao tráfico ilícito de entorpecentes. Dados disponíveis em <http://www.mj.gov.br/depen>, acesso em 02/10/2009.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. **O Processo Penal Brasileiro**. 4. ed., v. 1. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1959.

BACILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo. **Comentários Penais e Processuais Penais à Lei de Drogas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BATISTA, Weber Martins. **Liberdade Provisória: modificações da Lei nº 6.416 de 24 de maio de 1977**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

CÂMARA, Luiz Antônio. **Prisão e Liberdade Provisória: lineamentos e princípios do processo penal cautelar**. Curitiba: Juruá, 1997.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão Cautelar: dramas princípios e alternativas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

DA SILVA, César Dario Mariano; ARRUDA, Eloísa de Souza. **A Lei dos Crimes Hediondos após a alteração de seu artigo 2º**. Disponível em www.conamp.org.br/index.php?a=mostra_artigos.php&ID_MATERIA=1237. Acesso em: 17 de julho de 2009.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Fiança Criminal e a Constituição Federal**. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, v. 670, ano 80, agosto de 1991.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____; STOCO, Rui (coord.). **Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial: Doutrina e Jurisprudência**. 2. ed., v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GOMES, Luiz Flávio. **Liberdade Provisória e Progressão de Regime nos Crimes Hediondos: a Nova Lei nº 11.464/2007**. In: Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal. Porto Alegre: Magister, ano III, n. 17, abr./mai. 2007.

_____. **Direito de Recorrer (Extraordinariamente) em Liberdade**. In: Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal. Porto Alegre: Magister, ano III, n. 17, abr./mai. 2007.

GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos: prevenção e repressão**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GUIMARÃES, Marcelo Ovídio Lopes (Coord.). **Nova Lei Antidrogas comentada – Lei nº. 11.343**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

JESUS, Damásio E. de. **Código de Processo Penal Anotado**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

KARAM, Maria Lúcia. **Escritos sobre a Liberdade: Proibições, Riscos, Danos e Enganos: as Drogas Tornadas Ilícitas**. v. 3. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **Escritos sobre a Liberdade: Liberdade, Presunção de Inocência e Prisões Provisórias**. v. 6. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **Escritos sobre a Liberdade: a Privação da Liberdade: o Violento, Danoso, Doloroso e Inútil sofrimento da pena**. v. 7. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A Monografia Jurídica**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LEVY, Leonard W. **The Origins of the Bill of Rights**. Yale University Press, 1999.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. 3. ed., v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. v. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **Crimes Hediondos e a Prisão em Flagrante como Medida Pré-Cautelar: Uma Leitura Garantista**. In: BONATO, Gilson (Org.). **Garantias Constitucionais e Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

MARCÃO, Renato. **Novas Regras para a Liberdade Provisória, Regime de Cumprimento de Pena e Progressão de Regime em Crimes Hediondos e Assemelhados: Lei 11.464, de 28 de Março de 2007**. In: Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal. Porto Alegre: Magister, ano III, n. 17, abr./mai. 2007.

_____. **Tóxicos: Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006 – Nova Lei de Drogas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2. ed., v. 3. Campinas: Millennium, 2003.

MARQUES, Marcelo Pereira. **Da Possibilidade de Concessão de Liberdade Provisória aos Crimes Hediondos e Delitos Equiparados, Inclusive para Fatos Pretéritos**. In: Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: nº. 26, jul./dez. 2007.

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

_____. **Nova Reforma do Código de Processo Penal: comentada artigo por artigo.** São Paulo: Método, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado: referências doutrinárias, indicações legais e resenha jurisprudencial.** 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **As Alterações na Lei dos Crimes Hediondos: a Lei nº 11.464/2007.** In: Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal. Porto Alegre: Magister, ano III, n. 17, abr./mai. 2007.

MORO, Sérgio Fernando. **Autonomia do Crime de Lavagem e Prova Indiciária.** In: Revista CEJ. Brasília: CEJ, ano XII, n. 41, abr./jun. 2008.

_____. **Crime de Lavagem de Dinheiro.** (texto não publicado até a presente data)

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e execução penal.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal.** 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

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

_____. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PEREIRA, Laydiane de Castro. **Prisão Cautelar: da possibilidade da concessão de liberdade provisória aos acusados da prática do delito de tráfico ilícito de entorpecentes.** In: Revista Justilex. Brasília: Justilex, ano VII, nº. 74, julho de 2008.

PIERANGELLI, José Henrique. **Processo Penal: evolução histórica e fontes legislativas.** Bauru: Jarovi, 1983.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ROCHA, Luiz Otávio de Oliveira; GARCIA BAZ, Marco Antônio. **Fiança Criminal e Liberdade Provisória.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SANGUINÉ, Odone. **Inconstitucionalidade da Proibição de Liberdade Provisória do Inciso II do Artigo 2º da Lei nº. 8.072 de 25 de julho de 1990.** In: Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, v. 667, ano 80, maio de 1991.

TORNAGHI, Hélio. **Compêndio de Processo Penal**. Tomo IV. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 23. ed., v. 3. São Paulo: Saraiva, 2001.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.