

ARTUR MACHADO DE MENESES FONTENELE

**A ADMISSIBILIDADE DA LIBERDADE PROVISÓRIA NOS
CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS PERANTE O STF**

Monografia apresentada junto ao Curso de Direito da Universidade Estadual do Piauí-UESPI, na área de Direito Penal, como requisito necessário para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Esp. Gellson da Silva Pereira

Aprovação em ___/___/___

Banca Examinadora:

Prof^a. Esp. Gellson da Silva Pereira

Prof. Raffael Pinheiro Araripe Monteiro

Prof. Dr. Mariano José Martins Lopes

Agradecimento

Agradeço aos meus pais, por oferecerem o suporte necessário para que eu pudesse alcançar este momento. A todos os meus professores, a UESPI, por, na medida do possível, me fornecer incentivo para seguir na batalha incessante dos estudos e, acima de tudo, agradecer à Deus, sem o qual não conseguiria sequer dar o primeiro passo nesta caminhada, e a minha mulher, companheira e amiga, Deni, por ser a peça final do quebra-cabeça da minha vida, que agora montado, é capaz de realizar qualquer objetivo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	02
RESUMO	05
ABSTRACT	06
CAPÍTULO I	07
CAPÍTULO II	16
CAPÍTULO III	29
CONCLUSÕES	43
METODOLOGIA	45
CRONOGRAMA	46
BIBLIOGRAFIA	47

INTRODUÇÃO

Abordando o tema “A Admissibilidade da Liberdade Provisória nos Crimes de Tráfico de Drogas Perante o STF” começa a tratar do conceito de crimes, desde a antiguidade. No capítulo I da presente obra, busca-se um conceito básico de crime, abordado em três aspectos: o formal, o material e o analítico.

O aspecto formal do crime partindo da mera subsunção, admitindo-se como crime tudo o que é previsto legalmente. Já o aspecto material é o que busca a essência do conceito de crime, partindo do aspecto sociológico de fato humano, de conduta, em si. Por fim, o aspecto analítico estabelece a estrutura do crime, associando aspectos materiais e formais.

A partir de estabelecido o conceito de crime, passa-se então a conceituar especificamente os crimes hediondos, abordando aspectos que os diferenciam dos crimes em geral, dentre eles, a sua lesividade mais acentuada, não só a vítima, mas na sociedade como um todo. Depois de estabelecido o conceito de crime hediondo, pode-se então formar a tipificação do crime de tráfico de drogas, por está contido dentro do rol daqueles delitos.

O capítulo II passa a abordar o conceito de Pena, como sanção diante de prática delitiva. aborda-se o conceito geral de pena, que aparece como reação natural imposta pelo Estado quando algum indivíduo pratica uma infração penal. A partir daí, podemos analisar o caráter histórico das penas, sob o prisma das diversas épocas da sociedade humana. Desde os primórdios da antiguidade, onde a pena possui um caráter exclusivamente retributivo, até o conceito moderno de pena, que possui o duplo efeito de punir e ressocializar.

Depois de estabelecidos os conceitos de pena, passamos a estudar seus gêneros, que são as penas privativas de liberdade e as penas alternativas, que têm sua aplicabilidade vinculada a princípios constitucionais a seguir delimitados, dentre eles os princípios da legalidade, anterioridade e proporcionalidade. No que tange a aplicação da pena, não se pode olvidar a análise do caráter legal,

constitucional, principiológico e social, onde o magistrado possui uma importância fundamental na chamada dosimetria da pena.

Por fim, o capítulo III, passamos a abordar o instituto da liberdade provisória, a princípio destrinchando o seu conceito, analisando os pressupostos do *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*, além da distinção entre o presente instituto e o do relaxamento de prisão, que cabe em casos de ilegalidade do recolhimento carcerário.

Além dos já citados pressupostos da liberdade provisória, também abordamos os requisitos de sua concessão, sendo com ou sem fiança, sem deixar de observar as formalidades de cada procedimento, que encontram-se definidos no Código de Processo Penal (CPP) em seus artigos 327, 328 e 341.

Após devidamente estudados os requisitos, passa então a observar as restrições referentes a concessão do instituto do livramento provisório, que até pouco tempo atrás estavam explicitamente previstos em diplomas legais, como o Estatuto do Desarmamento (Lei 10826/03) e a própria Lei de Drogas (Lei 11343/03), que até hoje permanece no seio do referido diploma, passando-se então a questionar o cabimento da manutenção de tal restrição, em caráter absoluto, uma vez que a tendência constitucional e jurisprudencial é a expurgação de todo o ordenamento jurídico pátrio, impeditivos absolutos da concessão de liberdade provisória, independentemente do crime praticado.

Ao finalizar, passamos a abordar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal a respeito da concessão ou restrição da liberdade provisória referente aos crimes de tráfico de drogas. Já que foi pacificado o entendimento, inclusive com respaldo legal (Lei 11464/07), que cabe liberdade provisória na prática de crimes hediondos. Não obstante isso, a Lei de Drogas permanece prevendo a total restrição do citado instituto referente ao crime de tráfico de entorpecentes, sendo este considerado também crime hediondo. Partindo então para o conflito de normas, passa o Supremo a posicionar-se diante da revogação tácita ou não da previsão de impossibilidade de liberdade provisória nos crimes de tráfico na Lei 11.343/03.

O estudo do presente tema tem por justificativa a atual situação social em que o Brasil se encontra no momento, onde há uma verdadeira antítese proveniente dos debates que surgem no seio da sociedade. Por um lado, o atual anseio da sociedade pelo meio deturpado de justiça defendido pelos meios midiáticos populares, que visam a repressão da criminalidade – que atualmente alcança patamares alarmantes no nosso país – unicamente pela via repressiva, onde não se há objetivos ressocializantes, onde só se anseia pela condenação do sujeito criminoso ao cárcere, sem observar a questões de proporcionalidade entre o delito e a pena.

Por outro lado, surge a problemática do atual regime prisional brasileiro, que estruturalmente não possui capacidade para alcançar uns dos objetivos da Pena no atual direito penal moderno, que é a ressocialização do criminoso e a sua reposição ao seio da sociedade, sem que haja riscos de reincidência na prática delituosa.

O objetivo geral deste trabalho é Caracterizar o instituto da liberdade provisória e entender o atual posicionamento do STF a respeito de sua admissibilidade nos crimes previstos na Lei 11.343/2006. Já os objetivos específicos são compreender os conceitos de Crime e de Pena, o Instituto da Liberdade Provisória, o conceito de Crimes Hediondos, além de debater sobre a constitucionalidade do artigo 44 da Lei 11343/2006 e sobre o atual posicionamento do STF a respeito da liberdade provisória nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes.

O trabalho foi realizado por meio de levantamento bibliográfico, sendo que a pesquisa foi efetuada por meio de livros, Constituição Federal, Códigos, artigos científicos e diversas publicações relacionadas ao tema.

RESUMO

Este trabalho de pesquisa visa trazer a estudo a questão da admissibilidade de Concessão do Instituto da Liberdade Provisória para o acusado de crime de tráfico de drogas perante o Supremo Tribunal Federal. O crime supracitado, cuja Lei nº 11.343/06 o define e estabelece normas para repressão é um tema que atualmente gera bastante controvérsia, por ser tipificado como crime hediondo, e, portanto também regulamentado pelo artigo 5º, XLIII da CRFB, e pela Lei 8.072/90, que trata dos crimes hediondos.

A respeito desta controvérsia, o Supremo Tribunal Federal vêm recentemente, mudando o seu posicionamento, passando a admitir a concessão da supressão da segregação cautelar e, conseqüentemente, considerando inconstitucional o dispositivo da Lei de Drogas que proíbe a concessão do instituto supra. Esta recente mudança de posicionamento do Tribunal Constitucional Brasileiro acabou por gerar vários debates dentre doutrinadores e demais operadores do Direito a respeito do tema, gerando um campo fértil para produção jurídica a respeito da citada inovação no entendimento jurisprudencial.

Ademais, interessante abordar a questão do Conceito de Crime e de Pena, este principalmente, pois se passou a abordar este instituto de uma forma diferente, não apenas com objetivo sancionatório, mas também como meio de ressocialização do autor de prática delituosa. Além do fato de que estes dois conceitos serem de fundamental importância para o melhor entendimento do Instituto da Liberdade Provisória, bem como o conceito de crime hediondo, especialmente no que tange o crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

Palavras-Chave: Crime, Pena, Liberdade Provisória, Tráfico de Drogas, Crimes Hediondos, Supremo Tribunal Federal

ABSTRACT

This research study aims to bring before the Supreme Court the issue of the admissibility of the Institute of Liberty Award for those who are provisionally accused of the crime of drug trafficking. The aforementioned crime, whose Law No. is 11.343/06 and sets the standards for prosecution, is an issue that currently generates a lot of controversy, as it is described as a heinous crime, and is therefore also regulated by Article 5 of CRFB XLIII, and Law 8072 / 90, which deals with heinous crimes.

Regarding this controversy, the Supreme Court has recently changed its position, by granting of precautionary removal of segregation and therefore being unconstitutional considering that the precept's Drug Law that prohibits the granting of the above institute. This recent change in position of the Brazilian Constitutional Court has generated several debates among scholars and other operators in the law on the subject, creating a fertile ground for legal production about the aforementioned change in jurisprudential understanding.

Also, another controversy to address is the concept of Crime and Punishment, which has mainly happened because the institute addresses this concept in a different way, not only with the objective of sanctions, but also as a means of reintegrating the author of criminal practice. These two concepts are of fundamental importance for a better understanding of the Provisional Freedom Institute, as well as the concept of heinous crime, especially regarding the crime of trafficking in narcotics.

Keywords: Crime, Punishment, Interim Liberty, Drug Trafficking, Heinous Crimes, Supreme Court

CAPÍTULO I

DA TEORIA GERAL DO CRIME

1.1. Considerações iniciais

Antes de desdobrarmos acerca do estudo do tema específico do presente trabalho, não podemos olvidar de fazermos um breve estudo acerca da teoria geral do crime, abordando seu conceito, sua evolução histórica, seus aspectos, a distinção entre Crime, Delito e Contravenção em nosso sistema legal, não necessariamente nesta ordem.

Segundo Rogério Greco, a Teoria Geral do Crime é: "a parte do direito penal que se ocupa de explicar o que é o delito em geral, quer dizer, quais são as características que devem ter qualquer delito." Na verdade a Teoria do Crime é o alicerce do Direito Penal, portanto, ter conhecimento sobre a sua origem, sua história, bem como seus principais doutrinadores, nos proporciona um substrato para formarmos uma base e termos mais segurança e entendimento ao abordar seus conceitos, teorias, caracteres e elementos.

1.2. Crime: Conceito, Aspectos Históricos e Distinções

A doutrina debita a Tibério Deciano, jurisconsulto italiano, a primeira formulação sistemática do delito, em 1590, em que definira o crime como: "fato humano proibido por lei, sob ameaça de pena, para o qual não se apresentava justa causa para a escusa."

Como forma de reprimir o crime, sempre fora imposta leis que definira as respectivas limitações e proibições; a pena tinha sido o meio usado pelas

autoridades em nome do Estado para impor contra àqueles que cometessem um delito.

Podem ser citadas como exemplo, as Leis das XII Tábuas, na Tábua II, no artigo 6º que dizia: “Se o ladrão durante o dia defender-se com arma, que a vítima peça socorro com altas vozes e se, depois disso, matar o ladrão, que fique impune.” O Código de Hamurabi, no artigo 6º que dizia: “Se alguém furta bens do Deus ou da Corte deverá ser morto; e mais quem recebeu dele a coisa furtada também deverá ser morto.”

Em verdadeira antítese ao modelo exclusivamente repreensivo da antiguidade, conforme exposto acima, a partir do final da Idade Média e início da Idade Moderna, passa-se a aplicar uma nova visão acerca do crime, onde este não pode ser visto como uma prática a ser exclusivamente punida, mas sim prevenida, evitada. A partir daí, surgem intelectuais, como Cesare Beccaria, que em sua obra “Dos Delitos e das Penas” prega que:

“É preferível prevenir os delitos a ter de puni-los; e todo Legislador sábio deve antes procurar impedir o mal que Recuperá-lo, pois uma boa legislação não é mais do que a arte De proporcionar aos homens a maior soma de bem-estar Possível e livrá-los de todos os pesares que se lhes possam Causar, conforme o cálculo dos bens e dos males desta Existência. Contudo, os processos até hoje utilizados são Geralmente insuficientes e contrários à finalidade que se propõem.” (BECCARIA, Cesare. *Dei Delitti e Delle Pene*.1764.)

Além de observarmos o conceito em si, importante também é conseguirmos compreender as distinções entre Crime, Delito e Contravenção. Entretanto, de antemão observamos que a distinção entre Crime e Delito só é aceita em alguns sistemas legais, como o francês. No Brasil e em países como Alemanha e Itália, o conceito é bipartido somente.

No que tange ao nosso ordenamento jurídico, a distinção entre Crime e Contravenção tem um cunho meramente político, já que o que distingue as duas espécies é tão somente a pena a ser aplicada em cada caso, ficando a distinção material ao bom alvitre do legislador. Podemos tomar como exemplo a conduta de porte ilegal de arma de fogo, que até 1997 era considerado crime, e daquela data em diante passou a ser considerado como contravenção.

A distinção legal pode ser encontrada no artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal:

"Art. 1º. Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente."

Todavia, as contravenções penais são infrações menos graves que os crimes, são delitos-anões (NELSON HUNGRIA), ofendem bens jurídicos não tão importantes quanto os protegidos ao se tipificar um crime.

Além da distinção entre crime e contravenção, é também interessante compreendermos as distinções entre Ilícito Penal e Ilícito Civil. Segundo

o entendimento de Rogério Greco, a rigor, não existe diferença entre eles. Ambos são infrações ao ordenamento jurídico posto. A diferença consiste, na verdade, em que o ilícito penal implica afronta aos bens jurídicos mais importantes da sociedade, o que justifica, assim, a atribuição de penas extremamente graves se comparadas às penalidades (e não penas) civis.

Após explicados os tópicos supracitados, podemos nos voltar ao estudo do conceito de crime. A doutrina classicamente denomina o crime como um fato típico, ou seja, um fato material que se amolda aos elementos constantes do modelo previsto na norma legal, e ilícito (antijurídico), que significa dizer que a conduta é contrária ao ordenamento jurídico. Segundo Capez, para compreendermos o conceito de crime, temos que abordar os seus três aspectos: o material, o formal e o analítico.

O aspecto material é aquele que busca estabelecer a essência do conceito, isto é, o porquê de determinado fato ser considerado criminoso ou não. Sob esse enfoque, crime pode ser definido como todo fato humano que, propositadamente ou descuidadamente, lesa ou expõe a perigo bens jurídicos considerados fundamentais para a existência da coletividade e da paz social. O conceito material do crime é a violação de um bem jurídico penalmente protegido, e alguns destes bens jurídicos tutelados estão positivados em títulos no Código Penal, como por exemplo: dos crimes contra a pessoa, dos crimes contra o patrimônio, dos crimes contra os costumes, dos crimes contra a administração pública, entre outras.

Já no aspecto formal, o conceito de crime resulta da mera subsunção da conduta ao tipo legal e, portanto, considera-se infração penal tudo

aquilo que o legislador descreve como tal, pouco importando o seu conteúdo. No conceito formal, seria uma contradição entre a lei penal e o fato praticado pelo agente, no entanto, este tópico não exaure o conceito de crime e como afirma Mirabete, este conceito alcança somente um dos aspectos do fenômeno criminal.

Sob este aspecto, temos os seguintes conceitos: "Crime é qualquer ação punível." (Giuseppe Maggiore). "Crime é uma conduta (ação ou omissão) contrária ao Direito, a que a lei atribui pena." (Manoel Pedro Pimentel).

O aspecto analítico é aquele que busca, sob um prisma jurídico, estabelecer os elementos estruturais do crime. A finalidade deste enfoque é propiciar a correta e mais justa decisão sobre a infração penal e seu autor, fazendo com que o julgador ou intérprete desenvolva o seu raciocínio em etapas. Sob esse ângulo, conforme explicitado anteriormente, crime é todo fato típico e ilícito. Dessa maneira, em primeiro lugar deve ser observada a tipicidade da conduta. Em caso positivo, e só neste caso, verifica-se se a mesma é ilícita ou não. Sendo o fato típico e ilícito, já surge a infração penal, ou o crime propriamente dito.

Para a maioria dos doutrinadores, o crime se configura quando a ação é típica, ilícita (antijurídica) e culpável. Alguns autores, como MEZGER e BASILEU GARCIA, dizem integrar esse grupo também a punibilidade. Para a maioria, entretanto, a punibilidade não faz parte do delito, sendo somente sua consequência. O conceito analítico de crime tem por função analisar cada um dos elementos constitutivos do delito, sem que com isso se queira fragmentá-lo. O crime é um todo unitário e indivisível. O crime é, portanto, todo fato típico, ilícito e culpável.

Para uma visão finalista, o fato típico é composto de quatro elementos:

- a) conduta (dolosa/culposa, omissiva/comissiva)
- b) resultado (nos crimes materiais)
- c) nexo de causalidade entre a conduta e o resultado
- d) tipicidade (formal e conglobante)

A ilicitude, por sua vez, é a relação de contrariedade, de antagonismo, que se verifica entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico. A licitude é encontrada por exclusão, ou seja, a ação só será lícita se o agente tiver atuado sob o amparo de uma das quatro causas excludentes da ilicitude do Código Penal (artigo 23):

"Art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito."

A doutrina aponta, ainda, além dessas causas legais de exclusão da ilicitude, uma causa supralegal, qual seja o consentimento do ofendido. Contudo, para que ele seja eficaz para afastar a ilicitude, alguns requisitos devem ser observados:

1. Que o ofendido tenha capacidade para consentir;
2. Que o bem sobre o qual recaia a conduta do agente seja disponível;

3. Que o consentimento tenha sido dado anteriormente ou simultaneamente ao ato.

Culpabilidade, por fim, é um juízo de reprovação pessoal que se faz sobre a conduta do agente. De acordo com a concepção finalista, integram a culpabilidade:

- imputabilidade;
- potencial conhecimento da ilicitude do fato;
- exigibilidade de conduta diversa.

1.3. Conceito de Crime Hediondo

Crime Hediondo diz respeito ao delito cuja lesividade é acentuadamente expressiva, ou seja, crime de extremo potencial ofensivo e que, além disso, possui uma maior reprovabilidade social. São crimes hediondos, de acordo com a lei 8.072/90 e suas alterações posteriores:

- I. Homicídio, quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente;
- II. Homicídio qualificado;
- III. Latrocínio;
- IV. Extorsão qualificada pela morte;
- V. extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada;
- VI. Estupro;
- VII. atentado violento ao pudor;
- VIII. Epidemia com resultado morte;
- IX. Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais;
- X. Genocídio.

De acordo com o art. 2º da Lei nº 8.072/90, os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo, equiparam-se aos crimes hediondos, para efeito de restrições a concessão de benefícios como graça, anistia, indulto e fiança, bem como o regime diferenciado de progressão de regime.

1.4. Crime de Tráfico de Entorpecentes: Tipificação

Conforme a Lei 11.343/2006, que estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, define em seu artigo 33, caput, pratica crime de tráfico de entorpecentes quem:

“Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”.

A Lei em tela, de cunho extremamente repressivo, visa a punir todo e qualquer ato que se coadune para a circulação de entorpecentes no seio social. Portanto, a lei de drogas surge como uma verdadeira ação de repreensão ao criminoso que fornece ou, de alguma maneira, auxilia a prática de tráfico de drogas, daí clara a enumeração extensa feita pelo legislador no artigo supra transcrito, embora este rol de condutas não seja exaustivo.

Não bastasse isso, a Lei, em seu artigo 44, prevê que:

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

É basicamente o mencionado artigo o cerne de todo o debate acerca do tema, e também o núcleo de onde nasceu este trabalho. Pois o legislador ordinário previu através deste dispositivo uma maior rigidez no cumprimento da pena referente ao crime de tráfico, gerando inclusive, restrições mais gravosas que as previstas no próprio texto da

CRFB, invadindo a competência constitucional, pois exclui a possibilidade de liberdade provisória do autor da prática delituosa prevista nos artigos citados no dispositivo supra da Lei 11.343/06, mesmo cumprindo os requisitos previstos no Código de Processo Penal para a concessão do benefício.

CAPÍTULO II

DO CONCEITO DE PENA E SUA APLICAÇÃO

1.1. Conceito e Origens da Pena

Conforme leciona Damásio de Jesus: “Pena é a sanção penal imposta pelo Estado, mediante o devido processo legal, ao autor de um fato típico e ilícito que foi reconhecido culpado, tendo como finalidade puni-lo e ressocializá-lo, bem como prevenir a prática de novas infrações mediante a intimidação penal.”

Diante do conceito de Damásio, observa-se que a aplicação da pena em direito penal possui basicamente duas finalidades, a de prevenção especial, que consiste no tratamento ressocializante e na punição ao infrator, e a prevenção geral, que visa desmotivar a prática de futuras infrações mediante a ameaça de coerção por parte do Estado-Juiz.

Seguindo o mesmo raciocínio anterior, a pena constitui um mal que o agente sofre em razão de um fato ilícito praticado, um delito, em prejuízo do bem comum da comunidade, onde a vítima trespassa a figura do sujeito passivo imediato (o que sofre diretamente a lesão), e acaba por atingir a sociedade como um todo, ofendendo um bem social geral.

Segundo Beccaria (1997, p. 16-17), tem-se que as penas foram instituídas como meio contra os infratores das leis, para garantir a soberania de uma nação e o respeito aos direitos e garantias individuais dos cidadãos, pois o homem, com sua tendência à tirania, procura retirar da massa comum sua porção de liberdade e ainda usurpar a dos particulares.

Na antiguidade, as penas possuíam um caráter estritamente retributivo, onde o agente paga pelo crime na mesma proporção do dano por ele gerado, seguindo a Lei de Talião: “Olho por olho, dente por dente”, que dominou durante séculos em diversas civilizações.

Entretanto, em uma visão modernista, a pena passou a ser vista como mecanismo de prevenção e repreensão daqueles que cometem delitos e têm por finalidade ressocializar o agente criminoso. Portanto, a pena deixou de possuir um caráter unicamente retributivo, e passou a apresentar características punitivas, onde o crime passa a ser repreendido, de forma a evitá-lo mediante coerção estatal, bem como características ressocializantes, onde o Estado utiliza de seu *jus puniendi* (Direito de Punir) não somente para repreender, mas para recuperar o agente criminoso, de forma a reinseri-lo na sociedade, fazendo com que este não volte a praticar delitos.

Em verdade, a pena é o resultado da evolução moral e ética dos povos em cada período da história, logo, poderíamos afirmar que tal instituto foi adquirindo um caráter de maior civilidade, pois, de acordo com cada cultura e localização das populações, normas e castigos eram estabelecidos. Não obstante a maior civilidade adquirida pelas sociedades modernas, não se pode olvidar de que a nova filosofia patrimonialista adquirida pelas novas civilizações tiveram importante contribuição na implementação de novas modalidades de pena, onde se deixou de abordar o caráter simplesmente retributivo, mas passou a abordar o caráter patrimonial, onde a defesa do patrimônio do cidadão passou a ser mais valorado, muitas vezes até, preterindo a defesa de outros bens imateriais, como a honra e a própria imagem.

1.2. Finalidades da Pena

A questão em torno da finalidade da pena criminal é antiga, tanto quanto a história do próprio Direito Penal. Discussões têm sido levantadas, todavia sem se chegar a um entendimento único, explicações surgiram de diversos lados, vindas da filosofia, da ciência do Direito Penal, da teoria do Estado, no entanto, as possíveis respostas acabaram levando a três teorias, as chamadas teorias absolutas, ligadas às doutrinas da retribuição ou da expiação, e as chamadas teorias relativas, divididas em dois grupos de doutrinas, isto é, as doutrinas da prevenção geral e as doutrinas da prevenção especial ou individual e, finalmente, a Teoria mista ou eclética, conforme leciona Capez (2011, p. 385). Iremos adiante abordar com mais precisão estas três teorias.

As teorias absolutas abordam a pena como sendo instrumento de retribuição, ou seja, a pena criminal funda-se na retribuição, expiação, reparação ou compensação do mal do crime. É certo que a pena pode gerar efeitos relevantes diversos, como por exemplo, o de intimidar os indivíduos, o de neutralizar os criminosos ou até mesmo o de ressocializar os infratores, contudo a sua natureza não se modifica, isto é, para Jorge de Figueiredo DIAS é a "justa paga do mal que com o crime se realizou, é o justo equivalente do dano do fato e da culpa do agente".

Por essa razão a aplicação da pena na medida correta para que ocorra a punição do indivíduo por um determinado fato não pode ocorrer em função de outros motivos sociais, mesmo que relevantes, que não sejam o da correspondência entre a pena e o fato cometido.

Uma das primeiras legislações penais no mundo a trabalhar o conceito de pena, sendo também um clássico exemplo de aplicação da teoria absoluta da pena, o Código de Hamurabi (XXIII a.C.), considerado por muitos autores como a codificação mais antiga, sendo o primeiro conjunto de leis de que se tem notícia.

De acordo com ensinamentos do Professor Aluisio Gavazzoni citado por Alessandro Máximo (2004, p. 21-29), no Código de Hamurabi prevalecia a Lei de Talião para os crimes, onde se retribuía o ilícito cometido na mesma proporção do mal causado, admitindo desde a composição em pequenos delitos patrimoniais, impondo-se ao infrator a obrigação de pagar o ofendido, com bens, armas ou dinheiro, até a punição com morte, conforme ensinamento de Pimentel (1983, p. 124), como podemos verificar em alguns artigos extraídos do Código de Hamurabi:

II – CRIMES DE FURTO E DE ROUBO, REIVINDICAÇÃO DE IMÓVEIS

Art. 8º - Se alguém rouba um boi ou uma ovelha ou um asno ou um porco ou um barco, se a coisa pertence ao Deus ou a Corte, ele deverá dar trinta vezes tanto; se pertence a um liberto, deverá dar dez vezes tanto; se o ladrão não tem nada para dar, deverá ser morto.

Art. 21. Se alguém arrombar uma casa, ele deverá ser condenado à morte na frente do local do arrombamento e ser enterrado.

Art. 25. Se acontecer um incêndio numa casa, e alguns daqueles que vierem acudir para apagar o fogo esticarem o olho para a propriedade do dono da casa e tomarem a propriedade deste, esta(s) pessoa(s) deve(m) ser atirada(s) ao mesmo fogo que queima a casa.

Art. 55 - Se alguém abre o seu reservatório d'água para irrigar, mas é negligente e a água inunda o campo de seu vizinho, ele deverá restituir o trigo conforme o produzido pelo vizinho.

Art. 57 - Se um pastor não pede licença ao proprietário do campo para fazer pastar a erva às ovelhas e sem o consentimento dele faz pastarem as ovelhas no campo, o proprietário deverá ceifar os seus campos e o pastor que sem licença do proprietário fez pastarem as ovelhas no campo, deverá pagar por junto ao proprietário vinte gur de trigo por cada dez *gan*.

Sob influência do princípio do talião 'olho por olho, dente por dente', assim como interferências de representações mitológicas durante a Idade Antiga e de racionalizações religiosas durante a Idade Média, tais teorias fundam-se na idéia de que justiça é um mandamento de Deus e que há legitimação da aplicação da pena retributiva pelo juiz, uma vez que este é o representante dessa justiça divina. Na Idade Moderna e Contemporânea essas teorias se firmam na filosofia do idealismo alemão de Kant, o qual considerava a pena e a lei penal como uma imposição a ser seguida.

Por sua vez as teorias relativas consideram a pena como instrumento de prevenção e, contrariamente às teorias absolutas, são teorias de fins. Têm noção de que a pena se traduz num mal para quem a recebe, no entanto, sendo um instrumento político-criminal destinado a atuar no mundo, não pode a pena resumir-se a isso, sendo privada de sentido social-positivo. Deve-se usar desse mal para atingir a finalidade de toda política criminal, qual seja, a prevenção ou profilaxia criminal. DIAS explana em sua obra as críticas às teorias relativas advindas dos adeptos das teorias absolutas, isto é, as penas quando aplicadas aos homens objetivando fins úteis que pretendam alcançar resultados sociais, estariam transformando esses indivíduos em objetos e conseqüentemente violariam a sua dignidade. Para o autor as críticas não

apresentam fundamento, uma vez que haveria ilegitimidade completa dos meios utilizados com a finalidade de atuação social.

Seguindo os ensinamentos de Capez (2011, p. 385), para a teoria relativa, a pena tem um fim prático e imediato de prevenção geral ou especial do crime (*punitur ne peccetur*). A prevenção é especial porque a pena objetiva a readaptação e a segregação sociais do criminoso como meios de impedi-lo de voltar a delinqüir. A prevenção geral é representada pela intimidação dirigida ao ambiente social (as pessoas não delinqüem porque têm medo de receber a punição).

De acordo com Bittencourt (1993, p.128-129), a teoria relativa foi alvo de inúmeras críticas, principalmente sobre a ressocialização do infrator. Ele cita Muñoz Conde que, ao ocupar-se da ressocialização do delinquente, conclui que a sociedade é que deveria se submeter à ressocialização, e não, o delinquente. Afirma que a ressocialização moral de um infrator não pode ocorrer, sob pena de lesionar fundamentos do Estado Democrático de Direito, uma vez que o Estado não possui legitimidade para impor aos cidadãos determinados valores morais. A teoria relativa também defendia o caráter humanista da pena e sua individualização, considerando aspectos particulares do indivíduo, permitindo melhor trabalho de retorno social do criminoso.

Por fim, a teoria mista (ou eclética), a pena tem a dupla função de punir o criminoso e prevenir a prática do crime, pela reeducação e pela intimidação coletiva (*punitur quia peccatum est et ne peccetur*). Sob este prisma, a aplicação da pena não possui um a finalidade principal única, pois seu objetivo é triplo, onde sua correta aplicação não deve tão somente punir, mas também prevenir a prática e

ressocializar o cidadão, de forma a buscar a redução dos índices de criminalidade a patamares próximos a zero. A teoria mista é nova e é a mais bem recebida atualmente pelos doutrinadores do Direito.

1.3. Tipos de Pena

As sanções penais dividem-se em basicamente dois gêneros: As penas privativas de liberdade e as penas alternativas, que por sua vez subdividem-se em duas espécies, sendo elas as penas restritivas de direitos e as penas de multa.

Como é de se notar, as sanções penais são aplicadas mediante gradação, que vêm a ser realizada conforme a gravidade da conduta delitiva praticada pelo criminoso.

Essa gradação é feita através das ponderações realizadas pelo juiz, acerca das diversas circunstâncias subjetivas e objetivas do crime, conforme se pode extrair do conteúdo do artigo 56 do Código Penal Brasileiro:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Todavia, este trabalho se resumirá apenas a abordar as penas privativas de liberdade, especialmente a espécie reclusão, uma vez que os crimes que estudamos aqui – previstos nos arts. 33, caput e § 1o, e 34 a 37 da Lei 11.343/2006 - são puníveis exclusivamente nesta modalidade de pena, devido o seu elevado grau de reprovabilidade social, bem como o seu potencial danoso acentuadamente elevado a sociedade.

Dentre as penas privativas de liberdade, em nosso Direito Penal pátrio encontraremos apenas três modalidades: reclusão, detenção e prisão simples. Para compreendermos a distinção entre as penas de reclusão e prisão é indispensável que saibamos os tipos de regimes prisionais vigentes em nossa legislação pátria, porque é justamente tais regimes que distinguem ambas as modalidades. Já a pena de prisão simples distingue-se das demais por ser aplicada unicamente e exclusivamente nas contravenções penais.

No Brasil, existem três regimes de cumprimento de pena privativa de liberdade, são eles o: Fechado, onde o delinquente cumpre a pena em estabelecimento penal de segurança máxima ou média. O semi-aberto, onde cumpre a pena em colônia penal agrícola, industrial ou em estabelecimento similar e por fim, o regime aberto, onde o criminoso trabalha ou frequenta cursos em liberdade, durante o dia, e recolhe-se em Casa do Albergado ou estabelecimento similar à noite e nos dias de folga.

Agora que já fora explicitado os diferentes tipos de regime prisional, podemos agora distinguir a pena de reclusão da pena de detenção, pois este possui

como regime prisional mais gravoso o semi-aberto, não havendo portanto, detenção em regime fechado, pois esta característica é exclusiva das penas de reclusão.

O que distinção legal entre as penas de reclusão e detenção está no art. 33 do Código Penal Brasileiro, conforme se segue:

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

§ 1º - Considera-se:

a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;

b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;

c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;

b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;

c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.

§ 4º O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais.

1.4. Dos Princípios da Aplicação da Pena

Conforme definição de Canotilho (1991, p.49), princípios são “núcleos de condensação nos quais confluem bens e valores constitucionais”, constituindo-se mandatos que obrigam a observação de seus comandos.

A evolução do Direito Constitucional culminou com a ideia hoje dominante de que os princípios jurídicos possuem o *status* de norma de direito, com positividade e efeito vinculante. Sobre o tema, Ruy Samuel Espíndola (2002, p.61) assevera que deve ser reconhecida a normatividade não somente aos princípios expressa e implicitamente contemplados no ordenamento jurídico, mas também, aos levantados pela doutrina e reconhecidos pelo julgador ao aplicar o direito.

A Constituição Federal do Brasil constitui um *sistema normativo aberto de regras e princípios*, segundo concepção de Canotilho (1991, p.171), ou seja, equilibrado, uma vez que composto de regras limitadoras e de princípios. Os princípios guardam os valores fundamentais de uma ordem jurídica, razão pela qual devem ser guia do intérprete, do operador do direito e do próprio legislador infraconstitucional.

Dentro deste contexto, reconhecendo-se a importância e a normatividade dos princípios constitucionais, cumpre destacar que o **princípio da dignidade da pessoa humana** norteia o ordenamento constitucional positivo brasileiro, como maior valor e universal do qual irradiam todos os demais direitos fundamentais protetivos.

Já explicitado alhures a definição de princípios e sua importância para o Direito como um todo, cabe agora apresentarmos alguns dos princípios básicos referentes à aplicação da pena, aos quais o Estado-Juiz deve vincular-se ao exercer tal mister. Alguns dos princípios encontram-se esculpido no próprio artigo 59 do CPB, bem como no artigo 5º da CRFB/88, são eles:

- **Princípio da Legalidade:** a pena deve estar cominada em lei (princípio da reserva legal – art. 5.º, XXXIX, da CF/88).
- **Princípio da Anterioridade:** a pena deve estar prevista em lei vigente ao tempo da infração penal (art. 5.º, XXXIX, da CF/88).
- **Princípio da Irretroatividade:** a pena não pode alcançar fatos anteriores a ela (art. 5.º, XL, da CF/88).
- **Princípio da Proporcionalidade:** a pena deve ser proporcional ao crime. A resposta penal do Estado deve ser proporcional à agressão.
- **Princípio da Individualidade:** a pena deve ser individualizada segundo as características de cada autor.
- **Princípio da Personalidade:** a pena não pode passar da pessoa do delinqüente (art. 5.º, XLV, da CF/88).
- **Princípio da Humanidade:** estão proibidas as penas cruéis que tragam castigos físicos, que acarretem infâmia para o condenado ou trabalhos forçados (art. 5º, XLVII, da CF/88).
- **Princípio da Inderrogabilidade:** é a certeza da aplicação da pena.

Também não se pode olvidar o princípio da presunção de inocência, explicitado no artigo 5º da CRFB, em seus incisos LIV e LVII, ministrando que ninguém será privado de sua liberdade sem o devido processo legal, bem como ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal

condenatória. Estes dogmas constitucionais visam proteger a liberdade do ser humano, sendo esta regra, e a privação do convívio social como exceção, observados todos os requisitos legais e o devido processo legal. Foi exatamente esta magna previsão internalizada pelo texto constitucional que fez nascer o questionamento acerca da previsão da inadmissibilidade da liberdade provisória nos crimes de tráfico de drogas, mesmo cumprindo os requisitos para a sua concessão, afinal seria o legislador ordinário capaz de inovar na ordem jurídica vigente ao ponto de invadir a competência constitucional, bem como usurpar a função do magistrado de apreciar o caso concreto para aplicar penas e conceder benefícios legais? Foi a partir deste questionamento que o Supremo Tribunal Federal passou a encarar o dispositivo da Lei 11.343/06, que impossibilitava a aplicação da liberdade provisória em crimes de tráfico, como ofensivo ao texto constitucional, sob o fundamento de que a lei ordinária deve obedecer a Constituição Federal como parâmetro, e se esta prevê a liberdade como regra, não pode o legislador comum inverter os valores, ao ponto de criar um regime criminal onde a regra é a presunção de culpabilidade, e não de inocência.

CAPÍTULO III

DO CONCEITO DE LIBERDADE PROVISÓRIA E SUA APLICAÇÃO REFERENTE AOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS CONFORME O STF.

1.1. Conceito

Depois de explanados e compreendidos os conceitos de crime e de pena, passamos agora ao estudo do instituto da liberdade provisória. Segundo Távora (CURSO DE DIREITO PROCESSUAL PENAL, 2010), a liberdade provisória é “um estado de liberdade, circunscrito em condições e reservas, que impede ou substitui a prisão cautelar, atual ou iminente. É uma forma de resistência, uma contracautela, para garantir a liberdade ou a sua manutenção, ilidindo o estabelecimento de algumas prisões cautelares.” Do conceito deste renomado autor, pode-se extrair duas afirmações: a primeira é que a liberdade provisória é uma forma cautelar de proteção a liberdade, uma vez que o status de inocência só pode ser ilidido com o advento da sentença condenatória transitada em julgado, a regra é a manutenção da liberdade, e a prisão cautelar só pode existir ou se perpetuar enquanto for necessária.

A segunda é que o instituto do livramento cautelar é aplicado somente em casos de prisão cautelar, ou seja, quando possui caráter preventivo, não havendo sentença condenatória que fundamente a prisão, esta só se estabelece com base dos pressupostos do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis* (art.

312, *in fine*, CPP). Ou seja, quando haja cumulativamente a prova da existência do crime, e os indícios suficientes da autoria, além de objetivar a conveniência da instrução criminal, a garantia da aplicação da lei penal e a garantia da ordem econômica. Esses requisitos são indispensáveis para aplicação do da prisão preventiva.

A liberdade provisória encontra-se prevista na Constituição Federal e no Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 5º, LXVI, da Constituição Federal – ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.

Art. 310, do Código de Processo Penal – 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 inoccorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (arts. 311 e 312).

Portanto, o instituto da liberdade provisória só é cabível quando aplicada a prisão cautelar, não cabendo quando for aplicada através de sentença condenatória. E para que seja admitida a suspensão da supressão cautelar da liberdade, deve-se obedecer alguns requisitos, a serem estudados no próximo tópico.

1.2. Requisitos

Para a concessão da liberdade provisória, pode ser exigida por parte da autoridade legal a prestação ou não de fiança por parte do preso, como uma

forma de garantia pela suspensão da privação de liberdade. Entretanto, por exigir mais formalidades para a concessão da liberdade, a prestação de fiança na liberdade provisória acabou por entrar praticamente em desuso, aplicando-se em regra, a modalidade de liberdade provisória sem fiança.

Já a liberdade provisória sem fiança, exige menos formalidades, sendo o meio mais adequado para assegurar ao indiciado a sua liberdade durante o deslinde inquisitorial do inquérito policial e do procedimento persecutório processual. Uma das condições de concessão da liberdade sem fiança é a necessidade da ausência dos requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, vistos anteriormente e que geram o caso de liberdade provisória com vinculação, já que o réu fica submetido aos requisitos legais previstos nos artigos 327, 328 e 341 do CPP, sendo eles:

Art. 327. A fiança tomada por termo obrigará o afiançado a comparecer perante a autoridade, todas as vezes que for intimado para atos do inquérito e da instrução criminal e para o julgamento. Quando o réu não comparecer, a fiança será havida como quebrada.

Art. 328. O réu afiançado não poderá, sob pena de quebração da fiança, mudar de residência, sem prévia permissão da autoridade processante, ou ausentar-se por mais de 8 (oito) dias de sua residência, sem comunicar àquela autoridade o lugar onde será encontrado.

Art. 341. Julgar-se-á quebrada a fiança quando o acusado:

I - regularmente intimado para ato do processo, deixar de comparecer, sem motivo justo;

II - deliberadamente praticar ato de obstrução ao andamento do processo;

III - descumprir medida cautelar imposta cumulativamente com a fiança;

IV - resistir injustificadamente a ordem judicial;

V - praticar nova infração penal dolosa.

Além da condição acima exposta, pode ser concedida liberdade provisória em outras circunstâncias, como a seguir se segue:

- Quando o fato for praticado sob o manto de uma causa excludente de ilicitude (art. 310, CPP), neste caso, também é modalidade de liberdade com vinculação;

- Quando o réu for pobre e não puder arcar com o valor da fiança (art. 350, CPP), havendo também vinculação aos artigos supracitados do Código de Processo Penal;

- Quando a infração for de pequeno potencial ofensivo e o agente comparecer imediatamente ao juizado especial criminal ou se comprometer a ele comparecer (art. 69, parágrafo único, da Lei 9099/95), também modalidade de liberdade com vinculação;

- Artigo 301 da Lei 9503/97 (CTB), neste caso, há liberdade provisória obrigatória e sem vinculação;

- Crime de uso de entorpecentes (art. 48, §§ 2º e 3º da Lei 11.343/2006), também obrigatória e sem vinculação;

1.3. Restrições a liberdade provisória

Depois de observados os requisitos para concessão do instituto da liberdade provisória, passamos agora a estudar as restrições que o legislador impõe a esta. Vale observar preliminarmente a conduta indevida do legislador, ao impor em Lei Ordinária, vedações absolutas que não são admitidas pelo texto constitucional, a partir daí, historicamente, através de modernas reformas na lei e da intervenção do STF, passou-se a expurgar do ordenamento jurídico pátrio as restrições taxativas e as vedações absolutas ao instituto da liberdade provisória, por serem inconstitucionais e ferirem a presunção de inocência, retirando do magistrado a atividade que lhe é peculiar na gestão da conveniência da medida.

Observa-se que as restrições podem existir, como acontece por comando da própria CF, que determina que a Lei considerará os crimes hediondos e assemelhados inafiançáveis, restringindo portanto, a modalidade afiançada de livramento provisório.

Contudo, vedação absoluta foge ao razoável. Vejamos algumas modalidades de liberdade provisória que possuíam vedações que impediam na totalidade sua concessão.

O Estatuto do Desarmamento (Lei 10826/2003) em seu artigo 21 vedava a concessão de liberdade provisória aos crimes de posse ou porte ilegal de arma de uso restrito (art. 16), comércio ilegal de arma de fogo (art. 17) e tráfico

internacional de armas (art. 18). Entretanto, o STF, apreciando a ADI-3137, declarou tal vedação incompatível com o texto constitucional. Nesta égide, tais infrações passaram a admitir livramento provisório sem fiança. Naquela oportunidade, consignou o eminente Ministro **Ricardo Lewandowski** que:

“(...) embora a interdição à liberdade provisória tenha sido estabelecida para crimes de suma gravidade, com elevado potencial de risco para a sociedade (...), liberando-se a franquia para os demais delitos, penso que o texto constitucional não autoriza a prisão ex lege, em face do princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF), e da obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisão pela autoridade judiciária competente (art. 5º, LXI, da CF). A prisão obrigatória, de resto, fere os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV), que abrigam um conjunto de direitos e faculdades, os quais podem ser exercidos em todas as instâncias jurisdicionais, até a sua exaustão” (DJ de 26/10/07).

Além dos crimes previstos no Estatuto do Desarmamento, a lei de crimes hediondos (lei 8072/90) também não admitia liberdade provisória sem fiança para os crimes inclusos neste rol, bem como os assemelhados (tráfico de drogas, dentre eles). Entretanto, após vários debates no Supremo, o legislativo acabou por editar a Lei 11.464/2007, que alterou o conteúdo do artigo 2º, II da lei 8072/90, passando então a admitir o livramento provisório para os referidos crimes, conforme nova redação exposta abaixo:

Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

I - anistia, graça e indulto;

II - fiança.

§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado.

§ 2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente. § 3º Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade.

§ 4º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade. (Alterado pela Lei nº 11.464, de 2007)

1.4 Da aplicação nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes

Por fim, não obstante a visível inconstitucionalidade na Lei 8072/90, que vedava de forma taxativa a liberdade provisória aos crimes hediondos e assemelhados, após a alteração feita pela Lei 11464/2007, que passou a admitir a supressão da privação da liberdade, através do citado instituto, passou-se a existir uma nova dissonância no ordenamento jurídico pátrio, uma vez que a lei 11.343/2003 em seu artigo 44, que prevê que "os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1o, e 34 a 37 desta lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos." A partir daí, surgiu a dúvida: qual dispositivo legal aplicar? O da Lei 8072/90, por ser mais benéfico, ou o da 11.343/2003, por ser lei específica em detrimento da geral?

Conforme posicionamento do Ilustre Professor Nestor Távora, esta discussão era totalmente infrutífera, pois o que se precisa levantar nesta situação é

a questão da razoabilidade: "precisamos interpretar o direito à luz da razoabilidade necessária, e se todos os crimes hediondos e assemelhados comportam liberdade provisória sem fiança não é admissível que só o tráfico de drogas não comporte". Se o estupro e o homicídio qualificado comportavam a liberdade provisória sem fiança o tráfico também tem que comportar.

Se analisarmos o desejo da Lei 11.343/06, ela trouxe para os traficantes de droga um tratamento pior, aumentando a pena, e para o usuário de substância entorpecente, praticamente descriminalizou a conduta, tipificando a conduta do usuário como prática de crime de menor potencial ofensivo, indo se submeter a admoestação verbal, a prestação de serviços comunitários ou a tratamento médico visando sua recuperação. Pondo um fim à questão, o Superior Tribunal de Justiça, apesar de não haver pacificidade jurisprudencial, construiu a decisão dizendo que quanto ao tráfico de drogas esta discussão é inglória porque a vedação da liberdade provisória para este crime decorre da própria Constituição Federal, já que ela afirma ser o tráfico crime inafiançável; indiretamente, o crime não comportaria liberdade provisória sem fiança, o que deixou as razões do acórdão extensíveis para os demais crimes hediondos.

1.5. Entendimento do STF acerca da aplicabilidade da liberdade provisória nos crimes de tráfico

A respeito deste questionamento, o STF já se posicionou de diferentes formas ao decorrer do tempo, chegando inclusive a afastar a possibilidade de incidência de liberdade provisória nos crimes previstos na Lei 11343/2006, como no caso a seguir, em que em decisão monocrática, proferida no dia 11.01.08 a

Ministro Cezar Peluso entendeu que a Lei 11.464/07, que modificou a lei dos crimes hediondos (Lei 8.072/90) para possibilitar a concessão de liberdade provisória aos autores de delitos hediondos e equiparados, não teria aplicação no caso do tráfico de drogas (crime equiparado). Para ele, tanto a CF/88 como a Lei 11.343/06 (nova lei de drogas) impede a aplicação do citado benefício (HC 91.556-STF). Segue abaixo trecho da decisão:

[...] Segundo a sentença condenatória prolatada em seu desfavor - e mantida em segunda instância -, "a ré era a destinatária da droga, apreendida na posse do réu Arango" (fl. 85), e proveniente da Colômbia. **Nos termos dos arts. 5º, XLIII, da Constituição Federal, e 44, caput, da Lei 11.343/06, o crime de tráfico ilícito de drogas não admite a concessão de liberdade provisória.** Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes: **HC 93.302, rel. Min. Cármen Lúcia, DJE 17.12.2007; HC 92.723, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 18.10.2007; HC 91.303, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 22.05.2007; e HC 89.089, rel. Min. Carlos Britto, DJ 01.06.2007.** 5. Ademais, a condenação imposta à ora paciente, como visto, já foi confirmada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, o que viabiliza a execução provisória da pena privativa de liberdade imposta. De fato, conforme já tive a oportunidade de manifestar no HC 85.886 (2ª Turma, DJ 28.10.2005), a condenação, "mantida em segundo grau de jurisdição, sujeita-se à execução provisória (CPP, art. 637), independentemente do trânsito em julgado, porque os recursos eventualmente cabíveis - especial e extraordinário - não têm efeito suspensivo". No mesmo sentido, confirmam-se os seguintes precedentes: **RHC 84.846, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 05.11.2004; HC 84.771, de minha relatoria, DJ 12.11.2004; HC 85.616, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 17.11.2006; HC 86.628, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 03.02.2006; e HC 91.675, rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 07.12.2007, este último assim ementado:**"HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. **CONDENAÇÃO PELO CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. NÃO-CONFIGURAÇÃO DE REFORMATIO IN PEJUS. HABEAS CORPUS DENEGADO.**1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de ser possível a execução provisória da pena privativa de liberdade, quando os recursos

pendentes de julgamento não têm efeito suspensivo.2. Não configurada, na espécie, reformatio in pejus pelo Tribunal de Justiça do Paraná. A sentença de primeiro grau concedeu ao Paciente "o benefício de apelar" em liberdade, não tendo condicionado a expedição do mandado de prisão ao trânsito em julgado da decisão condenatória.3. Habeas corpus denegado." 6. Ante o exposto, indefiro a liminar. Colha-se a manifestação da Procuradoria Geral da República. Publique-se. Brasília, 08 de janeiro de 2008. Ministra Ellen Gracie Presidente (RISTF, art. 13, VIII.) (grifos nossos)

No mesmo sentido, entende Ricardo Lewandowski, ao relatar o HC 97463, conforme ementa abaixo:

"EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. RELAXAMENTO. CRIME HEDIONDO. LIBERDADE PROVISÓRIA. INADMISSIBILIDADE. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL. DELITOS INAFIANÇÁVEIS. ART. 5º, XLIII, DA CF. ESPECIALIDADE DA LEI 11.343/2006. ORDEM DENEGADA. I - Os crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico são de natureza permanente. O agente encontra-se em flagrante delito enquanto não cessar a permanência. II - **A vedação à liberdade provisória para o delito de tráfico de drogas advém da própria Constituição, a qual prevê a sua inafiançabilidade (art. 5º, XLIII).** III - **A Lei 11.343/2006 é especial em relação à Lei dos Crimes Hediondos, não existindo antinomia no sistema jurídico.** IV - Ordem denegada.(HC 97463, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 06/10/2009, DJe-218 DIVULG 19-11-2009 PUBLIC 20-11-2009 EMENT VOL-02383-02 PP-00279 REVJMG v. 60, n. 191, 2009, p. 343-346)." (grifos nossos)

Todavia, ultimamente passou a pacificar o entendimento de que a liberdade provisória cabe aos crimes de tráfico de drogas, afastando a aplicação do artigo 44 da Lei de drogas. Dentre os precedentes, a ementa do HC 100.872, relatado pelo Ministro Eros Grau:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. PRISÃO EM FLAGRANTE. GRAVIDADE DO CRIME. REFERÊNCIA HIPOTÉTICA À POSSIBILIDADE DE REITERAÇÃO DE INFRAÇÕES PENAS. FUNDAMENTOS INIDÔNIOS PARA A CUSTÓDIA CAUTELAR. **VEDAÇÃO DA CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA AO PRESO EM FLAGRANTE POR TRÁFICO DE ENTORPECENTES [ART. 44 DA LEI N.**

11.343/06]. INCONSTITUCIONALIDADE. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA, DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ARTS. 1º, III, E 5º, LIV E

1. A jurisprudência desta Corte está sedimentada no sentido de que a gravidade do crime não justifica, por si só, a necessidade da prisão preventiva. Precedentes.

(...)

3. A vedação da concessão de liberdade provisória ao preso em flagrante por tráfico de entorpecentes, veiculada pelo artigo 44 da lei n. 11.343/06, consubstancia afronta escancarada aos princípios da presunção da inocência, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana [arts. 1º, III, e 5º, LIV e LVII, da CB/88]. Daí a necessidade de adequação desses princípios à norma veiculada no artigo 5º, inciso XLII, da CB/88.

4. A inafiançabilidade, por si só, não pode e não deve constituir-se em causa impeditiva da liberdade provisória.

5. Não há antinomia na Constituição do Brasil. Se a regra nela estabelecida, bem assim na legislação infraconstitucional, é a liberdade, sendo a prisão a exceção, existiria conflito de normas se o artigo 5º, inciso XLII estabelecesse expressamente, além das restrições nele contidas, vedação à liberdade provisória. Nessa hipótese, o conflito dar-se-ia, sem dúvida, com os princípios da dignidade da pessoa humana, da presunção de inocência, da ampla e do devido processo legal.

6. É inadmissível, ante tais garantias constitucionais, possa alguém ser compelido a cumprir pena sem decisão transitada em julgado, além do mais impossibilitado de usufruir benefícios da execução penal. **A inconstitucionalidade do preceito legal é Inquestionável.** Ordem concedida a fim de que a paciente aguarde em liberdade o trânsito em julgado da sentença condenatória. (Destacamos).

O mesmo ministro relator, em Março de 2010, voltou a defender a linha de raciocínio anteriormente exposta, em HC julgado pela segunda turma do STF, cujo teor segue abaixo:

“EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL, PROCESSUAL PENAL E CONSTITUCIONAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SEGREGAÇÃO CAUTELAR. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE SITUAÇÃO FÁTICA. LIBERDADE PROVISÓRIA INDEFERIDA COM FUNDAMENTO NO ART. 44 DA LEI N. 11.343. INCONSTITUCIONALIDADE: NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO DESSE PRECEITO AOS ARTIGOS 1º, INCISO III, E 5º, INCISOS LIV E LVII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. EXCEÇÃO À SÚMULA N. 691/STF.

1.(*omissis*)

2. Entendimento respaldado na inafiançabilidade do crime de tráfico de entorpecentes, estabelecida no artigo 5º, inciso XLIII da Constituição do Brasil. Afronta escancarada aos princípios da presunção de inocência, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana.

3. (*omissis*)

4. A inafiançabilidade não pode e não deve --- considerados os princípios da presunção de inocência, da dignidade da pessoa humana, da ampla defesa e do devido processo legal --- constituir causa impeditiva da liberdade provisória.

5. Não se nega a acentuada nocividade da conduta do traficante de entorpecentes. Nocividade aferível pelos malefícios provocados no que concerne à saúde pública, exposta a sociedade a danos concretos e a riscos iminentes. Não obstante, a regra consagrada no ordenamento jurídico brasileiro é a liberdade; a prisão, a exceção. A regra cede a ela em situações marcadas pela demonstração cabal da necessidade da segregação ante tempus. Impõe-se, porém ao Juiz o dever de explicitar as razões pelas quais alguém deva ser preso ou mantido preso cautelarmente.

6. Situação de flagrante constrangimento ilegal a ensejar exceção à Súmula n. 691/STF. Ordem concedida a fim de que o paciente seja posto em liberdade, se por al não estiver preso. (HC 100745 / SC)”

Neste sentido é que é defendida a inconstitucionalidade do supra transcrito artigo 44 da Lei de Drogas (também no que se refere à proibição genérica da liberdade provisória). Seu dispositivo contraria as ordens legal e constitucional ao

prever taxativamente que todos aqueles acusados pelo tráfico de drogas estão impossibilitados de serem agraciados com a liberdade provisória, independente das circunstâncias fáticas concretas. O legislador tentou usurpar aqui as funções dos operadores jurídicos concretos, especialmente do juiz.

Da mesma forma, o Ministro Celso de Mello, ao deferir a liminar requerida no HC n. 97.976-MG, DJ de 11/3/09, observou que o tema está a merecer reflexão por esta Corte. Eis, em síntese, a decisão de Sua Excelência:

"EMENTA: "HABEAS CORPUS". VEDAÇÃO LEGAL ABSOLUTA, EM CARÁTER APRIORÍSTICO, DA CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. LEI DE DROGAS (ART. 44). INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA AOS POSTULADOS CONSTITUCIONAIS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, DO 'DUE PROCESS OF LAW', DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA PROPORCIONALIDADE, VISTO SOB A PERSPECTIVA DA 'PROIBIÇÃO DO EXCESSO': FATOR DE CONTENÇÃO E CONFORMAÇÃO DA PRÓPRIA ATIVIDADE NORMATIVA DO ESTADO. PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ADI 3.112/DF (ESTATUTO DO DESARMAMENTO, ART. 21). CARÁTER EXTRAORDINÁRIO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE INDIVIDUAL. NÃO SE DECRETA PRISÃO CAUTELAR, SEM QUE HAJA REAL NECESSIDADE DE SUA EFETIVAÇÃO, SOB PENA DE OFENSA AO 'STATUS LIBERTATIS' DAQUELE QUE A SOFRE. IRRELEVÂNCIA, PARA O EFEITO DE CONTROLE DA LEGALIDADE DO DECRETO DE PRISÃO CAUTELAR, DE EVENTUAL REFORÇO DE ARGUMENTAÇÃO ACRESCIDO POR TRIBUNAIS DE JURISDIÇÃO SUPERIOR. PRECEDENTES. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA."

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

A inconstitucionalidade do preceito legal me parece inquestionável. -.

O Juiz negou a liberdade provisória ao paciente fundado tão-somente no artigo 44 da Lei n. 11.343/06 (fl. 25 do apenso — numeração do STJ).

Excepciono a Súmula 691/STF e concedo a liminar a fim de que o paciente seja posto imediatamente em liberdade, até o julgamento definitivo deste habeas corpus. Comunique-se. Publique-se. Brasília, 17 de setembro de 2009. Ministro Eros Grau. – Relator (Grifos Nossos)

Conforme observado nos precedentes, mesmo sendo lei especial, houve revogação tácita do artigo 44 da lei de drogas com o advento da lei 11.464/2007, alterando a lei de crimes hediondos. Se todos os hediondos e assemelhados comportam liberdade provisória sem fiança, o tráfico não foge à regra. A razoabilidade justifica a medida. Afinal, onde há a mesma razão, deve haver o mesmo direito. Como já salientado, é natural que caiba ao magistrado aferir no caso concreto a necessidade ou não do cárcere cautelar. Vedações peremptórias, dissociadas da análise do fato em exame, estão distanciadas da atual ordem constitucional e dos motivos que levaram o Congresso Nacional a alterar a Lei de Crimes Hediondos.

CONCLUSÕES

Diante das exposições, não se pode negar que é de grave inconstitucionalidade a vedação a liberdade provisória nos crimes de tráfico de drogas, haja vista o legislador não poder prever norma absoluta de privação de liberdade que a o texto constitucional não previu, agindo na contramão da norma maior, ao simplesmente ignorar os princípios explícitos na Carta Magna, dentre eles o da presunção de inocência e o da garantia do devido processo legal, bem como o da liberdade, que deve ser tomada como regra, devendo esta ser tolhida do cidadão somente após sentença penal condenatória transitada em julgado. Para que haja a manutenção no cárcere, deve haver este requisito, ou pelo menos indícios suficientes da materialidade e da autoria do crime para manter o indiciado preso, sem essas condições, a regra é a liberdade, não podendo haver uma vedação absoluta, sendo esta totalmente rechaçada pela Constituição.

Ademais, é imperioso que se possa diferenciar a moralidade subjetiva da objetiva; esta, que se respalda e se ampara nos ditames da lei, enquanto aquela em preceitos sociais individuais. É certo que para leigos, a moral subjetiva condena não só o traficante como também o Advogado que o defende, porém, há de se elencar que a garantia constitucional da ampla defesa e do contraditório é direito de qualquer cidadão, mesmo tendo cometido uma infração penal.

O que se tentou no presente trabalho não foi abrandar ou proteger o crime de tráfico ilícito de entorpecentes ou o traficante em si; é certo que tal crime não atinge uma única vítima, mas sim a sociedade como um todo, entretanto, o que

esperamos, é que se possa chegar a um verdadeiro e concreto Estado Democrático e Social de Direito onde a teoria e a prática se coadunem para trazer à realidade o que a Constituição fez questão de assegurar.

Não se pode olvidar também que, ao criar tais proibições peremptórias a liberdade provisória, o legislador acaba por invadir a competência do judiciário, pois cabe ao magistrado analisar a conveniência e a correta aplicação da lei processual e material ao fato concreto para aí sim estabelecer o cabimento ou não da liberdade provisória ao réu preso, uma vez que a lei não pode fugir dos seus atributos de abstração, pois ela não pode regulamentar de forma absoluta o caso concreto, que varia conforme as circunstâncias da prática da conduta delituosa.

Portanto, este atual posicionamento do STF deve ser mantido e pacificado, pois, ao nosso ver, bem como o da melhor doutrina pátria, o artigo 44 da Lei 11.343/2006 foi tacitamente revogado, não havendo mais restrições absolutas a concessão do instituto da liberdade provisória ao réu acusado do crime de tráfico de drogas, pois não há embasamento legal, tampouco jurídico para a manutenção do réu preso, sem haver real motivação para tanto.

METODOLOGIA

O termo pesquisa é utilizado para definir a atividade científica na qual se descobre a realidade. Para atingir este fim, existe diversas modalidades de pesquisa, dentre as quais destaca-se a natureza qualitativa do projeto, a qualitativa é utilizada quando se busca percepções e entendimento sobre a natureza geral de uma questão, abrindo espaço para a interpretação,é também pesquisa exploratória, discorre Antonio Carlos Gil(2008) como forma de familiarizar-se com um assunto ainda pouco conhecido, pouco explorado. Esta como qualquer pesquisa, ela depende também de uma pesquisa bibliográfica, que Marina de Andrade Marconi e Eva Maria Lakatos(1997) conceituam como "um levantamento de toda a bibliografia já publicada, em forma de livros, revistas, publicações avulsas". A finalidade desse tipo de pesquisa é colocar o pesquisador em contato direto com tudo aquilo que já foi escrito sobre determinado assunto.

O método de abordagem utilizado será o dedutivo que posto por Marina de Andrade Marconi e Eva Maria Lakatos(1997),é um método que parte das teorias e leis, na maioria das vezes prediz a ocorrência dos fenômenos particulares (conexão descendentes).

Assim propondo a pesquisa bibliográfica instrumento de coleta de dados será através da pesquisa em doutrinas jurídicas, Constituição Federal, Código de Processo Penal, bem como todas as leis ou artigos referidos ao tema.

CRONOGRAMA

ATIVIDADES DESENVOLVIDAS	2012										2013
	Mar	Abril	Maio	Jun	Jul	Agos	Set	Out	Nov	Dez	Jan
Definição do Tema	X										
Formulação do problema		X									
Formulação dos objetivos		X	X								
Introdução/ justificativa			X	X							
Metodologia/ Cronograma				X	X						
Levantamento bibliográfico					X	X	X	X	X	X	
Entrega da Monografia											X

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado; 1988.

BRASIL. Código Penal. **Vade Mecum RT 2009**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2009, 4ª. Ed. 507p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição, Editora Almedina. Coimbra- Portugal, ano 2000.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, volume 1: parte geral/ Fernando Capez. 12ª Ed: São Paulo: Saraiva, 2008.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 5ª Ed: São Paulo: Atlas, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. **Liberdade provisória no delito de tráfico de drogas**. Disponível em: <http://www.blogdoflg.com.br>. 29 de Maio de 2012;

GOMES, Luiz Flávio. DONATI, Patrícia. **Cabe liberdade provisória no tráfico de drogas? (Pensamos afirmativamente)** Disponível em <http://www.lfg.com.br> – 29 de Maio de 2012;

GOMES, Luiz Flávio. CUNHA, Rogério Sanches. **Cabe liberdade provisória no tráfico de drogas?**. Disponível em <http://www.iuspedia.com.br> – 29 de Maio de 2012;

GOMES, Luiz Flávio. SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. **Tráfico de drogas. Cabe liberdade provisória?** Disponível em <http://www.lfg.com.br> – 29 de Maio de 2012;

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**, parte geral. Vol. 1, 6ª edição atualizada e ampliada. Editora Impetus. Rio de Janeiro, ano 2006.

JESUS, Damásio E. **Código de Processo Penal anotado**. São Paulo: Saraiva.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**, 15ª edição atualizada e ampliada. Editora Saraiva. São Paulo, ano 2011.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia do trabalho científico**. 7ª Ed revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 2008.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal - 26ª Edição - Vol. 3 -** Editora: Saraiva Jur. Cursos – 2009.