

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
COGEAE

MARCO ANTONIO DOMINGUES

DA LIBERDADE PROVISÓRIA NO TRÁFICO
ILÍCITO DE DROGAS

SÃO PAULO

2010

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
COGEAE

MARCO ANTONIO DOMINGUES

DA LIBERDADE PROVISÓRIA NO TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* - Especialização da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal, sob orientação do professor Hugo Crepaldi Neto.

SÃO PAULO
2010

BANCA EXAMINADORA

Dedicatória

Aos meus pais, Marcos e Mirian, pelo amor, dedicação, apoio e pelo parâmetro que são em minha vida.

Ao meu irmão, Junior, pela paciência e ajuda nunca negada nas horas de maior dificuldade, não só neste trabalho, como em todos anos de estudo e vida.

À Juliana, minha namorada, pelo carinho, estímulo e confiança em mim depositados, que me dão suporte para enfrentar qualquer dificuldade.

A meus avós, por saber da alegria destes com meus sonhos e objetivos conquistados, e pelo orgulho incomensurável que sinto por eles.

Agradecimentos

A Deus, em primeiro lugar, pelo esplendor da vida, pela saúde e pela oportunidade, a mim abençoadas, proporcionando alcançar a plenitude da vida e realização dos sonhos.

Agradeço de forma especial ao professor Hugo Crepaldi Neto, pelo interesse sempre demonstrado para que o presente estudo se concretizasse da melhor forma possível, através de sua ajuda depreendida como ilustre orientador.

Aos demais professores pelos valiosos ensinamentos a mim prestados durante todo o curso. E também a todos que de alguma maneira contribuíram para a elaboração desse trabalho.

Por fim, agradeço a Nika e a Terinha, pela companhia e segurança que me proporcionaram tranquilidade para realizar esse trabalho mesmo nas madrugadas.

Meu muito obrigado.

Marco Antonio

RESUMO

A monografia tem por objetivo verificar se o legislador infraconstitucional extrapolou em suas atribuições quando cumpriu o mandado expresso de criminalização, previsto no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, frente aos demais ditames constitucionais.

Neste sentido, analisaremos a constitucionalidade dos dispositivos que vedam a concessão de liberdade provisória sem fiança para o crime de tráfico de drogas, previstos no artigo 2º, inciso II, da Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90, antes da alteração da Lei 11.464/07), e artigo 44, da Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06). E ainda, com o advento da Lei 11.464/07, se tais vedações continuam em vigor.

Para chegarmos à conclusão do presente estudo, analisaremos no capítulo 1 os princípios e direitos constitucionais inerentes ao caso em debate, o capítulo 2 trata da origem e o motivo da vedação, e no capítulo 3 se verificará a possibilidade ou não da concessão de liberdade provisória para o crime de tráfico de drogas.

Palavras-chave: Liberdade Provisória; Tráfico de Drogas; Princípios.

ABSTRACT

The paper aims to verify whether the legislature overstepped *infra* in their assignments when they fulfill the express command of criminality under Article 5, item XLIII of the Federal Constitution, compared to other constitutional principles.

In this sense, we analyze the constitutionality of the provisions which prohibit the granting of bail without bail for the crime of drug trafficking, referred to in Article 2, section II of the Heinous Crimes Law (Law 8072/90, before the amendment of Law 11.464/07), and Article 44 of the Drug Law (Law No. 11.343/06). And yet, with the advent of Law 11.464/07, if such prohibitions remain in force.

To get the conclusion of this study, we review in chapter 1 principles and constitutional rights inherent in the case under discussion, Chapter 2 deals with the origin and reason for the fence, and Chapter 3 will occur or not the possibility of granting bail to the crime of drug trafficking.

Keywords: Freedom Provisional; Drug Trafficking; Principles.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO 1 – PRINCÍPIOS E DIREITOS CONSTITUCIONAIS	10
1.1 Considerações Gerais	10
1.2 Conflito Entre Princípios Constitucionais, Direitos Fundamentais e Regras.....	12
1.3 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	15
1.4 Princípio da Legalidade.....	19
1.5 Princípio do Devido Processo Legal	22
1.6 Princípio da Proporcionalidade	23
1.7 Direito à Liberdade e o Princípio da Presunção de Inocência	26
CAPÍTULO 2 – DA VEDAÇÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA.....	33
2.1 A Suposta Origem Constitucional.....	33
2.2 O Movimento da Lei e da Ordem	33
2.3 A Origem na Lei Infraconstitucional.....	36
CAPÍTULO 3 – DA POSSIBILIDADE DE LIBERDADE PROVISÓRIA.....	41
3.1 Da Prisão Cautelar.....	41
3.2 Da Liberdade Provisória	44
3.2.1 Conceito	44
3.2.2 Espécies.....	45
3.2.3 Liberdade provisória com fiança.....	46
3.2.4 Liberdade provisória sem fiança e sem vinculação.....	49
3.2.5 Liberdade provisória sem fiança e com vinculação	50
3.3 Da Inconstitucionalidade da Norma Proibitiva de Liberdade Provisória no Tráfico de Drogas	54
3.4 Comparações com o Princípio da Individualização da Pena.....	64
3.5 Alterações Implementadas pela Lei 11.464/2007	67
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	70
BIBLIOGRAFIA	73

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal consagra explicitamente ou implicitamente os princípios basilares do Direito, e estabelece os direitos e garantias fundamentais do homem. E tem por fundamento máximo do Estado Democrático de Direito o princípio da dignidade da pessoal humana.

Diante da unidade da Constituição, não é aceitável que haja antinomia entre seus princípios, direitos ou normas, podendo ocorrer apenas aparentes conflitos, que se harmonizam através da interpretação, e valendo-se da proporcionalidade e razoabilidade.

Partindo deste estudo constitucional, dos princípios, direitos e garantias fundamentais, o presente trabalho visa à análise do alcance do inciso XLIII, do artigo 5º, da Constituição Federal, que estabeleceu maior rigor a determinados crimes, entre eles o tráfico de drogas, bem como, se o legislador infraconstitucional extrapolou o seu conteúdo quando do cumprimento do mandado de criminalização.

Portanto, analisaremos a origem e o motivo à vedação de liberdade provisória para o crime de tráfico de drogas, e a importância desta garantia para a pessoa e para o ordenamento penal.

E como núcleo central desse estudo, a análise da constitucionalidade dos dispositivos que vedam a concessão de liberdade provisória sem fiança para o crime de tráfico de drogas, previstos no artigo 2º, inciso II, da Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90, antes da alteração da Lei 11.464/07), e artigo 44, da Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06). E ainda, as implicações trazidas pela Lei 11.464/07. Sobre tais aspectos, há proibição à concessão de liberdade provisória sem fiança para o crime de tráfico de drogas? Pode haver tal vedação? É necessário haver a vedação à liberdade provisória de forma obrigatória, genérica e abstrata?

Buscando o equilíbrio e a justiça, o *jus puniendi* do Estado deve evoluir e se tornar cada vez mais eficaz, com atuação rigorosa frente os criminosos, principalmente contra crimes graves e organizações criminosas, porém sempre respeitando os direitos e garantias da pessoa humana, bem como os dogmas constitucionais.

CAPÍTULO 1 – PRINCÍPIOS E DIREITOS CONSTITUCIONAIS

1.1 Considerações Gerais

Os princípios constitucionais constituem o alicerce do ordenamento jurídico. Desenvolvem as diretrizes do sistema político-jurídico, tornando-se a base para todos direitos e garantias fundamentais estabelecidas na Constituição Federal, bem como para as normas estabelecidas na Carta Magna e nas leis infraconstitucionais.

Os princípios gerais de direito, segundo Marcus Cláudio Acquaviva¹ são: “os princípios que decorrem do próprio fundamento da legislação positiva, que, embora não se mostrando expressos, constituem os pressupostos lógicos necessários das normas legislativas”.

Das diretrizes estabelecidas pelos princípios constitucionais emanam normas cogentes que regulam o sistema jurídico, servindo como dogmas, o critério com o qual se afere a admissibilidade e validade das normas que se originam destes parâmetros estabelecidos pelos princípios.

Tais princípios podem ou não estar positivados, ou seja, estar explícitos ou implícitos na Constituição Federal, porém tal distinção não tem relevância, pois têm a mesma influência.

Os direitos fundamentais são diretamente derivados dos princípios constitucionais, e são direitos do ser humano, reconhecidos e explicitados no âmbito constitucional.

Difícil estipular com precisão a época do surgimento dos direitos fundamentais, porém o mais aceitável é que ocorreram na Magna Carta Inglesa, conforme o ensinamento de Rogério Tairar:

¹ ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. Dicionário Jurídico Brasileiro Acquaviva. 9ª ed., São Paulo: Jurídica Brasileira, 1998, pg 1013.

“Os direitos fundamentais surgiram no bojo do Direito Constitucional e têm seus precedentes mais remotos na Magna Carta Inglesa (1215) e no *Bill of Rights* (1689). O uso do termo “precedentes” afigura-se mais preciso porque os direitos fundamentais só lograram efetivo reconhecimento e implementação com o advento das revoluções liberais do século XVIII, antes do que só se pode falar de uma “gestação””.²

A doutrina, dentre eles: Norberto Bobbio; Ingo Sarlet; e Paulo Bonavides, classifica os direitos fundamentais em gerações, da primeira à terceira, e ainda há o posicionamento sobre o nascimento, ainda incipiente da quarta geração.

Os direitos fundamentais de primeira geração dizem respeito às liberdades públicas (com objetivo de resguardar o indivíduo contra os abusos do poder estatal); a segunda geração estabelecem os direitos sociais (encarregando o Estado de prestar serviços básicos ao cidadão); a terceira geração é a dos direitos de solidariedade (inserindo o ser humano em uma coletividade – titularidade difusa). Já os direitos de quarta geração, embora não pacificada sua existência, correspondem à institucionalização do Estado social em nível supranacional, alguns doutrinadores defendem ainda que tais direitos decorrem dos avanços no campo da engenharia genética.

Os direitos fundamentais têm diversas características, e três são as mais importantes, quais sejam: a irrenunciabilidade, a imprescritibilidade e a inalienabilidade.

Para se ter um verdadeiro Estado Democrático de Direito é necessário o total respaldo dos princípios constitucionais, como alicerce de todo ordenamento do sistema, e ainda efetiva garantia e respeito aos direitos fundamentais, tanto na eficácia vertical (Estado x Particular), quanto horizontal (Particular x Particular).

Sendo certo ainda, que os Princípios Constitucionais são fontes de todas normas jurídicas, bem como dos próprios Direitos Fundamentais, e, portanto, aqueles devem ser respeitados como base para toda criação jurídica, e estes devem ser protegidos para que a existência humana seja digna e garantida na essência.

² TAIAR, Rogério. A Dignidade da Pessoa Humana e o Direito Penal: A Tutela dos Direitos Fundamentais. São Paulo: SRS, 2008, pg 08.

1.2 Conflito Entre Princípios Constitucionais, Direitos Fundamentais e Regras

Tendo em vista a unidade da Constituição, parti-se do pressuposto que todos preceitos constitucionais são compatíveis e harmônicos entre si, não existindo antinomia entre princípios; e no mesmo sentido, entre os direitos fundamentais.

Para manter a coerência do sistema jurídico, que é um conjunto único e interligado, sem antinomias, os operadores do direito devem se valer da interpretação para sanar qualquer incompatibilidade momentânea na análise do caso concreto.

Porém, como tais institutos são estabelecidos e elaborados por seres humanos, pode haver pequenas divergências entre tais fontes do direito, mas mesmo assim não haverá contradição.

Desta forma, mesmo diante da supremacia dos princípios, estes não são absolutos, podendo ser relativizados e limitados por outros de mesma importância, para a solução do caso concreto.

E o mesmo pode ocorrer com os direitos fundamentais, em que pese sua inviolabilidade, estes podem no caso concreto estar em conflito com outros direitos da mesma categoria, e através da interpretação, o operador do direito deverá ponderá-los e aplicar um deles com o mínimo de lesão ao outro.

Conclui-se assim, que não existem antinomias entre os princípios constitucionais, e nem entre os direitos fundamentais, o que pode ocorrer são conflitos em determinados casos concretos, que serão solucionados através da interpretação e ponderação de tais preceitos.

Para a realização da ponderação, através da interpretação, Luís Roberto Barroso enumera alguns princípios para esta análise, quais sejam: Princípio da

supremacia da Constituição; princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos do Poder Público; princípio da interpretação conforme a Constituição; princípio da unidade da Constituição; e princípio da razoabilidade-proporcionalidade.³

O conflito entre regras constitucionais no caso concreto terá como solução, após a interpretação e ponderação o afastamento por completo de uma regra e aplicação da outra, mas sem exclusão daquela afastada do sistema jurídico.

Já a colisão entre regras infraconstitucionais acarreta consequências diferentes, pois existindo a antinomia, ainda através da interpretação, não só das regras opostas, mas de todo o sistema jurídico, chegará ao resultado de que uma regra será válida e a outra não válida, acabando com a antinomia.

Embora não devesse existir, pois todas regras devem emanar dos princípios constitucionais e assim estarem em conformidade e harmonia a estes, há casos ainda, de colisão entre os princípios, direitos ou normas constitucionais com regras infraconstitucionais, nestas hipóteses também não haverá apenas relativização e aplicação de um deles, ocorrerá à retirada do sistema jurídico de tal regra antônima à Constituição.

A conceituação de Luís Roberto Barroso para princípios e regras é de grande valia para o entendimento destes conflitos:

“Regras são, normalmente, relatos objetivos, descritos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações. Ocorrendo a hipótese prevista no seu relato, a regra deve incidir, pelo mecanismo tradicional da subsunção: enquadram-se os fatos na previsão abstrata e produz-se uma conclusão. A aplicação de uma regra se opera na modalidade tudo ou nada: ou ela regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida. Na hipótese de conflito entre duas regras, só uma será válida e irá prevalecer. Princípios, por sua vez, contêm relatos com maior grau de abstração, não especificam a conduta a ser seguida e se aplicam a um conjunto amplo, por vezes indeterminado, de situações. Em uma ordem democrática, os princípios freqüentemente entram em tensão dialética, apontando direções diversas. Por essa razão, sua aplicação deverá se dar mediante ponderação: à vista do caso

³ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 2003, pg 151.

concreto, o intérprete irá aferir o peso que cada princípio deverá desempenhar na hipótese, mediante concessões recíprocas, e preservando o máximo de cada um, na medida do possível. Sua aplicação, portanto, não será no esquema tudo ou nada, mas graduada à vista das circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato”.⁴

Neste sentido, é também o entendimento de José Joaquim Gomes Canotilho:

- “a) O grau de abstracção: os princípios são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstracção relativamente reduzida.
- b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? do juiz?), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação directa.
- c) Carácter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito).
- d) “Proximidade” da ideia de direito: os princípios são “standards” juridicamente vinculantes; [...] as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.
- e) Natureza normogenética: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a “ratio” de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função nomogenética fundamentante”.⁵

Constata-se, portanto, que embora o sistema jurídico seja único e ligado de forma lógica, podem existir conflitos na aplicabilidade do caso concreto, e dessa forma o operador do direito deverá interpretar tais dispositivos com observância no todo, e utilizar a ponderação para definir qual princípio, direito ou regra constitucional será aplicada, quando os institutos em conflito forem da mesma categoria.

E se a colisão acontecer entre regras infraconstitucionais, frente a dispositivos constitucionais, aquelas devem perecer. E ainda, se a antinomia for entre duas regras infraconstitucionais, uma delas deverá ser validada e a outra excluída do sistema, de acordo com as regras legais existentes.

⁴ BARROSO, Luís Roberto et al. A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 3ª ed., 2008, pg 338-339.

⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 5ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1991, pg 172-173.

1.3 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na nossa Constituição Federal é a norma hipotética fundamental, ou seja, é a norma mais importante, de onde todo o ordenamento jurídico é derivado.

Neste sentido, é classificado como o princípio constitutivo, configurador ou material.

Este é um princípio tão complexo, que se torna difícil conceituá-lo, sendo inclusive mais fácil dizer o que não é a dignidade do que ela é, ou até mesmo mais fácil demonstrar o que ela representa. Porém, uma das melhores definições sobre este princípio é a de Ingo Wolfgang Sarlet:

“Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”.⁶

Segundo o ensinamento de Miguel Reale, historicamente há três concepções de dignidade da pessoa humana: individualismo, transpersonalismo e personalismo.

O primeiro prega como ponto de partida o indivíduo, onde cada homem, cuidando de seus interesses, protege e realiza, indiretamente, os interesses da coletividade. Já o segundo, defende em primeiro plano a coletividade, afastando a pessoa humana como valor supremo. E o personalismo, rejeita as duas primeiras concepções, defende que a solução deve ser buscada em cada caso, onde terá a compatibilização entre os valores mencionados, ou a preeminência de um deles. Porém, prega que a pessoa humana, enquanto valor supremo, predomina sobre qualquer outro bem.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pg 60.

Em nossa Carta Magna está estabelecido que a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito, e estabeleceu como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, positivado no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III – a dignidade da pessoa humana”.⁷

Com a expressa disposição em nossa Constituição, como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana trouxe o reconhecimento de que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o oposto. Valendo-se assim, a dignidade da pessoa humana, como referencial avaliativo de qualquer atividade do Estado.

Os princípios constitucionais têm extrema importância, formando a base de todo ordenamento jurídico, e ainda mais relevante, é a posição do princípio da dignidade da pessoa humana no sistema jurídico, pois este serve como o alicerce, paradigma, e delimitador dos próprios princípios, e de todo ordenamento jurídico, do Estado e da sociedade.

Este princípio é a unidade máxima de valor do nosso ordenamento jurídico-constitucional, estabelecendo todas as diretrizes deste, e configurando-se como o único princípio absoluto.

O valor e qualificação da dignidade da pessoa humana é bem expressada por Ingo Wolfgang Sarlet:

“A qualificação da dignidade humana como princípio fundamental traduz a certeza de que o artigo 1º, inciso III, de nossa Lei Fundamental não contém apenas (embora também e acima de tudo)

⁷ ANGHER, Anne Joyce, organização. Vade Mecum acadêmico de direito. 6ª ed. São Paulo: Rideel, 2008, pg 35.

uma declaração de conteúdo ético e moral, mas que constitui norma jurídico-positiva dotada, em sua plenitude, de status constitucional formal e material e, como tal, inequivocamente carregado de eficácia, alcançando, portanto, a condição de valor jurídico fundamental da comunidade. Importa considerar, neste contexto, que, na sua qualidade de princípio e valor fundamental, a dignidade da pessoa humana constitui autêntico valor fonte que anima e justifica a própria existência de um ordenamento jurídico, razão pela qual, para muitos, se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa”.⁸

Com o reconhecimento do valor da pessoa humana, resultou a afirmação de direitos humanos intrínsecos a todo homem. Portanto, a dignidade da pessoa humana é também o núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Mais uma vez a lição de Ingo Wolfgang Sarlet é essencial para sedimentar tal entendimento:

“Em suma, o que se pretende sustentar de modo mais enfático é que a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferirmos). Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se á negando-lhe a própria dignidade”.⁹

Portanto, a dignidade da pessoa humana não é só fundamento, atuando como estrutura dos direitos fundamentais, mas também o objetivo final alcançado por estes.

Diante da análise da importância do princípio da dignidade da pessoa humana para o ordenamento jurídico, é ainda mais evidente a relevância que tem para o sistema penal.

O ordenamento penal deve ser totalmente pautado por este super princípio, influenciando para que aquele opere com respeito aos direitos humanos (ideal humanitário).

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pg 70.

⁹ Ibidem, pg 84-85.

Tal obediência deve abranger todos os elementos constitutivos do sistema penal (inclusive dos princípios constitucionais penais), em todas as atividades e instituições destinadas a assegurar os propósitos penais do Estado, desde a teoria criminal até a atividade carcerária, e a devida ressocialização.

O sistema penal reveste-se de caráter instrumental, e atua como um mecanismo de defesa de bens jurídicos essenciais e de garantia da obediência a um modelo de política criminal adotado. Neste sentido é o entendimento de Rogério Tair:

“Nessa perspectiva instrumental, o sistema penal se encarrega de dupla função. A primeira seria a de proteger os bens jurídicos mais relevantes contra os agentes violadores. A segunda seria a de assegurar que tanto essa proteção quanto a conseqüente aplicação da sanção penal ocorram sob a égide do paradigma político-criminal do Estado”.¹⁰

Tais funções do sistema penal devem sempre ser efetuadas a luz do princípio da dignidade da pessoa humana, até porque todos os princípios constitucionais penais e processuais penais são derivados e se fundamentam naquele, tais como: princípio da legalidade; princípio do devido processo legal; princípio do contraditório e ampla defesa; princípio da presunção de inocência; princípio da proporcionalidade; princípio da insignificância; princípio da intervenção mínima; princípio da responsabilidade pessoal; princípio da individualização da pena; e o princípio da humanidade.

Assim, podemos concluir que todos os demais princípios, direitos fundamentais, e regras constitucionais ou infraconstitucionais devem estar em perfeita harmonia com o princípio da dignidade da pessoa humana, ainda mais no âmbito do direito penal. E para isso, todos os operadores do direito devem pautar suas decisões e condutas neste super princípio, defendendo-o contra qualquer violação ou ameaça e lutar para sua efetiva aplicação, como forma de proteger o próprio Estado Democrático de Direito através do ser humano.

¹⁰ TAIAR, Rogério. A Dignidade da Pessoa Humana e o Direito Penal – A Tutela dos Direitos Fundamentais. São Paulo: SRS Editora, 2008, pg 78.

1.4 Princípio da Legalidade

Este princípio é a base do Estado de Direito, opondo-se a qualquer forma de poder autoritário. Está previsto no artigo 5º, inciso II da Constituição Federal, *in verbis*: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Tal dispositivo tem sentido diverso para o particular e para a administração. No âmbito das relações particulares pode-se fazer tudo o que a lei não proíbe; e em relação à administração, está só poderá fazer o que a lei permitir.

O princípio da legalidade não é restrito ao direito penal, mas sua importância maior é neste ramo do direito, tendo em vista os valores fundamentais envolvidos em seu conteúdo e função.

Assim, o Princípio da Legalidade Penal está tipificado em nossa Constituição Federal no artigo 5º, inciso XXXIX, *in verbis*: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Não é pacífica na doutrina a origem do princípio da legalidade, porém, da forma mais técnica, que é hoje o princípio no direito penal, podemos dizer que foi após a clássica obra de Cesare Bonesana (Marquês de Beccaria) denominada “*Dei delitti e delle pene*” (Dos Delitos e das Penas), publicado em 1764. Foi o jurista alemão Ludwig Anselm Von Feuerbach que em 1813 criou a fórmula latina conhecida como “*nullum crime e nulla poena, sine previa lege*”.¹¹

O Princípio da Legalidade Penal é um bem de muito valor para o ser humano, sendo imprescindível ao Estado Democrático de Direito, pois tem como função um dos principais entraves à intervenção estatal na esfera de liberdade do indivíduo. Embora o Estado tenha o poder do *jus puniendi*, não poderá executar como bem entender, e muito menos de forma absoluta e arbitrária, pois a legalidade estabelece

¹¹ LUISI, Luiz. Os Princípios Constitucionais Penais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, pg 20.

um obstáculo a este poder, determinando em quais situações será legítima a ação repressiva.

A principal vertente relacionada à Legalidade Penal é na denominada reserva legal, onde somente se tem a existência de crime e pena quando houver lei, no sentido estrito, e esta deve seguir os ditames constitucionais na sua elaboração (garantia formal).

Porém esta não é a única, este princípio compreende também a garantia substancial ou material, como bem esclarece Francisco de Assis Toledo:

“Lex praevia significa proibição de edição de leis retroativas que fundamentam ou agravem a punibilidade. Lex scripta, a proibição da fundamentação ou do agravamento da punibilidade pelo direito consuetudinário. Lex stricta, a proibição da fundamentação ou agravamento da punibilidade pela analogia (analogia *in malam partem*). Lex certa, a proibição de leis penais indeterminadas”.¹²

De outra forma, podemos desmembrar o princípio da legalidade em outras três vertentes: reserva legal, taxatividade, e na anterioridade da lei penal.

A primeira vertente corresponde ao fato de que somente a lei (em sentido estrito) pode definir crimes e cominar penas. A segunda determina a proibição a leis penais indeterminadas, definindo que o legislador estabeleça tipos penais claro e precisos, evitando a discricionariedade do julgador no momento de aplicar a lei penal, e ainda, para garantir com mais eficiência à função preventiva do direito penal. Tal vertente afasta também a aplicação da analogia “*in malam partem*”. A terceira vertente determina que a lei que prescreve o crime e a pena deve ser anterior ao fato que se quer punir, pois a pessoa deve ter previamente o conhecimento que a sua conduta realizada corresponde a um tipo penal.

Diante do exposto, verifica-se a importância do princípio da legalidade, em todas suas vertentes, como forma de garantir mecanismos contra o arbítrio e o uso ilimitado do Estado contra o bem e o direito de supra importância para assegurar o

¹² TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, pg 22.

princípio constitutivo da dignidade da pessoa humana, que é a liberdade da pessoa. Com o respeito ao princípio estudado temos como consequência um Estado garantido quanto à segurança jurídica.

Conclui-se, portanto, que as restrições à liberdade individual devem sempre estar sujeita ao princípio da legalidade, de forma inflexível. Então, qualquer hipótese de prisão que não corresponda às exceções previstas para se ter à restrição a liberdade individual (artigo 5º, incisos LXI, LXV e LXVI, da CF) será considerada ilegal e inconstitucional.¹³

Neste sentido, no caso de prisão em flagrante, quando da imediata comunicação a Justiça, ocorrerá à análise da necessidade da sua manutenção, caso contrário, acarretará na concessão da liberdade provisória. Sendo certo que a necessidade da manutenção da prisão, só estará configurada se houver a presença de alguma das hipóteses caracterizadoras da prisão preventiva, previstas no artigo 312 do Código de Processo Penal.¹⁴

Vale ressaltar, que o princípio da legalidade terá uma aplicabilidade mais justa e perfeita ao propósito do direito penal, se for respeitado pelo legislador o princípio constitucional implícito da intervenção mínima, pois, mesmo que o processo siga rigorosamente os ditames legais, este não terá um resultado harmônico com o sistema penal e inclusive constitucional se no caso concreto não fosse necessária à tutela penal (ofensa ao bem jurídico não for grave), ferindo assim o princípio da intervenção mínima.

A intervenção mínima funciona como um limitador ao legislador, onde este somente deve criar tipos penais se a ofensa ao bem jurídico for grave suficiente para a tutela penal, e quando outro ramo do direito não for suficiente para proteger determinado bem, diante destas afirmações, entende-se que o direito penal deve sempre ser a “*ultima ratio*”.

¹³ SANTOS, José Carlos Daumas. Prisões Cautelares e Liberdade Provisória no Processo Penal Brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito) - PUC/SP, 2009, pg 27-28.

¹⁴ Ibidem, pg 28.

1.5 Princípio do Devido Processo Legal

Este é um dos mais importante princípio da esfera processual, sendo consagrado em nossa Constituição Federal no artigo 5º, inciso LIV, *in verbis*: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Embora de extrema importância, a Constituição Federal de 1988 foi a primeira a estabelecer expressamente o devido processo legal. Tal princípio teve sua origem na Carta Magna da Inglaterra de 1215 (chamado de *by the law of the land*), posteriormente foi mencionado como o conhecido *due process of law*, tal garantia teve assento constitucional nos Estados Unidos da América na V Emenda, e XIV Emenda.

De forma mais restrita, este princípio corresponde apenas ao rigor formal que deve seguir o processo e procedimento. Garantindo que o acusado será investigado e processado conforme as leis em vigor, conforme também a legalidade processual.

Porém, de forma mais ampla, e correta, o princípio do devido processo legal tem uma abrangência e importância muito maior, relacionado inclusive com outros diversos princípios constitucionais e projetando uma série de garantias, tais como: do contraditório e ampla defesa; da igualdade; o direito a prova; da publicidade; juiz imparcial; obrigatoriedade das decisões motivadas; e proibição de provas ilícitas.

Se qualquer um desses princípios, direitos e garantias forem tolhidos na persecução penal, resultará numa violência ou constrangimento ilegal ao acusado e ao processo.

Neste sentido, podemos descrever o entendimento de Édson Luís Baldan:

“Por esse princípio, em síntese, garante-se ao acusado a plenitude de defesa, compreendendo o direito de ser ouvido, de ser informado pessoalmente de todos os processuais, de ter acesso à defesa técnica, de ter a oportunidade de se manifestar sempre depois da acusação e em todas as oportunidades, à publicidade e motivação das decisões, ressalvadas as exceções legais, de ser julgado perante o juízo competente, ao duplo grau de jurisdição, à revisão

criminal e à imutabilidade das decisões favoráveis transitadas em julgado. O devido processo legal tem como corolários a ampla defesa e o contraditório”.¹⁵

Diversos doutrinadores corroboram com este posicionamento, entre eles: Antonio Scarance Fernandes¹⁶; Guilherme de Souza Nucci¹⁷; Fernando Capez¹⁸; Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly¹⁹.

O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade e propriedade quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa.

Verificamos, que para alcançar a justiça e a compatibilidade harmoniosa com os princípios, e direitos e garantias fundamentais a investigação e o processo devem seguir pautados nos ditames legais, obedecendo às regras previamente estabelecidas e dando a oportunidade do acusado se defender em igualdade de condições, ou seja, só teremos uma decisão do processo justa se este for guiado pelas garantias estabelecidas a partir do princípio do devido processo legal.

1.6 Princípio da Proporcionalidade

É um princípio derivado, decorrente do princípio constitutivo e dos princípios fundamentais. Corresponde a proporção entre o bem jurídico lesado com a resposta do Estado.

Embora implícito em nossa Constituição Federal, este princípio é deduzido de vários dispositivos, dentre eles: art. 5º, inciso V, que assegura direito de resposta proporcional à ofensa; art. 5º, inciso XLVI, que garante penas proporcionais aos

¹⁵ BALDAN, Édson Luís. Tratado Temático de Processo Penal. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, pg 130.

¹⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. Processo Penal Constitucional. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pg. 47.

¹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo e Execução Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pg 85.

¹⁸ CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pg 37-38.

¹⁹ DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assad. Curso de Processo Penal. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pg 18.

delitos; art. 7º, incisos IV e V, prevê que o valor do salário mínimo seja compatível com as necessidades básicas do trabalhador, e ainda, que o piso de cada categoria deve ser proporcional ao tipo de atividade exercida.

O princípio da proporcionalidade é imprescindível em todo o ordenamento jurídico, e não apenas no âmbito penal, porém neste que tem maior relevância. Tem aplicação de diversas formas, tanto pelo legislador como pelo intérprete (operador do direito).

Em relação ao legislador, este deverá se pautar na proporcionalidade para a elaboração de normas, mesmo que em sentido abstrato, deve realizar a ponderação de valores, entre o bem jurídico protegido e a sanção prevista quando ocorrer lesão a este bem.

No mesmo sentido, o operador do direito também deverá realizar a ponderação de valores, só que aqui em relação ao caso concreto, executando essa ponderação através do princípio da proporcionalidade, que trás um guia à atividade interpretativa.

Conforme bem ensina Miguel Reale Junior:

“O princípio da proporcionalidade deflui do conjunto de princípios e direitos fundamentais explícitos na Constituição, a começar pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Emana, portanto, da proibição de penas cruéis, da determinação da individualização da pena que importa, no primeiro momento, em uma individualização legislativa de acordo com a natureza do bem jurídico tutelado e depois, quando da sentença, na busca da pena justa e proporcional à gravidade do fato e à culpabilidade do agente”.²⁰

Esse guia à atividade interpretativa é pautada por três subprincípios, quais sejam: da adequação; da necessidade; e da proporcionalidade em sentido estrito.

²⁰ Em conformidade com Miguel Reale Jr, em parecer ofertado, mas ainda não publicado, a pedido da Associação Brasileira dos Magistrados, p. 12: “o legislador penal está sujeito ao princípio constitucional da proporcionalidade, que diz respeito, portanto, não só à atuação do Executivo na sua atividade limitadora da liberdade dos administrados, mas referindo-se, também à elaboração legislativa”. Apud Eduardo Reale Ferrari. Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais – Visão Luso-Brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006, pg 598.

A adequação estabelece que a atividade do poder público deve ser apropriada para a consecução dos objetivos pretendidos pela Constituição Federal, ou seja, se o meio utilizado é apto ao que se deseja. Já o subprincípio da necessidade determina que o Estado deve sempre escolher o meio igualmente eficaz e menos oneroso ao cidadão e seus direitos fundamentais. E por fim, a proporcionalidade em sentido estrito exige que o Estado procure ponderar as vantagens e desvantagens da medida escolhida, e, assim, decidir pela tomada ou não do ato. Este princípio só deverá ser analisado após a observância dos dois outros anteriormente mencionados, pois, às vezes, apesar de a medida ser adequada e necessária, poderá não ser proporcional ao bem que irá ser lesado.

Outra importante função do princípio da proporcionalidade, já estudada anteriormente, diz respeito ao momento de quando há colisão entre os princípios ou direitos fundamentais, onde a análise e ponderação de qual instituto prevalecerá naquele determinado caso concreto é realizado sempre diante das diretrizes traçadas por este princípio.

Neste sentido é o entendimento de Willis Santiago Guerra Filho:

“Para resolver o grande dilema da interpretação constitucional, representado pelo conflito entre princípios constitucionais, aos quais se deve igual obediência, por ser a mesma a posição que ocupam na hierarquia normativa, preconiza-se o recurso a um “princípio dos princípios”, o princípio da proporcionalidade, que determina a busca de uma “solução de compromisso”, na qual se respeita mais, em determinada situação, um dos princípios em conflito, procurando desrespeitar o mínimo o(s) outro(s), e jamais lhe(s) faltando totalmente com o respeito, isto é, ferindo-lhe(s) seu “núcleo essencial”, onde se acha esculpida a dignidade humana”.²¹

Verifica-se pelo princípio da proporcionalidade que este é mais um dos mecanismos de defesa e garantia do cidadão, para se resguardar de abusos provenientes da função estatal frente aos direitos fundamentais inerentes a pessoa humana. Dessa forma, se houver alguma sanção ou restrição a direitos do cidadão que ultrapassem o razoável e proporcional diante do bem jurídico protegido e

²¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da Proporcionalidade e Teoria do Direito in Direito Constitucional – Estudos em homenagem a Paulo Bonavides. Ed. Malheiros, 2001. Apud Fábio Ramazzini Bechara. Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais – Visão Luso-Brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006, pg 926.

supostamente lesado estará configurada a inconstitucionalidade da presente norma ou decisão.

1.7 Direito à Liberdade e o Princípio da Presunção de Inocência

Visando alcançar o respeito ao princípio máximo da dignidade da pessoa humana, temos a liberdade como o segundo direito mais importante de todo ordenamento jurídico, sendo superado apenas pelo direito a vida. Podemos, inclusive, defender que o Estado de Direito é associado à vitória da liberdade individual.

Assim, o direito a liberdade deve ser tutelada de forma veemente e com especial proteção frente aos atos de ameaça ou de violação dos direitos fundamentais. Tal direito, por mais importante que seja não é absoluto, porém, suas restrições devem ser todas pautadas em obediência aos princípios, direitos e outros ditames constitucionais.

Neste sentido, vejamos o entendimento de Geórgia Bajer Fernandes de Freitas Porfírio:

“A Constituição em termos jurídicos é, então, garantia de liberdade formal e substancial. Formalmente, ela delimita as hipóteses e as condições em que a liberdade pode ser restringida. Substancialmente, ela institui a liberdade como valor fundamental, que pode ser restringido, nas hipóteses indicadas, mas nunca suprimido”.²²

Para melhor sedimentarmos essa questão, vejamos a definição do conceito de liberdade jurídica segundo a mesma doutrinadora:

“Para o direito processual, não serve uma definição de liberdade jurídica construída apenas a partir da ausência de limites ou proibições. Tal definição é residual. Considera a liberdade jurídica a partir da restrição da liberdade, portanto, do exercício do poder de restringir. Também não serve a assertiva de que a liberdade jurídica só se realiza mediante limitação das atividades estatais, exigindo-se

²² PORFÍRIO, Geórgia Bajer Fernandes de Freitas. A Tutela da Liberdade no Processo Penal. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, pg 50.

do Estado prestações negativas de não intervenção, pois o processo, por si só, é garantia de liberdade que se realiza por meio de prestações positivas por parte do Estado (dever de prestação jurisdicional). Assim, melhor é definir liberdade jurídica a partir da própria liberdade, em dimensão abrangente, tendo-se no processo uma forma de composição entre liberdades permitidas e liberdades proibidas”.²³

Como garantia ao direito de liberdade, o principal mecanismo de defesa do homem é através do consagrado princípio da presunção de inocência, previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Carta Magna, *in verbis*: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Diante da importância do bem jurídico protegido, tal garantia está positivada em diversos textos internacionais, incorporados por nosso ordenamento jurídico, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966, através do artigo 6º, n. 2, e artigo 14, n. 2; e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 1969, através do artigo 8º, n. 2, prevê: “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

O princípio da presunção de inocência é previsto ainda em diversos outros textos internacionais, vejamos alguns a seguir, e assim, observamos também um pouco de sua origem histórica, conforme os ensinamentos de Ricardo Alves Bento²⁴ e Antonio Magalhães Gomes Filho²⁵.

Ainda que se possam vislumbrar origens históricas mais remotas, especialmente por influência do Cristianismo, o princípio da presunção de inocência, regra tradicional no sistema da *common law*, insere-se entre os postulados fundamentais que presidiram a reforma do sistema repressivo empreendida pela Revolução Liberal do século XVIII.²⁶

²³ PORFÍRIO, Geórgia Bajer Fernandes de Freitas. A Tutela da Liberdade no Processo Penal. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, pg 48-49.

²⁴ BENTO, Ricardo Alves. Presunção de Inocência no Processo Penal. São Paulo: Quartier Latin, 2007, pg 27-52.

²⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais – Visão Luso-Brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006, pg 313-315.

²⁶ BENTO, Ricardo Alves. Presunção de Inocência no Processo Penal. São Paulo: Quartier Latin, 2007, pg 27.

O primeiro passo rumo a garantia da presunção de inocência e o processo mais humano frente ao sistema inquisitivo, que defendia a presunção de culpabilidade, foi dado por Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria, na obra *Dos Delitos e da Penas*, de 1764.

Vejamos a posição de Beccaria:

“Um homem não pode ser tido com culpado antes que a sentença do juiz o declare; e a sociedade apenas lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido que ele tenha violado as normas que tal proteção lhe foi dada”.²⁷

Porém, a positivação da presunção de inocência ocorreu pela primeira vez na França, através da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, previsto no artigo 9º: “todo o homem é considerado inocente, até o momento em que, reconhecido como culpado, se julgar indispensável a sua prisão: todo rigor desnecessário, empregado a efectuar, deve ser severamente reprimido pela lei”.

A Declaração dos Direitos Humanos da ONU, de 1948 é outro texto internacional que defendeu os direitos do homem com o objetivo de assegurar a dignidade da pessoa humana, e assim garantia o princípio da presunção de inocência, previsto em seu artigo 11: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa”.

Neste sentido, diversos outros importantes textos internacionais expressamente garantiram o princípio da presunção de inocência, tais como: Convenção Européia para Proteção dos Direitos do Homem (1950); Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966); Convenção Americana sobre Direitos Humano (1969); Convenção Européia de Direitos Humanos (1990); e Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia, 2000.

²⁷ BONESANA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Trad.: Alexis Augusto Couto Brito. São Paulo: Quartier Latin, 2005, pg 63.

Analisando o Direito Comparado, concluímos que o princípio da presunção de inocência está previsto expressamente em muitas Constituições estrangeiras, demonstrando uma valorização dos preceitos essenciais do respeito à pessoa humana na seara do processo penal. Nas nações regidas pelo Estado Democrático de Direito não poderia ser diferente, pois este princípio é imprescindível para respeitar o princípio da dignidade da pessoa humana.

Alguns dos países que constitucionalizaram o princípio da presunção de inocência, apenas de modo exemplificativo, são: Itália; Alemanha; Argentina; Estados Unidos da América; Espanha; Portugal; e França.

Vale ressaltar, que apenas os três últimos países citados, estabelecem expressamente a locução “presunção de inocência” na positivação do princípio, porém, tal diferença entre o termo usado não trás distinção quanto à abrangência do princípio, como bem ensina Antonio Magalhães Gomes Filho:

“Entende-se hoje que a presença ou não do termo “presunção” não altera o valor operativo do princípio, pois entre “inocente” e “não culpado” não há um terceiro significado intermediário que possa tornar equívoca a expressão; trata-se, na verdade, de uma figura de retórica (lítótes) que consiste em atenuar formalmente uma expressão negando a idéia contrária, mas reforçando-a na substância”.²⁸

Tal discussão também ocorreu entre nossos operadores do direito, pois nossa Constituição Federal também não prevê expressamente a locução “presunção de inocência”, porém, por meio do Decreto Legislativo nº 27 de 1992, que aprovou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), e o Decreto nº 678 de 1992, determinando seu cumprimento, acabou com a discussão, reforçando o entendimento do princípio da presunção de inocência, com a previsão do artigo 8º, 1, prevê: “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

²⁸ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais – Visão Luso-Brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006, pg 315-316.

O princípio da presunção de inocência é de tamanha importância, que podemos dizer que é um verdadeiro princípio, diante do fato de que seu conteúdo prescritivo abrange praticamente todas as acepções propostas para os princípios, conforme o ensinamento de Antonio Magalhães Gomes Filho, vejamos:

“Assim é que, em primeiro lugar, expressa uma norma geral – pela amplitude de seus destinatários e das situações em que pode ser utilizada – e vaga, cuja aplicação aos casos concretos supõe uma tarefa de interpretação tendente a eliminar possíveis dúvidas quanto à sua significação textual.

Ao mesmo tempo, como norma hierarquicamente superior, que consagra valores especialmente dignos de proteção no Estado de direito, a presunção de inocência estabelece uma diretriz a ser seguida em todas as atividades estatais concernentes à repressão penal, tanto a legislativa como as administrativas e judicial, orientando comportamentos e, especialmente, a seleção e interpretação de outras regras utilizadas na solução das hipóteses duvidosas.

Finalmente, o enunciado em questão também representa importante critério de sistematização do direito processual penal, favorecendo uma compreensão de seus institutos que se levem em conta os apontados valores de liberdade e dignidade da pessoa humana”.²⁹

A presunção de inocência tem ainda um grande valor como garantia, tutelando diversos direitos do indivíduo, abrangidos pelo direito a liberdade em sentido amplo, com objetivo de assegurar tais direitos frente ao poder punitivo do Estado, estabelecendo limites à atuação deste.

As principais garantias decorrentes da presunção de inocência são: garantia da jurisdicionalidade; garantia do *in dubio pro reo*; garantia de não realizar a auto-incriminação; garantia de tratamento do acusado como inocente; e garantia de preservação da liberdade do acusado durante o processo.³⁰

A garantia da jurisdicionalidade diz respeito ao complemento que há entre a presunção de inocência e o devido processo legal. A prova da culpabilidade do acusado só pode se configurar através de um processo regular e justo, no qual o confronto entre o poder punitivo estatal e o direito de liberdade do acusado seja feito em equilíbrio, mediante a união desses dois princípios.

²⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais – Visão Luso-Brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006, pg 315-316.

³⁰ Ibidem, pg 321-333.

O princípio do *in dubio pro reo* também é uma garantia decorrente da presunção de inocência, e tem como consequência a obrigação do ônus da prova por parte da acusação. Quando houver dúvida quanto à culpabilidade do acusado, não deve haver a intervenção do *jus puniendi*. Neste sentido, é melhor um culpado absolvido, do que um inocente condenado.

A garantia de não realizar a auto-incriminação também está relacionado ao fato do ônus da prova competir à acusação. E tem duas vertentes, a primeira é o direito ao silêncio sem que isso lhe implique algum prejuízo, inclusive previsto em nossa Constituição, no artigo 5º, inciso LXIII; e a segunda, é o direito do acusado não produzir provas contra si mesmo, ou seja, diante da premissa que o Estado que deve comprovar a culpa do acusado, então, aquele não pode exigir deste que coopere na obtenção das provas incriminadoras.

Por sua vez a garantia de tratamento do acusado como inocente, até o trânsito em julgado de sentença condenatória veda qualquer tipo de tratamento que impliquem identificação ou equiparação em sentido contrário. Diante desta garantia é proibida qualquer medida de restrição à liberdade do acusado, que não fosse absolutamente indispensável ao processo.

Por fim, a garantia de preservação da liberdade do acusado durante o processo pode ser considerada a tutela mais importante deste princípio, pregando a liberdade pessoal do acusado. Porém, não de forma absoluta, tendo em vista que há possibilidade de restrição da liberdade (prisão processual), com fundamento constitucional no artigo 5º, inciso LXI.

O fundamento máximo dessa garantia tem por objetivo assegurar que nenhuma limitação à liberdade pessoal do acusado ocorra como forma de antecipar a sanção. Desta máxima, surgem duas importantes implicações, bem defendida por Antonio Magalhães Gomes Filho:

“Isso implica, em primeiro lugar, excluir a possibilidade de qualquer tipo de “execução provisória” do julgado penal, pela evidente

contradição com a presunção de inocência, especialmente diante das intromissões que o denominado tratamento penitenciário estabelece nas esferas mais íntimas da personalidade do sujeito. Num segundo momento, significa não admitir qualquer forma de prisão anterior à condenação que seja determinada como corolário automático da imputação, como ocorre nas hipóteses de prisão preventiva obrigatória ou, ainda, nas situações em que a liberdade provisória é vedada, afastando-se assim a possibilidade de aferição da necessidade da prisão no caso concreto pelo órgão jurisdicional. Pela mesma razão, igualmente inaceitáveis, diante da garantia examinada, as prisões processuais determinadas pela gravidade do delito ou, como prevê a Lei 7.492, de 1986, em face da magnitude da lesão causada pelo crime”.³¹

Podemos ainda abstrair dessa garantia, os limites impostos ao legislador na elaboração de hipóteses legais de prisão processual, evitando a banalização da exceção, transformando-a em regra, e assim evitando por consequência as antecipações da punição.

Conclui-se, portanto, que a garantia à liberdade do acusado durante o processo deve ser respeitada, salvo se houver real e comprovada necessidade da restrição cautelar por exigências processuais.

Em decorrência da presunção de inocência surge outro princípio coligado ao direito à liberdade, qual seja, o princípio do *favor rei*, expondo que, em função do conflito entre o *jus puniendi* do Estado e o *jus libertatis* do acusado, deve a balança inclinar-se a favor do acusado. Neste sentido, o posicionamento de Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly:

“Tal princípio, isto é, do favor rei ou *favor libertatis*, é decorrência e desdobramento da presunção do estado de inocência. No conflito entre o *jus puniendi* do Estado e o *status dignitatis* do imputado deve prevalecer este último. Na dúvida, impõe-se a absolvição; proíbe-se a *reformatio in pejus* (para o réu) e consagram-se alguns recursos e outros institutos exclusivos da defesa: embargos infringentes, de nulidade, protesto por novo júri e revisão criminal”.³²

³¹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais – Visão Luso-Brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006, pg 330-331.

³² DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. Curso de Processo Penal. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pg 06.

CAPÍTULO 2 – DA VEDAÇÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA

2.1 A Suposta Origem Constitucional

No artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, foi restringido direitos e garantias, previstos e assegurados na própria Carta Magna, *in verbis*:

“Art. 5º, XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”.³³

Para quem defende a possibilidade da vedação de liberdade provisória prevista em leis infraconstitucionais, fundamenta a constitucionalidade da restrição neste artigo.

Vale ressaltar, que não há previsão expressa nesse sentido. A vedação positivada é em relação à fiança e não a liberdade provisória.

Porém, a tese dos defensores desta posição, prega que se o dispositivo constitucional vedou o “menos”, que seria a liberdade provisória com fiança, por conseguinte teria vedado o “mais”, a liberdade provisória sem fiança.

Com a devida vênia, cuida-se de tese juridicamente equivocada, que será objeto de maior aprofundamento mais adiante.

2.2 O Movimento da Lei e da Ordem

O movimento da *Law and Order* (lei e ordem) surgiu pela primeira vez nos Estados Unidos da América na década de setenta, e é de natureza político-criminal. Tal movimento tem como fundamento o direito penal máximo, conhecido também

³³ ANGHER, Anne Joyce, organização. Vade Mecum acadêmico de direito. 6ª ed. São Paulo: Rideel, 2008, pg 38.

por direito penal do inimigo, objetivando a extinção das condutas nocivas, com a eliminação do crime, da criminalidade e o criminoso.

Assim, os legisladores constituintes na ânsia de combater a crescente criminalidade violenta dos últimos anos (anteriores a 1988) se posicionaram com base neste movimento para elaborar o dispositivo em estudo (art. 5º, inc. XLIII), ou seja, o movimento da lei e da ordem, foi o fundamento político-ideológico do dispositivo constitucional. Tal posicionamento é avalizado por Alberto Silva Franco:

“O que teria conduzido o legislador constituinte a formular o inc. XLIII do art. 5º da Constituição Federal? O que estaria por detrás do posicionamento adotado? Nos últimos anos, a criminalidade violenta aumentou do ponto de vista estatístico; o dano econômico cresceu sobremaneira, atingindo segmentos sociais que até então estavam livre de ataques criminosos; atos de terrorismo político e mesmo de terrorismo gratuito abalaram diversos países do mundo; o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins assumiu um gigantismo incomum: a tortura passou a ser encarada como uma postura correta dos órgãos formais de controle social. A partir desse quadro, os meios de comunicação de massa começaram a atuar, movidos por interesses políticos subalternos, de forma a exagerar a situação real, formando a idéia de que seria mister, para removê-la, uma luta sem quartel contra determinadas formas de criminalidade ou determinados tipos de delinquentes, mesmo que tal luta viesse a significar a perda de tradicionais garantias do próprio Direito Penal ou do Direito Processual Penal. Surgiram, então, por influxo da mídia manipulada politicamente, manifestações em favor da *law and order*”.³⁴

Este movimento considera a criminalidade uma doença infecciosa a ser combatida e o criminoso um ser daninho, frente ao cidadão honesto, portanto, a justiça teria por objetivo eliminar o primeiro, mesmo que para isso tenha que ferir os direitos fundamentais da pessoa.

Na intenção de restabelecer a lei e a ordem, tal movimento defende, dentre outras atitudes, a criação de novos tipos penais, a intensificação de cominações de tipos penais já existentes, a produção de leis especiais a determinadas tipologias, a eliminação de garantias processuais, enfim, defende que força maior deve ser dada à máquina repressiva.

³⁴ FRANCO, Alberto Silva. Crimes Hediondos: notas sobre a Lei 8.072/90. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, pg 28-29.

Nesta toada que o legislador constituinte elaborou este dispositivo restritivo de direitos, obedecendo ao apelo popular e a pressão dos meios de comunicação, porém, sem realmente analisar a necessidade e principalmente sua eficácia.

O ensinamento de Alberto Silva Franco trás relevante ilustração para esse entendimento:

“o legislador constituinte, sob o impacto dos meios de comunicação de massa, dramatizou a realidade, esquecido de que a violência é cíclica e de que, enquanto o mundo for mundo, sempre haverá, a sacudi-lo, ondas maiores ou menores, de violência. Assim, em nome do movimento da “Lei e da Ordem”, além de criar uma categoria nova de delitos (os crimes hediondos), equiparou-se a outras espécies criminosas (tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo), eliminou garantia processual de alta valia (fiança), vedou causas extintivas de punibilidade expressivas (anistia e graça) e, afinal, atribuiu ao legislador ordinário a incumbência de formular tipos e cominar penas, numa luta contra o crime, sem descanso, mas fadada ao insucesso, por seu irracionalismo, passionalidade e unilateralidade”.³⁵

Diante do exposto, conclui-se, que por estes motivos que o dispositivo tornou-se tão polêmico e de difícil solução para o legislador infraconstitucional, pois restringiu diversos direitos e garantias fundamentais frente ao poder do *jus puniendi*, apresentou também, na parte final do dispositivo, uma omissão penalmente relevante de forma errônea, e ainda determinou a criação de novos tipos, pois o único tipo anteriormente previsto era o do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.

Foi previsto que: “por eles respondendo (...) e os que, podendo evitá-los, se omitirem”. Tal definição para responsabilidade penal por omissão está totalmente equivocada, pois a obrigação de evitar não é configurada somente na possibilidade de fazê-lo, mas quando o omitente tem o dever de fazer algo.

Dos crimes previstos neste dispositivo constitucional, o único que já era tipificado anteriormente é o de tráfico ilícito de drogas, através da Lei nº 6.368/76.

³⁵ FRANCO, Alberto Silva. Crimes Hediondos: notas sobre a Lei 8.072/90. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, pg 34.

2.3 A Origem na Lei Infraconstitucional

Seguindo o mandato constitucional de criminalização expresso, previsto no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, foi criada a Lei nº 8.072 de 25 de julho de 1990, Lei dos Crimes Hediondos.

Embora o legislador infraconstitucional tivesse o dever de atender a este mandato de criminalização, esse não foi o principal motivo para a elaboração da presente lei.

E da mesma forma que o preceito constitucional foi criado, a lei que lhe deu aplicabilidade também teve como fundamento de sua elaboração a pressão externa, e não por fundamentos jurídicos e pautada na eficácia real.

Tendo em vista que a criminalidade ainda estava em crescimento, e com mais divulgação pelos meios de comunicação, diante das recentes extorsões mediante seqüestro que haviam acontecido com figuras importantes da elite econômica e social do país, tais como, Abílio Diniz e Roberto Medina.

Assim, diante das várias manifestações públicas a favor de maior repressão e combate à violência, devido a estes casos notórios e vitimando personagens influentes na mídia nacional, esta também, de forma sensacionalista exerceu forte pressão, pois via no crime a razão de ser das insatisfações humanas e no direito penal a panacéia das desilusões e fracassos da sociedade, e assim, o legislador diante das pressões difusas não soube resistir, e foi aprovada a citada Lei dos Crimes Hediondos, com total influência do movimento da Lei e da Ordem.

Desta forma, e como tudo que é feito de forma passional, às pressas, sem o devido estudo e debate, e ainda com uma pressão irracional, a lei foi incorporada ao nosso sistema jurídico de forma imperfeita e cheia de falhas.

A lei em estudo não se encaixa nos parâmetros alcançados pela ciência penal, é uma subversão dos princípios que informam não só esse ramo do Direito, mas todo o ordenamento, e, ainda, viola diversas garantias individuais que a própria Constituição consagrou.

Com base em uma crítica do ponto de vista jurídico-sistemático, este diploma legal é considerado atualmente por muitos doutrinadores e operadores do direito como um dos piores de todo nosso sistema jurídico.

A presente lei estipulou os crimes considerados hediondos, seguindo a teoria legalista, ou seja, elaborou um rol taxativo (*numerus clausus*) no artigo 1º da lei, definindo quais são os crimes hediondos.

Seguindo os ditames do seu mandado de criminalização, a lei vedou para os crimes hediondos e os equiparados (tráfico de entorpecentes, terrorismo, e tortura), a possibilidade da concessão de anistia e de graça, estendendo-se a proibição ao indulto, e impedindo a permissão da fiança, e ainda alargando-se o dispositivo constitucional para negar a possibilidade da liberdade provisória, conforme artigo 2º, incisos I e II, *in verbis*:

“Art. 2º Os crimes hediondos, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:
I – anistia, graça e indulto;
II – fiança e liberdade provisória”.

O dispositivo acima transcrito que originou a vedação a possibilidade de concessão da liberdade provisória no tráfico ilícito de drogas, objeto deste estudo.

Vale ressaltar, que dentre os crimes estipulados no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, o tráfico ilícito de drogas era o único que já estava tipificado em legislação infraconstitucional, através da Lei nº 6.368 de 21 de outubro de 1976, porém, tal diploma legal não previa esta vedação a liberdade provisória.

Estranho pensarmos que a Lei 6.368 (tráfico de drogas) de 1976 entrou em vigor na vigência da Constituição Federal anterior, e não estipulava tamanha

restrição ao ser humano, com a vedação da liberdade provisória, já a Lei 8.072 (crimes hediondos) de 1990, que entrou em vigor sob a égide da Constituição Federal vigente, cuja assegura muito mais direitos e garantias a pessoa humana, tenha retirado do homem a garantia da liberdade provisória.

Conclui-se, mesmo que sem uma análise profunda, que as imperfeições e incoerências que a Lei dos Crimes hediondos apresentou frente ao sistema jurídico brasileiro, restringindo diversos direitos e suprimindo várias garantias constitucionais, trouxeram grande afronta aos principais princípios estruturais de nosso ordenamento jurídico, sob grande influência dos movimentos *Law and Order*.

Tais equívocos aconteceram principalmente pelos motivos (fundamentos) que levam os legisladores a elaborarem as leis, pois, na maioria das vezes são feitas diante da emoção de fatos concretos, às pressas pela pressão da população, exercida através dos meios de comunicação e por influência destes. Assim, os legisladores atendendo a essa pressão, elaboram leis com objetivos políticos e não jurídicos, sem levar em consideração os parâmetros alcançados ao longo do tempo pela ciência penal, e, portanto, construindo leis desnecessárias, ou mesmo que necessárias, mas inadequadas, e incoerentes com o sistema jurídico como um todo.

Nas próprias alterações da Lei dos Crimes Hediondos, podemos exemplificar a influência que esta pressão exerce sobre os legisladores para a criação de tipos penais, vejamos:

Em 1992, mais um crime scandalizou o país, trata-se do assassinato da atriz Daniela Perez, e, seguidamente, as chacinas da Candelária e de Vigário Geral. Outra vez o Congresso Nacional, agindo por impulso, sob a pressão dos acontecimentos, altera o artigo 1º da Lei n. 8.072/90 (através da Lei n. 8.930/94), acrescentando à relação de crimes hediondos o "homicídio, quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado".

Posteriormente, em 1998 acontece o caso da "pílula de farinha" (a falsificação do anticoncepcional *Microvlar*), que mais uma vez agitou a opinião pública e que

exigiu nova providência dos legisladores. Com isso, através da lei nº 9.695/98, foi incluído no rol dos Crimes Hediondos, o fato típico previsto no art. 1º, inciso VII-B, *in verbis*: "falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais".

A Lei 8.072/90 trouxe conseqüências mais severas para os acusados ou condenados por terem praticado algum de seus tipos penais, tanto na matéria penal, processual penal e ainda na execução penal, e apesar de ter se tornado a lei mais rigorosa do sistema penal para seus infratores, João José Leal entende que: "enfim, nitidamente ineficaz como forma de enfrentar a escalada da violência, a Lei de Crimes hediondos não trouxe nenhum benefício concreto à população brasileira".³⁶

Até 2006, a proibição à concessão de liberdade provisória no crime de tráfico de drogas estava positivada apenas na Lei dos Crimes Hediondos, pois a Lei de Drogas, nº 6.368/76 não previa tal restrição.

Com o advento da nova Lei de Drogas, nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, ficou positiva a restrição também na lei especial, conforme o previsto no *caput* do artigo 44 da lei, *in verbis*:

"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".

Ambos dispositivos que proibiram a possibilidade à concessão de liberdade provisória no tráfico de drogas são até hoje objetos de grande discussão pelos doutrinadores e demais operadores do direito quanto a sua constitucionalidade, porém, tal controvérsia será estudada em momento oportuno.

Um novo conflito surgiu entre os operadores do direito com o advento da Lei nº 11.464 de 28 de março de 2007, pois esta alterou a Lei dos Crimes Hediondos,

³⁶ LEAL, João José. Crimes Hediondos: aspectos político-jurídicos da lei nº 8.072. São Paulo: Atlas, 1996, pg 130.

suprimindo do texto legal do artigo 2º, inciso II, a vedação à concessão de liberdade provisória aos acusados por crimes hediondos e equiparados, vejamos:

“Art. 1º O art. 2º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 2º

.....

II – fiança”.

O objeto de debate que surgiu, gira em torno do alcance desta supressão, ou seja, se abrange a proibição prevista na Lei de Drogas. Aprofundaremos esse debate no próximo capítulo.

Diante do exposto, conclui-se que a origem da proibição à concessão de liberdade provisória no crime de tráfico de drogas é objeto de muita discussão, e repleto de polêmicas, inclusive há severas dúvidas se tal restrição tem respaldo constitucional, ou se a previsão é apenas em dispositivo infraconstitucional, e dessa forma considerado inconstitucional; e ainda, se tal dispositivo ainda está em vigor após o advento da lei 11.464/07.

CAPÍTULO 3 – DA POSSIBILIDADE DE LIBERDADE PROVISÓRIA

3.1 Da Prisão Cautelar

Quando a infração penal é praticada, surge para o Estado a chamada pretensão punitiva e a expectativa de impor uma sanção àquele que praticou o fato infringente da norma penal. Porém, no intervalo entre o nascimento da relação jurídica processual e a obtenção do provimento final, existe sempre o risco de sucederem eventos que comprometam a atuação jurisdicional ou afetem profundamente a eficácia e utilidade do julgado.³⁷

Com o objetivo de amenizar esse risco que se inserem as medidas cautelares, podendo ser de natureza pessoal, civil, ou relativas à prova. Porém, como o enfoque do presente estudo é sobre a prisão cautelar, esta se insere nas medidas cautelares pessoais.

O ordenamento jurídico vigente contempla as seguintes modalidades de prisões cautelares: prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão temporária, prisão decorrente da pronúncia, e prisão decorrente da sentença condenatória recorrível.

Contudo, as prisões cautelares devem ser exceções, tendo em vista que a regra é a liberdade do acusado. Aquelas só devem ser autorizadas e mantidas se estritamente em consonância com os cânones constitucionais, e as regras que as regem.

Neste sentido, a lição de Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly:

“A excepcionalidade da privação da liberdade do indivíduo somente é consentida desde que observados os cânones constitucionais e as formalidade legais que a regem. Como já observados, a ordem de prisão processual deve emanar da autoridade judicial competente (art. 5º, inc. LXI). Esse princípio da jurisdicionalização só abre exceção no caso da prisão em flagrante, prevista no mesmo

³⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. Processo Penal Constitucional. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pg 311.

dispositivo constitucional. Mesmo nessa hipótese, a medida deve ser submetida a um juiz de direito, que, verificando a falta de justa causa para a manutenção da prisão do agente, mandará libertá-lo”.³⁸

Assim como toda medida cautelar, para decretação ou manutenção da prisão processual, é necessária a presença dos pressupostos do *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

O *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito), refere-se a uma análise de mérito, ou seja, é necessário que existam sérios indícios da existência de um crime e sua autoria, que autorize uma provável condenação.

O *periculum in mora* diz respeito ao perigo de que com a demora no julgamento, possa o acusado, solto, impedir a correta solução da causa ou aplicação da sanção punitiva.

As hipóteses de perigos, insertos no pressuposto do *periculum in mora* aqui estudado, estão previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

A privação cautelar da liberdade é admissível apenas em caráter provisório e segundo critério da estrita necessidade, diante das hipóteses legais e em obediência aos ditames constitucionais. Se não for dessa forma, a restrição à liberdade pessoal do acusado terá caráter de imposição de punição de forma antecipada, ferindo diversos princípios e direitos fundamentais do indivíduo.

As hipóteses de cabimento da prisão cautelar devem ser muito bem estudadas e elaboradas, pois trará uma séria restrição a um dos mais importantes direitos do homem, que é a liberdade, esta não pode de forma alguma se tornar uma antecipação da pena.

³⁸ DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assad. Curso de Processo Penal. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pg 168.

Neste sentido, Antonio Magalhães Gomes Filho, critica as hipóteses amplas e abertas, pois em muitos casos concretos, a restrição cautelar seria desnecessária e com característica de punição antecipada, porém com espaço para fundamentação em hipóteses legais diante da abertura e amplitude da norma.

“É o que ocorre, no sistema brasileiro, com a prisão preventiva determinada para a “garantia da ordem pública ou da ordem econômica” (art. 312, primeira parte, do CPP), na medida em que essa fórmula excepcionalmente ampla e aberta, ao conferir amplo poder discricionário aos juízes, acaba por possibilitar a ruptura dos padrões de unidade e hierarquia inerentes aos princípios da constitucionalidade, da legalidade e da certeza jurídica.

De fato, em matéria de prisão processual, à idéia de ordem pública relacionam-se todas aquelas finalidades de encarceramento provisório que não se ajustam às exigências de caráter cautelar propriamente ditas, mas constituem formas de privação da liberdade pessoal adotadas como medidas de defesa social; fala-se, então, em exemplaridade, no sentido de imediata reação ao delito, que teria como efeito satisfazer o sentimento de justiça da sociedade abalada pelo crime; ou ainda, em prevenção especial, assim entendida a necessidade de se evitar novos crimes, pois uma primeira infração pode revelar que o acusado é acentuadamente propenso a práticas delituosas etc.

Nessas situações, parece evidente que a prisão não é adotada no interesse do próprio processo, mas constitui uma disfarçada antecipação da punição, ditada por motivos de ordem substancial e que constituem muitas vezes resultado da maior atenção dada pela imprensa ao caso, o que pressupõe implicitamente o reconhecimento antecipado da culpabilidade, violando as garantias constitucionais”.³⁹

A decisão que ordenar a prisão cautelar deve ser motivada, de acordo com o artigo 5º, inc. LXI, da Constituição Federal. Na fundamentação, o julgador irá expor as razões de fato e de direito que motivaram a ordem de prisão. Tal exigência é fundamental para analisar se a ordem de prisão é justa (legal) ou arbitrária.

Mesmo na prisão em flagrante há essa exigência, porém, tal fundamentação se dá a posteriori, na aferição por parte do magistrado se há necessidade de manutenção da prisão cautelar.

³⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais – Visão Luso-Brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006, pg 331.

Em síntese, para a decretação ou manutenção da prisão cautelar devem estar presentes todos seus pressupostos e os elementos das medidas cautelares (instrumentalidade, provisoriedade e acessoriedade), e ainda, o estudo do caso concreto em harmonia com os princípios e direitos fundamentais, para a verificação da real necessidade e adequação da restrição cautelar frente à liberdade pessoal do acusado, que é a regra do nosso sistema.

3.2 Da Liberdade Provisória

3.2.1 Conceito

A liberdade do acusado no curso do processo, até sentença condenatória com trânsito em julgado, é a regra, e, portanto, a prisão cautelar do acusado é uma medida excepcionalíssima, devendo ser concretizada somente em último caso, quando indiscutível a sua necessidade.

Daí que o instituto da liberdade provisória é um instrumento para assegurar a liberdade do acusado, preservando o princípio da presunção de inocência. É uma medida cautelar que visa respeitar a regra do sistema jurídico, que é o direito fundamental da liberdade.

Como vimos, a regra é a liberdade, e por esse motivo a expressão liberdade provisória não faz sentido, é um contra senso. Neste sentido, vejamos a lição de Antonio Scarance Fernandes:

“A expressão liberdade provisória não é adequada, apesar de consagrada e constar na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Traz a idéia de uma liberdade que pode, a qualquer momento, vir a cessar. Mas todo aquele submetido a processo criminal tem uma liberdade provisória, eis que poderá vir a ser preso em virtude de preventiva, pronúncia ou condenação. Aqui, não. Cuida-se de liberdade concedida àquele que esteve preso, como ao recolhido em virtude de prisão em flagrante, ou garantida àquele que deveria ser preso, por força de decisão de pronúncia, sentença

condenatória recorrível e acórdão condenatório impugnável por recurso extraordinário ou recurso especial”.⁴⁰

A liberdade provisória é uma garantia constitucional do direito fundamental da liberdade, com objetivo de assegurar o *status libertatis* do acusado, durante o curso do processo. Está previsto no artigo 5º, inciso LXVI, da Constituição Federal, *in verbis*: “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.

Segundo Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly, “a liberdade provisória é concedida ao réu preso cautelarmente por prisão em flagrante, por prisão preventiva, em decorrência de decisão de pronúncia ou de sentença condenatória recorrível”.

Porém, *data vênia*, não nos parece o mais correto a inclusão deste instituto contra a prisão preventiva, tendo em vista, que o magistrado constatando não mais estarem presentes os requisitos desta prisão cautelar, deve revogá-la, e não ordenar a liberdade provisória. Nesta toada, o ensinamento de Guilherme de Souza Nucci:

“A liberdade provisória, com ou sem fiança, é um instituto compatível com a prisão em flagrante, com a prisão decorrente de pronúncia e com a resultante de sentença condenatória recorrível, mas não com a prisão preventiva ou temporária. Nestas duas últimas hipóteses, vislumbrando não mais estarem presentes os requisitos que as determinaram, o melhor a fazer é revogar a custódia cautelar, mas não colocar o réu em liberdade provisória, que implica sempre ao respeito a determinadas condições”.⁴¹

3.2.2 Espécies

De acordo com o Código de Processo Penal, a liberdade provisória pode ser concedida mediante fiança, de acordo com os artigos 323 e 324 (interpretação a contrario sensu); ou sem fiança e sem vinculação, de acordo com o artigo 321; ou, ainda, sem fiança e com vinculação, de acordo com o artigo 310.

⁴⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. Processo Penal Constitucional. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pg 334.

⁴¹ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo e Execução Penal. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2005, pg 520.

3.2.3 Liberdade provisória com fiança

Fiança é a garantia real, prestada pelo preso para obter sua liberdade, e assim, poder defender-se solto em processo penal condenatório.

A fiança tem por principal finalidade a de substituir a prisão, com o recolhimento de determinada garantia, que pode ser em dinheiro ou bens, conforme artigo 330 do CPP; e, ainda, tem a finalidade de ao fim do processo, com sentença condenatória, garantir a reparação do dano, pagamento de multa se aplicada como pena, e custas processuais.

Em regra, a doutrina refere-se a fiança como contra cautela, porque esta quando prestada faria cessar a cautela existente na prisão provisória. Contudo, não nos parece o posicionamento correto. Neste sentido, a lição de Antonio Scarance Fernandes:

“Não há razão para se falar em fiança como contracautela. Tem caráter cautelar, semelhante, em sua essência, às demais medidas cautelares pessoais relativas à prisão e à liberdade provisória. Ver a fiança como contracautela é perpetuar o sistema anterior à Constituição, que procurava, em regra, manter preso o acusado pilhado em flagrante, sendo a liberdade a exceção, obtida mediante pagamento de fiança.

O raciocínio agora deve ser outro. A regra deve ser a de que o acusado, presumindo inocente, fique em liberdade durante o processo, só se admitindo a prisão em situações excepcionais”.⁴²

A Lei 6.416/77 trouxe grandes modificações sobre o instituto da liberdade provisória do Código de Processo Penal, pois, antes desta lei, somente seria possível a liberdade provisória, sem fiança, na hipótese prevista no artigo 350 do citado diploma legal, quando a impossibilidade da prestação de fiança decorria da comprovada pobreza do preso.⁴³

⁴² FERNANDES, Antonio Scarance. Processo Penal Constitucional. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pg 339.

⁴³ SANTOS, José Carlos Daumas. Prisões Cautelares e Liberdade Provisória no Processo Penal Brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito) - PUC/SP, 2009, pg 122.

O acréscimo do parágrafo único do artigo 310 do Código de Processo Penal, através da Lei 6.416/77, que trouxe maior relevância, porque, possibilitou a liberdade provisória sem fiança aos presos em flagrante, em qualquer crime quando não estiverem presentes os requisitos da prisão preventiva.

Diante desta alteração, muitos doutrinadores concluíram que o instituto da fiança tornou-se praticamente sem efeito, dentre eles: Antônio Alberto Machado⁴⁴, e Antonio Scarance Fernandes, *in verbis*:

“Com essas alterações, a fiança perdeu sua relevância.

(...)

Perdeu, assim, a fiança muito da sua importância. De regra, aquele que tem direito à liberdade provisória com fiança terá também direito à liberdade provisória sem fiança, e obviamente essa solução, por ser mais benéfica, é a que deve ser acolhida pelo juiz”.⁴⁵

Além dessa questão, sobre a relevância da fiança, outra crítica, praticamente unânime entre os doutrinadores, diz respeito à falta de proporcionalidade e adequação em relação à concessão da liberdade provisória com ou sem fiança, pois, o acusado preso em flagrante por crimes mais graves pode ser colocado em liberdade sem fiança, enquanto, em crimes menos graves a liberdade pode ficar condicionada à prestação da fiança. Neste sentido, o entendimento de Antonio Scarance Fernandes⁴⁶ e Guilherme de Souza Nucci⁴⁷, entre outros.

Como a liberdade do acusado é a regra, o Código de Processo Penal não prevê quais são as hipóteses de concessão da fiança, ao contrário, estipula as hipóteses que se veda à fiança, ou seja, se não estiver expressamente vedado, será permitida a fiança.

As hipóteses que não se admite a fiança estão previstas nos artigos 323 e 324 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

⁴⁴ MACHADO, Antônio Alberto. Prisão Cautelar e Liberdades Fundamentais. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, pg 250-251.

⁴⁵ FERNANDES, Antonio Scarance. Processo Penal Constitucional. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pg 342.

⁴⁶ Ibidem, pg 344.

⁴⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pg 349.

“Art. 323. Não será concedida fiança:

I - nos crimes punidos com reclusão em que a pena mínima cominada for superior a 2 (dois) anos;

II - nas contravenções tipificadas nos arts. 59 e 60 da Lei das Contravenções Penais;

III - nos crimes dolosos punidos com pena privativa da liberdade, se o réu já tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado;

IV - em qualquer caso, se houver no processo prova de ser o réu vadio;

V - nos crimes punidos com reclusão, que provoquem clamor público ou que tenham sido cometidos com violência contra a pessoa ou grave ameaça.

Art. 324. Não será, igualmente, concedida fiança:

I - aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se refere o art. 350;

II - em caso de prisão por mandado do juiz do cível, de prisão disciplinar, administrativa ou militar;

III - ao que estiver no gozo de suspensão condicional da pena ou de livramento condicional, salvo se processado por crime culposos ou contravenção que admita fiança;

IV - quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312)”.

As hipóteses de inafiançabilidade não estão restritas apenas no Código de Processo Penal, a própria Constituição Federal, no artigo 5º, a proíbe para alguns crimes: de racismo (inc. XLII), tortura, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, hediondos (inc. XLIII) e de ações de grupos armados, civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado democrático (inc. XLIV). Há, ainda, outras hipóteses em leis especiais, algumas com grande controvérsia quanto a sua constitucionalidade.

A fiança poderá ser concedida pela autoridade policial nos casos de infração punida com detenção ou prisão simples, conforme artigo 322 do Código de Processo Penal. Nos demais casos, somente poderá ser concedida pelo juiz, de acordo com parágrafo único do mesmo dispositivo.

O valor da fiança será fixado pela autoridade que a conceder, seguindo os parâmetros dos artigos 325 e 326, do Código de Processo Penal.

Além de prestar a fiança, o acusado terá que cumprir determinadas obrigações, sob pena de ser considerada quebrada a fiança e o recolhimento à

prisão. As obrigações estão previstas nos artigos 327 e 328 do Código de Processo Penal, quais sejam: comparecer perante a autoridade, todas as vezes que for intimado para os atos do inquérito ou da instrução criminal e para o julgamento; não mudar de residência sem prévia autorização da autoridade processante ou ausentar-se por mais de oito dias de sua residência sem comunicar àquela autoridade o lugar onde será encontrado.

3.2.4 Liberdade provisória sem fiança e sem vinculação

É isenta de vinculação, ou seja, de obrigações para o acusado, à liberdade provisória sem fiança quando o réu se livra solto, conforme dispõe o artigo 321 do Código de Processo Penal.

Este instituto é bem explicado por Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly, vejamos:

“Levando em consideração a mínima repercussão social e o pequeno potencial ofensivo de determinados delitos, em alguns casos, embora regular a prisão em flagrante, a autoridade policial deverá, independentemente de pedido ou recolhimento de fiança, colocar o preso em liberdade. A prisão em flagrante, nesses casos, conquanto regular, não tem força prisional”.⁴⁸

Este dispositivo estipula duas hipóteses para o réu livrar-se solto:

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

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

Entretanto, o próprio artigo 321, *caput*, estipula ressalvas nas hipóteses do artigo 323, III e IV, do Código de Processo Penal.

⁴⁸ DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assad. Curso de Processo Penal. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pg 201.

Vale ressaltar, que na exceção do inciso IV (preso vadio), poderá ser concedida a liberdade provisória sem fiança, mas com vinculação, na forma do parágrafo único do artigo 310 do Código de Processo Penal.

3.2.5 Liberdade provisória sem fiança e com vinculação

Há três modalidades desta espécie de liberdade provisória. A vinculação, ou seja, a obrigação estipulada para a concessão da liberdade, é mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo onde sua presença for exigida, sob pena de revogação.

A primeira modalidade está prevista no artigo 350 do Código de Processo Penal, estabelece que quando o réu for pobre e não puder arcar com a prestação da fiança, ainda assim, poderá ser concedida a liberdade provisória, vinculando o acusado as obrigações constantes nos artigos 327 e 328 do Código Processo Penal.

Para a definição de pessoa pobre, e assim enquadramento neste instituto, nos valem da analogia com o artigo 32, § 1º, do Código de Processo Penal, sendo aquela que não pode prover as despesas do processo, sem privar-se dos recursos indispensáveis ao próprio sustento ou da família.

Outra modalidade de liberdade provisória sem fiança e com vinculação é a de que trata o artigo 310, *caput*, do Código de Processo Penal, que ocorre quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato escudado por qualquer das excludentes de ilicitude, previstas hoje no artigo 23 do Código Penal, quais sejam: em estado de necessidade; em legítima defesa; ou no estrito cumprimento de dever legal ou, ainda, no exercício regular de direito.

Praticamente pacificado o entendimento de que se estende, por analogia e equidade, esta modalidade de liberdade provisória a todas as causas excludentes de ilicitude previstas na parte especial do Código Penal, pois, nestas hipóteses o fato é típico porém não ilícito, ou seja, não há crime a ser punido.

Segundo Guilherme de Souza Nucci, falta nesses casos, para a sustentação da medida cautelar de prisão, o pressuposto do *fumus boni iuris*.⁴⁹

Para uma controvérsia entre os doutrinadores, se tal modalidade de liberdade provisória pode ser ampliada, para abranger a concessão nas hipóteses de exclusão da culpabilidade. Apenas a título exemplificativo, a favor da abrangência, Guilherme de Souza Nucci⁵⁰ e Weber Martins Batista⁵¹, e contrário, Pedro Henrique Demercian, Jorge Assaf Maluly⁵² e Julio Fabbrini Mirabete⁵³.

E por último, a modalidade de liberdade provisória sem fiança e com vinculação prevista no parágrafo único do artigo 310, do Código de Processo Penal, que prevê a liberdade provisória, 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).

Com a devida comunicação da prisão em flagrante ao juiz competente, prevista no artigo 5º, inciso LXII, da Constituição Federal, este, em primeiro lugar, deverá analisar se é caso de flagrante delito, ou seja, se o caso se enquadra em uma das situações legais do artigo 302 do Código de Processo Penal, e se foram atendidas as prescrições formais que legitimam a prisão, pois, caso contrário, deverá relaxar a prisão imediatamente, como determina a Constituição Federal, no artigo 5º, inciso LXV. Quando o flagrante for legal, passará a analisar a necessidade da prisão cautelar, ou seja, se estão presentes os requisitos que autorizam a prisão preventiva, e não sendo o caso, concederá ao acusado a liberdade provisória.

Esta modalidade de liberdade provisória pode ser concedida em qualquer infração penal, ainda que grave, por isso mesmo, é a que tem maior relevância para o presente estudo.

⁴⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo e Execução Penal. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2005, pg 577.

⁵⁰ Ibidem, pg 577.

⁵¹ BATISTA, Weber Martins. Apud DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assad. Curso de Processo Penal. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pg 198.

⁵² DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assad. Curso de Processo Penal. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pg 198.

⁵³ MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo Penal. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, pg 405.

É importante ressaltar mais uma vez, que a liberdade do acusado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória é a regra, em virtude dos mais importantes princípios e direitos fundamentais, em especial do princípio da presunção de inocência, previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição federal.

Partindo desta premissa, quando o juiz constatar não estarem presentes os requisitos que possibilitam a prisão preventiva, deverá conceder a liberdade provisória ao acusado preso em flagrante, para que possa responder ao processo em liberdade.

Portanto, quando se encontrarem atendidos os pressupostos legais, o direito a liberdade provisória do acusado é de rigor, e não uma discricionariedade do juiz, pois é um direito público subjetivo, em total consonância com os ditames constitucionais.

Embora haja posição em contrário, este é o entendimento majoritário da doutrina, entre eles: José Frederico Marques, Julio Fabbrini Mirabete, Antônio Alberto Machado, Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly. Vejamos tais lições, de grande valia para o trabalho em questão:

“Ao contrário do que ensinam os comentadores do estatuto de processo penal, não nos parece que tão-só porque o texto usa do verbo poder, fique entregue, discricionariamente, ao juiz, a concessão ou indeferimento na liberdade vinculada. Desde que se encontrem atendidos os pressupostos legais, tem o réu direito à liberdade provisória: trata-se de direito público subjetivo, emanado do *status libertatis* do acusado”.⁵⁴

“Tem-se entendido, por vezes, que o parágrafo único do artigo 310 atribui ao magistrado a merca faculdade de conceder a liberdade provisória. Trata-se, porém, de um direito subjetivo processual do acusado que, despojado de sua liberdade pelo flagrante, a readquire desde que não ocorra nenhuma das hipóteses autorizadoras da prisão preventiva. Não pode o juiz, reconhecendo que não há elementos que autorizariam a decretação da prisão preventiva, deixar de conceder a liberdade provisória. Além disso, embora a lei diga que a liberdade concedida quando o juiz verificar a inoccorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva, deve-se entender que quer dizer que deve concedê-la quando não

⁵⁴ MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. 2ª ed. Campinas: Millennium, 2003, pg 188-189.

verificar a ocorrência de uma dessas hipóteses, pois caso contrário estaria exigindo a evidência de um fato negativo, o que não se coaduna com o sistema probatório do processo penal”.⁵⁵

“Quanto ao pagamento de fiança, parece certo dizer que a Constituição de 1988, ao instituir a liberdade provisória obrigatória, como autêntica garantia constitucional, provocou uma espécie de esvaziamento daquele instituto. Isto porque, uma vez ausentes os pressupostos da prisão cautelar, o juiz concederá obrigatoriamente a liberdade provisória, sem qualquer prestação de fiança.

Em juízo, ao examinar o auto de flagrante ou os pedidos de liberdade provisória, o magistrado verifica apenas se o indiciado ou réu fazem jus ao direito de liberdade provisória, que é um direito subjetivo e constitucional. O exame que o juiz realiza no momento em que recebe o auto de prisão em flagrante ou quando aprecia os pedidos de liberdade provisória, se restringe à verificação da presença ou não dos motivos que ensejam a custódia preventiva. Se tais motivos não se fizerem presentes, ao juiz não resta outra alternativa senão a de conceder a liberdade provisória, independentemente do pagamento de fiança”.⁵⁶

“Não nos parece que o art. 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal possa exprimir tão-somente uma faculdade do juiz.

Se o juiz tivesse a faculdade de, nessa hipótese, conceder ou não a liberdade provisória, poder-se-ia afirmar, a contrario sensu, que também seria sua faculdade determinar a prisão preventiva do acusado independentemente da existência das circunstâncias autorizadoras.

Como se pode falar em faculdade do juiz, quando a própria lei estabelece que a prisão cautelar, seja na modalidade prisão preventiva ou na hipótese de flagrante, somente poderá ser decretada (ou mantida) quando presentes os requisitos dos arts. 311, 312 e 313 do Código de Processo Penal. Não é por outra razão que a Constituição federal estabelece que: “ninguém será levado à prisão, ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança” (art. 5º, inciso LXVI).

O Código de Processo Penal, ao estabelecer que o juiz poderá conceder a liberdade, apenas usa essa expressão para designar um dispor de autoridade, isto é, só o juiz poderá conceder a liberdade e mais ninguém”.⁵⁷

Conclui-se que a liberdade provisória é uma garantia ao direito à liberdade, e, ainda, um direito subjetivo do homem quando estiverem presentes os requisitos legais, evitando a discricionariedade do juiz e a arbitrariedade do poder punitivo do Estado, utilizando as prisões cautelares apenas em casos de extrema necessidade.

⁵⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo Penal. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, pg 406.

⁵⁶ MACHADO, Antônio Alberto. Prisão Cautelar e Liberdades Fundamentais. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, pg 250-251.

⁵⁷ DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assad. Curso de Processo Penal. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pg 199.

3.3 Da Inconstitucionalidade da Norma Proibitiva de Liberdade Provisória no Tráfico de Drogas

A Constituição Federal de 1988 atribuiu muito valor ao instituto da liberdade provisória, inclusive, elevando-a a condição de um dos direitos humanos fundamentais do homem, diante do estabelecido no inciso LXVI, do artigo 5º, *in verbis*: “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.

Mesmo diante da importância em si, o direito fundamental à liberdade provisória, assim como todo ordenamento constitucional, não deve ser interpretado isoladamente, e sim diante da unidade da Constituição. Neste contexto, a liberdade provisória é uma garantia a diversos outros direitos fundamentais, e o seu respeito por parte do ordenamento infraconstitucional gera respeito e segurança aos princípios constitucionais, inclusive ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, e assim, fortalecendo o próprio Estado Democrático de Direito.

Porém, a liberdade provisória não é um direito absoluto, podendo ser restringida quando do *jus puniendi* do Estado, mas de forma excepcional e em casos de estrita necessidade, pois a regra é a liberdade. Mas, a limitação à liberdade provisória para respeitar o ordenamento jurídico, deve estar em consonância com a Constituição Federal, ou seja, só pode emanar de regras restritivas estipuladas e pautadas pela própria Carta Magna.

Entretanto, o legislador infraconstitucional em que pese os direitos e garantias fundamentais, criou vedações à liberdade provisória a alguns crimes, em especial ao tráfico de drogas, que é nosso objeto de estudo, na Lei dos Crimes Hediondos (nº 8.072/90) e na Lei do Tráfico de Drogas (nº 11.323/06).

Tais vedações constam no artigo 2º, inciso II, da Lei 8.072/90 (antes da alteração da Lei 11.464/07), e no artigo 44 da Lei 11.323/06, conforme transcritos no capítulo anterior.

Aqueles que pregam pela constitucionalidade desses dispositivos se baseiam que as restrições impostas pelo legislador infraconstitucional têm respaldo no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, *in verbis*: “a lei considerará crimes inafiançáveis (...) a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos”.

Em relação à liberdade provisória com fiança, os mencionados dispositivos das leis ordinárias, em obediência ao mandado de criminalização expresso e estrita consonância com a Constituição Federal, acertadamente, proibiram a concessão da fiança para os crimes tratados nestes textos legais.

Entretanto, tal vedação constitucional não abrangeu a liberdade provisória sem fiança, pois se tratam de institutos diferentes. O dispositivo constitucional é expresso e claro sobre a restrição apenas à inafiançabilidade de tais crimes. Neste sentido, vejamos a lição de Vicente Greco Filho e Rogério Lauria Tucci:

“A liberdade provisória sem fiança aplica-se a qualquer infração penal, inclusive as inafiançáveis. Se o constituinte proibiu a fiança, é porque deseja, em relação a essas infrações, maior rigor na repressão e, em princípio, estaria proibindo qualquer liberdade provisória. Todavia, o próprio constituinte em outro inciso, faz a distinção entre liberdade provisória com ou sem fiança (inc. LXVI), de modo que se desejasse abranger as duas hipóteses com a proibição, teria a elas se referido expressamente”.⁵⁸

“Isso explicitado, bem é de ver que, não obstante a relação de gênero e espécie entre a liberdade provisória e a fiança criminal, não há como confundi-las.

Daí, obviamente, a possibilidade de concessão de liberdade provisória até mesmo nos casos em que a infração penal seja inafiançável.

Com efeito, sempre que ela, vinculada ou não vinculada, deva ser deferida ao imputado, sem necessidade de prestação de fiança, pouco importa, para que se efetive, determine a lei a inafiançabilidade da prática criminoso”.⁵⁹

⁵⁸ GRECO FILHO, Vicente. Tutela Constitucional das Liberdades. São Paulo: Saraiva, 1989, pg 135.

⁵⁹ TUCCI, Rogério Lauria. Direito e Garantia Individuais no Processo Penal Brasileiro. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pg 266.

A diferenciação entre os institutos da liberdade provisória e da fiança criminal é de rigor, porém, alguns doutrinadores defendem que se o dispositivo constitucional vedou o menos, que é a fiança, também teria vedado o mais, que é a liberdade provisória sem fiança.

Porém, tal posicionamento é discrepante com nosso ordenamento jurídico, tendo em vista que qualquer restrição a direitos inerentes a pessoa humana deve vir expressamente positivado, de acordo com o princípio da legalidade, tal tese, somente teria sentido se utilizássemos da analogia, porém, é de notório conhecimento que a analogia *in malam partem* é proibida no direito penal brasileiro. O próprio legislador constituinte faz distinção entre os dois institutos (no inciso LXVI, do art. 5º, da CF), portanto se desejasse realmente proibir as duas hipóteses, teria expressamente as mencionado.

Se essa tese fosse a correta, teríamos que praticamente banir a liberdade provisória sem fiança do nosso sistema jurídico, tendo em vista que o Código de Processo Penal permite a fiança somente para os crimes mais leves, conforme artigos 323 e 324. E, é pacífico o entendimento que para crimes mais graves é permitido a concessão de liberdade provisória, mesmo que não seja possível a concessão da fiança.

A liberdade provisória, como já analisado é um direito constitucional, e ainda, garantia a outros direitos e princípios, e pela constatação da diferenciação dos institutos da liberdade provisória e da fiança criminal, conclui-se que o impedimento à fiança, previsto no inc. LXII, do art. 5º, da Constituição Federal, não abrange a vedação à liberdade provisória sem fiança, e, por conseguinte, não dá respaldo para que o legislador infraconstitucional proíba a concessão de liberdade provisória na Lei dos Crimes Hediondos e na Lei de Drogas, ou seja, este claramente excedeu nos limites do preceito constitucional.

Portanto, há flagrante inconstitucionalidade no artigo 2º, inciso II, da Lei 8.072/90 (antes da alteração da Lei 11.464/07), e no artigo 44 da Lei 11.323/06.

Com a falta de previsão constitucional para a vedação destes dispositivos à concessão de liberdade provisória no tráfico de drogas, a latente inconstitucionalidade decorre de diversos fundamentos.

Essa vedação obrigatória à concessão de liberdade provisória é imposta ao acusado como forma antecipada de punição, pois não permite que o magistrado analise os fatos diante do caso concreto e verifique a real necessidade da decretação ou manutenção da medida cautelar de prisão.

A prisão cautelar é um instrumento para assegurar o bem protegido, e que somente em caso de extrema necessidade, perigo, e, ainda revestido de todos pressupostos legais que poderá ser utilizado. Somente o juiz, diante do caso concreto que pode aferir a necessidade da medida, sendo inviável tal aferição por parte do legislador diante do caso em abstrato. Portanto, se a prisão cautelar for utilizada como regra, perderá sua conotação cautelar e provisória, e passará a agir como uma sanção antecipada.

Vejamos o entendimento de Antonio Magalhães Gomes Filho e de Alberto Silva Franco para melhor sedimentarmos essa questão:

“Assim, a mais elementar e fundamental conclusão é que nenhuma restrição à liberdade pessoal do acusado pode ser imposta como forma antecipada de punição.

Isso implica, em primeiro lugar, excluir a possibilidade de qualquer tipo de “execução provisória” do julgado penal, pela evidente contradição com a presunção de inocência, especialmente diante das intromissões que o denominado tratamento penitenciário estabelece nas esferas mais íntimas da personalidade do sujeito.

Num segundo momento, significa não admitir qualquer forma de prisão anterior à condenação que seja determinada como corolário automático da imputação, como ocorre nas hipóteses de prisão preventiva obrigatória ou, ainda, nas situações em que a liberdade provisória é vedada, afastando-se assim a possibilidade de aferição da necessidade da prisão no caso concreto pelo órgão jurisdicional”.⁶⁰

“Os meios de coerção pessoal, supressivos da liberdade individual, estão estribados no princípio da necessidade e não podem ser ordenadas ou mantidas, a não ser quando forem estritamente

⁶⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais – Visão Luso-Brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, pg 330.

necessárias. Bem por isso, não pode o legislador substituir-se àquilo que tão-só pode incumbir ao juiz em face do caso concreto: a averiguação da necessidade ou desnecessidade da prisão. Ninguém desconhece a existência de crimes de maior impacto na opinião pública, mas isto não autoriza o legislador a considerar abstratamente inadmissível a liberdade provisória e dispensar a verificação que o juiz deve realizar, caso a caso, para efeito de verificar a justificação ou não da privação da liberdade. A predeterminação legal da inadmissibilidade da liberdade provisória, por carecida justificação cautelar, representa uma expiação antecipada da eventual futura pena e isto sem que haja o devido processo legal”.⁶¹

A vedação a liberdade provisória ocasiona ao acusado uma clara imposição antecipada de punição, pois fere os ditames da prisão cautelar. Com um caráter elevado de prevenção, intimida o agente a não praticar o crime, porém a pena que deve ter esse caráter e não a prisão cautelar.

Considerando que a vedação aqui tratada configura-se uma pena antecipada, então fere os princípios do devido processo legal e da presunção de inocência. Neste sentido, o singular e respeitado ensinamento de Odone Sanguiné:

“A inconstitucionalidade aparece quando a lei dá à 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 de afluência imediata, como uma verdadeira pena antecipada, sem observância do devido processo legal.

Por outro lado, a proibição de liberdade provisória de modo automático (a priori), culmina por assimilar as figuras do imputado ao culpado, em frontal contraste com o princípio da presunção de inocência, que proíbe dar execução provisória às sentenças de condenação (que aqui ainda não há) não definitivas”.⁶²

A proibição de liberdade provisória nos crimes de tráfico de drogas, previstas nestes dispositivos citados, não ferem somente o próprio direito fundamental da liberdade provisória, pois, é contrária a própria unidade da Constituição. Tais dispositivos são contrários a diversos direitos fundamentais e princípios norteadores

⁶¹ FRANCO, Alberto Silva. Crimes hediondos. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pg 490-491.

⁶² SANGUINÉ, Odone. Inconstitucionalidade da Proibição de Liberdade Provisória. Fascículos de Ciências Penais. v. 3, n. 4, 1990, pg 21.

do nosso ordenamento jurídico, entre eles: da presunção de inocência, devido processo legal, legalidade, proporcionalidade, liberdade, intervenção mínima.

Por derradeiro, como essas regras restritivas ferem os mais importantes princípios e direitos fundamentais do homem, por corolário fere o princípio mais fundamental do nosso sistema, que é o da dignidade da pessoa humana. E admitindo-se tão aberração jurídica, estaríamos admitindo a própria corrosão da base do Estado Democrático de Direito.

A doutrina majoritária defende a inconstitucionalidade desses dispositivos da Lei de Drogas e Crimes Hediondos que proíbem a concessão de liberdade provisória, entre eles: Odone Sanguiné, Antonio Magalhães Gomes Filho, Luiz Flávio Gomes, Alberto Silva Franco, e Rogério Lauria Tucci. Indispensável a lição de tais doutrinadores para o presente estudo, senão vejamos:

“Ao final dessas considerações, extrai-se a conclusão de que o inciso II, última parte, do art. 2º, da lei nº 8.072/90, é inconstitucional por violação aos princípios da liberdade provisória, do Estado Democrático de Direito, do devido processo legal e da presunção de inocência. Certamente poderá haver outra opinião, mais restritivas, mas cremos que a apresentada é aquela mais conforme à Constituição”.⁶³

“Disso resulta, em síntese, que somente as formas de prisão anteriores à condenação que atendam a finalidades processuais, de natureza instrumental ou final, destinadas a assegurar a própria realização do processo ou os seus resultados, não ofendem, em princípio, a presunção de inocência entendida como garantia da posição de liberdade do acusado”.⁶⁴

“Quanto aos crimes hediondos, clássica jurisprudência do STF diz que essa restrição legal é constitucional. Com a devida vênia, de acordo com nossa opinião, cada caso é um caso. Cabe ao juiz verificar a necessidade da prisão no caso concreto. Não se justificando, deve conceder a liberdade. Até mesmo o STF tem concedido liberdade provisória em crimes hediondos (exemplo: caso Pimenta Neves, que responde a crime de homicídio duplamente qualificado). De outro lado, é nula a decisão do juiz que denega a

⁶³ SANGUINÉ, Odone. Inconstitucionalidade da Proibição de Liberdade Provisória. Fascículos de Ciências Penais. v. 3, n. 4, 1990, pg 23.

⁶⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais – Visão Luso-Brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006, pg 332.

liberdade provisória nos crimes hediondos sem fundamentação: STJ, HC 32.551-PE, rel. Paulo Medina, j. 13.04.2004”.⁶⁵

“É evidente, assim, que a dignidade da pessoa humana funciona como suporte de todos os direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal. Como, portanto, entender que a privação não necessária da liberdade individual não signifique uma pena precipitada e, por isso, uma ofensa à dignidade da pessoa atingida e à de todos aqueles que sofram o risco de serem também, indistinta e imotivadamente, alcançados pelo arbítrio? 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”.⁶⁶

“Haverá a compatibilização entre o direito do Estado de prisão preventiva e o do indivíduo de não ser levado à prisão ou ser nela mantido, como 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.

Em epítome, perfeitamente conciliáveis os preceitos contidos, por um lado, nos incs. XLII, XLIII e XLIV, e por outro, no inc. LXVI do art. 5º da CF, inarredável afigura-se o direito subjetivo do imputado à liberdade provisória, quando admissível, mesmo que a infração penal seja tida pela lei como inafiançável”.⁶⁷

Vale ressaltar, que o próprio legislador na elaboração dessas leis apresentaram contradições que nos permitem concluir que a presunção do *periculum* nunca foi absoluta.

Tendo em vista que em ambas legislações, permitiram a possibilidade de recurso sem a necessidade da prisão cautelar, diante da aferição do julgador para o caso em questão (art. 2º, § 2º, da Lei 8.072/90 e art. 59 da Lei 11.343/06). A controvérsia, ora apresentada, é latente, pois é idêntica a natureza jurídica dessas prisões cautelares. Portanto, essa controvérsia bastaria para que fosse possível a concessão de liberdade provisória ao acusado, tendo em vista que a interpretação deve ser sempre mais benéfica ao réu.

⁶⁵ GOMES, Luiz Flávio. Direito Processual Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pg 250-251.

⁶⁶ FRANCO, Alberto Silva. Crimes hediondos. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pg 489.

⁶⁷ TUCCI, Rogério Lauria. Direito e Garantia Individuais no Processo Penal Brasileiro. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pg 268.

Partidário deste posicionamento, Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly:

“De fato, se a liberdade de indivíduo processado pela prática de crime hediondo representa perigo presumido para a ordem pública, é conveniente para a instrução criminal ou para assegurar a aplicação da pena, não poderia, também, a açodada lei, conceder-lhe, tal como fez, o direito do apelo em liberdade, em razão da idêntica natureza jurídica dos institutos.

De todo, a interpretação, em face da contradição existente, haveria de ser mais benéfica ao réu, pois a liberdade, como já foi dito, antes da sentença penal condenatória com trânsito em julgado, é a regra diante do princípio do estado de inocência (STJ, Resp. nº 243.893-SP, DJU de 11.09.2000, p. 299)”.⁶⁸

Ainda na esteira da contradição, esta também está presente em nossos Tribunais, pois o posicionamento majoritário de nossa jurisprudência ainda é contrário à concessão da liberdade provisória nos crimes de tráfico de drogas. Contudo, há bastante posicionamento a favor da liberdade provisória, e nos parece que a tendência é evoluir para o entendimento majoritário.

A contradição por parte de nossa jurisprudência é evidência, diante da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.112-1, relatada pelo Ministro Ricardo Lewandowski, publicação em 26/10/2007, onde o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o artigo 21 do Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/03), que proibia a liberdade provisória para os acusados de porte ou posse ilegal de arma de fogo de uso permitido ou restrito e para o acusado de disparo de arma de fogo, sendo certo que o conteúdo deste dispositivo é idêntico ao da Lei dos Crimes Hediondos e da Lei de Drogas.

Por mais grave que seja o delito abstratamente, não pode o legislador retirar do magistrado o poder de decisão sobre a possibilidade ou não da liberdade provisória, pois somente diante do caso concreto que o julgador terá todas as informações para aferir a necessidade da custódia cautelar.

⁶⁸ DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assad. Curso de Processo Penal. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pg 201.

Sendo certo ainda, que o juiz dispõe de todas as ferramentas necessárias para realizar tal aferição, diante dos dispositivos do Código de Processo Penal e pautado na Constituição Federal. Tornando-se totalmente desnecessária as vedações inconstitucionais aqui tratadas.

Neste sentido, vejamos o posicionamento de Alberto Silva Franco, Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly:

“Isso não quer dizer que, em face do texto constitucional, houve um integral desarmamento do aparelhamento estatal de defesa: as medidas de coerção pessoal, enquanto cautelares, poderão e deverão ser decretadas, se presentes os seus pressupostos de aplicabilidade. O que se exclui, por ofensa à Constituição, é que o juiz fique adstrito a uma lei ordinária que o impeça de conceder, a todos, ou em relação a determinados delitos, a liberdade provisória e que o libere da verificação motivada da necessidade da prisão cautelar. Só assim será possível compatibilizar o direito do Estado à prisão cautelar e o indivíduo em não ser levado à prisão ou nela mantido, com ou sem fiança, através do direito de liberdade provisória”.⁶⁹

“Em outras palavras, nunca nos parece razoável que em toda e qualquer hipótese devesse ficar o juiz cerceado da possibilidade de conceder, diante das peculiaridades de cada caso concreto, a liberdade provisória”.⁷⁰

Nos delitos da Lei de drogas esse cerceamento a possibilidade de concessão de liberdade provisória por parte do juiz se torna ainda mais grave do que nos demais delitos, pois, em muitos casos a diferenciação entre o agente que está apenas na posse da droga para fins de uso próprio e aquele que está na posse da droga para fins de tráfico é muito tênue.

Imaginemos um caso onde o acusado é preso em flagrante apenas na posse da droga, e é acusado de cometer o delito de tráfico de drogas, sendo certo que não há nenhuma das hipóteses ensejadoras da prisão preventiva. Mesmo assim, o réu teria que responder o processo preso cautelarmente por longo período. E supondo que ao final fosse absolvido e desclassificada a imputação apenas para usuário, este teria sofrido com o cárcere sem necessidade, convivido por um longo período

⁶⁹ FRANCO, Alberto Silva. Crimes hediondos. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pg 495.

⁷⁰ DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assad. Curso de Processo Penal. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pg 200.

com reais delinqüentes, enquanto não há nem a possibilidade de pena privativa de liberdade para o delito no qual foi condenado. Sendo certo, que somente aconteceu a presente situação hipotética pelo cerceamento que os dispositivos aqui estudados geram ao magistrado, vedando a possibilidade de aferição em cada caso da necessidade da custódia cautelar.

Diante de todo o exposto, e pelos mais diversos motivos, constatamos que não pode haver a proibição à liberdade provisória sem fiança no tráfico de drogas, presente no artigo 2º, inciso II, da Lei 8.072/90 (antes da alteração da Lei 11.464/07), e no artigo 44 da Lei 11.323/06, diante da inconstitucionalidade.

Para melhor sedimentarmos esse entendimento, vejamos a posição de outros doutrinadores partidários da possibilidade da concessão de liberdade provisória em qualquer delito, como, Antonio Scarance Fernandes e Antônio Alberto Machado:

“Como visto, a tendência da legislação elaborada logo após a Constituição mostrou-se rigorosa: ampliou a prisão processual, com a prisão temporária, e restringiu excessivamente a liberdade provisória, chegando a vedá-la inteiramente em relação aos crimes hediondos. Tudo além do que poderia ser considerado o balanceamento necessário entre a segurança social e a liberdade individual, justamente quando a Constituição Federal acenava para a necessidade de ser atingido o ponto de equilíbrio, aumentando a proteção individual da liberdade principalmente com a consagração do princípio da presunção de inocência.

Não é fácil atingir o ponto justo e equilibrado, mas a regra deve ser a preservação da liberdade, só se admitindo a prisão se cautelar e quando estritamente necessária. A meta é produzir uma legislação que sirva eficazmente para combate a determinados delitos graves ou à criminalidade organizada, e que, ao mesmo tempo, preserve as garantias essenciais de um processo justo”.⁷¹

“A concessão da liberdade provisória, se não comparecerem os pressupostos da prisão preventiva, independe da natureza ou gravidade do crime. Assim, é perfeitamente possível, como já se viu anteriormente, a concessão desse benefício até mesmo ao acusado de crime hediondo. Tal benefício não está também vinculado à primariedade e aos bons antecedentes do réu ou indiciado. Ou seja, ainda que reincidente, o autor do fato criminoso poderá beneficiar-se

⁷¹ FERNANDES, Antonio Scarance. Processo Penal Constitucional. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pg 347-348 e 349.

da liberdade provisória, desde que não estejam configurados os motivos que ensejam a prisão preventiva”.⁷²

A doutrina é amplamente majoritária no sentido da possibilidade de concessão de liberdade provisória no crime de tráfico de drogas, já, a jurisprudência, ainda é, em sua maioria, defensora da proibição da liberdade provisória neste delito, entretanto, há muitos julgados em sentido contrário, em todas as instâncias, por essa razão, e pela evolução que está ocorrendo neste posicionamento, acreditamos que em breve a posição majoritária dos nossos tribunais será alterada.

3.4 Comparações com o Princípio da Individualização da Pena

A Constituição Federal assegura o princípio da individualização da pena no seu artigo 5º, inciso XLVI: “a lei regulará a individualização da pena”.

O objetivo da individualização da pena é buscar a retribuição através da sanção o mal concreto do crime, em consonância com a personalidade do criminoso.

O processo de individualização da pena se desenvolve em três fases complementares: a legislativa, a judiciária, e a executória.

A legislativa trata da fixação da pena para cada tipo penal, de acordo com a gravidade da ofensa e a importância do bem juridicamente tutelado. A judiciária por sua vez, diante das variações e diretrizes traçadas pelo legislador, o juiz cominará a pena ao caso concreto, e inclusive determinará seu modo de execução. Por último, a executória que concretiza a pena imposta ao condenado, nesta fase que efetivamente a sanção começa a atuar sobre o criminoso.

Além desse objetivo retributivo, e por isso é tão importante o princípio da individualização da pena, o aspecto da ressocialização do infrator também faz parte da essência da pena.

⁷² MACHADO, Antônio Alberto. *Prisão Cautelar e Liberdades Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, pg 252.

Visando a ressocialização, que nosso Direito Penal adota como fundamento o regime de progressão de pena, previsto no § 2º, do artigo 33, do Código Penal, obedecendo aos ditames legais, a fixação da pena imposta pelo juiz na condenação, e ao comportamento e as características pessoais do sentenciado durante o cumprimento da pena.

Dessa forma, a progressão do regime possibilita a reinserção do criminoso gradativamente a sociedade. A vedação a progressão de regime representa um desestímulo ao processo ressocializador.

A Lei 8.072/90 também estabeleceu essa vedação à progressão do regime prisional, impondo o cumprimento integral em regime fechado da pena privativa de liberdade, no seu artigo 2º, § 1º (antes da alteração da Lei 11.464/07). Neste dispositivo, o legislador mais uma vez exacerbou o tratamento constitucional, que previa um rigor maior a determinados crimes (art. 5º, inc. XLIII).

Tal dispositivo é de flagrante inconstitucionalidade, pois fere o princípio da individualização da pena. Com essa vedação o legislador considerou que todos os indivíduos que cometessem os delitos previstos na lei fossem iguais, com as mesmas características pessoais no cumprimento da pena, já que não podia se aferir o merecimento da progressão de regime pelo criminoso.

Apesar das diversas críticas a este dispositivo, no início prevaleceu na jurisprudência o entendimento da constitucionalidade da vedação.

Porém, em 23 de fevereiro de 2006, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, através do julgamento do *Habeas Corpus* nº 82.959/SP, relator Ministro Marco Aurélio, julgaram que essa proibição à progressão do regime de cumprimento da pena para os condenados por crimes hediondos e equiparados conflitava com a garantia da individualização da pena, declarando tal vedação inconstitucional. Esta decisão não teve efeito vinculante, porém a jurisprudência passou a decidir neste sentido.

É evidente que a proibição de progressão de regime não é o modo justo e coerente para o cumprimento da pena, pois esta deve ser individual para cada sentenciado.

Este princípio da individualização da pena tem importância no presente trabalho, para constataremos que essas proibições arbitrárias do legislador, ultrapassando os limites constitucionais se revestem de um rigor exacerbado e contrário ao ordenamento jurídico.

Mas, a principal importância desta análise entre a vedação imposta a progressão do regime e a vedação à liberdade provisória, tem por objetivo uma comparação entre os institutos, pois o legislador em ambas proibições restringiu determinados direitos do homem de forma obrigatória, geral e no campo abstrato, ou seja, se é inconstitucional ferir a individualidade da pena, por analogia, é inconstitucional ferir a individualidade do processo, e ainda mais, a individualidade das medidas cautelares de prisão.

Portanto, o melhor seria o legislador traçar as diretrizes legais, mas deixar a cargo da aferição do magistrado diante de cada caso, e assim, respeitar a individualização de cada processo, afinal cada caso concreto tem suas peculiaridades e cada acusado suas características. Permitindo-se ao juiz fixar de forma individual a pena ao condenado, e da mesma forma, decidir sobre a possibilidade da concessão da liberdade provisória ao acusado em cada caso concreto.

Outro ponto de convergência que vale mencionar, diz respeito ao posicionamento da jurisprudência na análise da constitucionalidade de tais proibições, sendo certo que em ambos os casos, inicialmente, o posicionamento majoritário é favorável à constitucionalidade, e com o passar do tempo, o posicionamento tende a evoluir para o entendimento da inconstitucionalidade de tais vedações. Sobre a proibição de progressão do regime foi inclusive considerado pelo Supremo Tribunal Federal inconstitucional, e da mesma forma, acreditamos que acontecerá com a proibição à liberdade provisória de forma obrigatória e geral.

Vale ressaltar, que a Lei 11.464/07, modificou a redação do §1º, do artigo 2º, da Lei dos Crimes Hediondos e determinou que a pena por esses crimes fosse cumprida inicialmente em regime fechado, admitindo, portanto, a progressão do regime prisional.

3.5 Alterações Implementadas pela Lei 11.464/2007

O advento da Lei nº 11.464 de 28 de março de 2007, alterou a Lei nº 8.072/90, trazendo modificações significativas aos crimes hediondos e equiparados. Em especial para o presente estudo, a alteração do artigo 2º, inciso II, que passou a proibir aos crimes hediondos e equiparados, expressamente apenas a fiança, e assim permitindo a concessão da liberdade provisória.

Desta forma, o legislador corrigiu o erro cometido na elaboração da Lei dos Crimes Hediondos, e na Lei de Drogas, com a vedação apenas a liberdade provisória com fiança, harmonizando a situação com a determinação constitucional prevista no inciso XLIII, do artigo 5º, e com a unidade da Constituição Federal como um todo.

Embora minoritário, ainda, há entendimento doutrinário que a proibição da liberdade provisória continua em vigor nestas leis.

Quanto à Lei dos Crimes Hediondos, o argumento versa sobre o aspecto, que o legislador apenas retirou uma redundância do texto legal, pois se veda à fiança (que é o menos), estaria vedando a liberdade provisória sem fiança também (por ser o mais). Data vênia, tal posicionamento está totalmente equivocado, pelos argumentos já explanados anteriormente.

Em relação à Lei de Drogas, além desse argumento já superado, defendem a tese da manutenção da proibição de liberdade provisória no tráfico de drogas, afirmando que a lei 11.464/07 não revogou a parte do artigo 44 da Lei de Drogas que prevê essa vedação, por essa ser lei especial, e aquela lei geral.

Com a devida vênia tal argumento não deve prosperar, por se tratar de tese juridicamente equivocada, pois se baseia no princípio da especialidade, porém, não é o caso, não há conflito aparente de normas. O que ocorreu foi uma sucessão, no tempo, de leis processuais materiais, onde a Lei 11.464/07 revogou tacitamente o artigo 44 da Lei de Drogas (na parte que proíbe a liberdade provisória), com fundamento no princípio da posterioridade, ou seja, a lei posterior revogou a lei anterior.

Como ensinam Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha, não se pode confundir o instituto da sucessão de leis (conflitos de lei no tempo) com o conflito aparente de leis:

“A diferença entre o conflito aparente de leis penais (ou de normas penais) e a sucessão de leis penais (conflito de leis penais no tempo) é a seguinte: o primeiro pressupõe (e exige) duas ou mais leis em vigor (sendo certo que por força do princípio *ne bis in idem* uma só norma será aplicável); no segundo (conflito de leis penais no tempo) há uma verdadeira sucessão de leis, ou seja, a posterior revoga (ou derroga) a anterior. Uma outra distinção: o conflito aparente de leis penais é regido pelos princípios da especialidade, subsidiariedade e consunção. O que reina na sucessão de leis penais é o da posterioridade”.⁷³

Portanto, não é mais necessária à discussão sobre a inconstitucionalidade dos dispositivos que vedavam a liberdade provisória sem fiança para o crime de tráfico de drogas, pois tais normas legais não mais existem, com o advento da Lei 11.464/07 foram revogadas, liberando o juiz para a aferição da possibilidade de conceder à liberdade provisória ao acusado.

A doutrina majoritária é partidária deste entendimento, vejamos alguns destes posicionamentos: de Luiz Flávio Gomes, Guilherme de Souza Nucci, Fábio Ramazzini Bechara, Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly:

“A lei dos crimes hediondos (Lei 8.072/1990), em sua redação original, proibia, nesses crimes e nos equiparados, a concessão de liberdade provisória (essa é a liberdade que acontece logo após a prisão em flagrante, quando injustificada a prisão cautelar do

⁷³ GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches. Cabe Liberdade Provisória no Tráfico de Drogas? 15 jan. 2008. Disponível em <www.iuspedia.com.br>.

sujeito). Tráfico de drogas sempre foi considerado crime equiparado (desde 1990). A mesma proibição foi reiterada na nova lei de drogas (Lei 11.343/2006), em seu art. 44. A partir de 08.10.06 (data em que entrou em vigor esta última lei), a proibição achava-se presente tanto na lei geral (lei dos crimes hediondos) como na lei especial (lei de drogas).

Esse cenário foi completamente alterado com o advento da Lei 11.464/2007 (vigente desde 29.03.07), que suprimiu a proibição da liberdade provisória nos crimes hediondos e equiparados (prevista então no art. 2º, inciso II, da Lei 8.072/1990). Como se vê, houve uma sucessão de leis processuais materiais. O princípio regente (da posterioridade), destarte, é o seguinte: *a lei posterior revoga a lei anterior* (essa revogação, como sabemos, pode ser expressa ou tácita; no caso, a Lei 11.464/2007, que é geral, derogou parte do art. 44 da Lei 11.343/2006, que é especial). Em outras palavras: desapareceu do citado art. 44 a proibição da liberdade provisória, porque a lei nova revogou (derrogou) a antiga, seja porque com ela é incompatível, seja porque cuidou inteiramente da matéria”.⁷⁴

“167. Vedação à liberdade provisória: seguindo o mesmo parâmetro da Lei 8.072/90 (art. 2º, II, na sua anterior redação), proibiu-se a concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, aos autores dos crimes de tráfico ilícito de drogas (arts. 33, caput, e § 1º, e 34 a 37 desta Lei). Com a edição da Lei 11.464/2007, que alterou o art. 2º, II, da Lei dos Crimes hediondos, permanece a proibição, apenas, da concessão de liberdade provisória, com fiança, aos autores de delitos hediondos e equiparados (dentre eles, o tráfico ilícito de drogas). Porém, liberou-se o magistrado para a concessão da liberdade provisória, sem fiança”.⁷⁵

“A supressão do texto do art. 2º, II, da vedação da liberdade provisória, pela Lei n. 11.464/2007, soluciona o impasse e a discussão acima enunciada, deixando sob a responsabilidade do juiz a verificação, em cada caso concreto, dos pressupostos da prisão cautelar a fim de justificar a necessidade de manutenção da prisão ou o deferimento da liberdade provisória. O juiz, todavia, não poderá perder de vista o fato de que o legislador constitucional presumiu, nos crimes hediondos e assemelhados, que a liberdade do agente implica maior risco aos interesses da persecução. É evidente que tal presunção não é absoluta”.⁷⁶

“Toda essa polêmica, contudo, já perdeu o seu objeto. A Lei nº 11.464/07 modificou substancialmente a Lei dos Crimes Hediondos, elidindo a vedação expressa de concessão da liberdade provisória”.⁷⁷

⁷⁴ GOMES, Luiz Flávio. Liberdade provisória no delito de Tráfico de Drogas. Clubjus, Brasília-DF: 25 jan. 2008. Disponível em: <<http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.15028>>.

⁷⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pg 349.

⁷⁶ BECHARA, Fábio Ramazzini. Legislação Penal Especial. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pg 09.

⁷⁷ DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assad. Curso de Processo Penal. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pg 201.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal como dogma máximo do nosso sistema jurídico, consagra os mais importantes princípios do Estado Democrático de Direito, e estabelece os Direitos Fundamentais inerentes a todo Homem, prevendo, inclusive, as garantias que os asseguram, ou determinando que o legislador as elaborem.

Embora, a nossa Carta Magna seja um sistema único, há situações de aparente conflito entre os princípios, direitos ou normas, porém, tais situações devem ser solucionadas através da interpretação, proporcionalidade e razoabilidade em cada situação, prevalecendo um ou outro, mas nunca suprimindo por completo nenhum deles. A aferição de qual irá se sobrepor naquele momento deve constatar o que é mais adequado e necessário, com o menor dano ao outro instituto, mas sempre interpretando e ponderando sob o prisma da unidade da Constituição.

Constata-se assim, que os princípios e direitos fundamentais não são absolutos, podem ser relativizados frente a outros da mesma importância. Entretanto, o princípio constitutivo da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, e alicerce da Constituição Federal, e, por conseguinte de todo ordenamento jurídico, não comporta exceção, deve sempre ser respeitado.

A nossa Carta Magna não assegura apenas os direitos fundamentais individuais, mas também os coletivos (da sociedade), por isso a própria Constituição possibilita a mitigação dos direitos do indivíduo que comete um delito, respaldando o *jus puniendi* do Estado.

Sendo certo que quanto mais importante o bem jurídico tutelado, e mais grave a infração penal, maior será a retribuição punitiva. A própria Constituição estabelece rigor maior para determinados crimes, como no artigo 5º, inciso XLIII, que foi elemento fundamental para o presente estudo.

Embora, determinados delitos mereçam um tratamento mais severo, os textos legais não devem ser editados de forma passional, a luz da pressão popular e meios de comunicação sensacionalistas, sem o devido estudo e debate, elaborando-os por objetivos políticos e não jurídicos.

E deste sentido que o legislador editou a Lei nº 8.072/90, totalmente influenciado pelo movimento da Lei e da Ordem, diante dos acontecimentos recentes na sociedade. Embora, tenha cumprido o mandado de criminalização constitucional, o legislador extrapolou seu conteúdo, quando proibiu no artigo 2º, inciso II, a liberdade provisória sem fiança para os crimes hediondos e equiparados. Nesta toada, tal vedação para os crimes de tráfico de drogas, posteriormente também foi estipulada no artigo 44, da Lei de Drogas (nº 11.343/06).

Contudo, como demonstrado no presente trabalho, tais vedações não possuem previsão constitucional, são criações do legislador infraconstitucional.

Diante de todo o exposto, os dispositivos que determinaram a proibição de liberdade provisória no tráfico de drogas são eivados de flagrante inconstitucionalidade, pois além de ferir o direito-garantia da liberdade provisória (art. 5º, inc. LXVI, da CF), é contrário à unidade da Carta Magna, tendo em vista que conflita com os mais importantes princípios e direitos fundamentais, quais sejam: do devido processo legal, da legalidade, da proporcionalidade e razoabilidade, da presunção de inocência, da liberdade, e por conseqüência, até o princípio da dignidade da pessoa humana. Portanto, são uma afronta ao próprio Estado Democrático de Direito.

O legislador, embora com muito atraso, consertou tais equívocos e sanou a inconstitucionalidade dos dispositivos em questão, com a entrada em vigor da Lei 11.464/07, que alterou o artigo 2º, inciso II, da Lei dos Crimes Hediondos, suprimindo a vedação à liberdade provisória, bem como, revogou parte do artigo 44, da Lei de Drogas, que proibia a concessão de tal direito à liberdade.

A análise da concessão da liberdade provisória deve ser feita em cada caso, diante das peculiaridades de cada processo, das características de cada acusado,

ou seja, o magistrado diante do caso concreto deve aferir a real necessidade de se manter a custódia cautelar ou de decretá-la, ou se é caso de conceder a liberdade provisória ao imputado.

Evidente que a discricionariedade do juiz não pode ser total, mas engessá-lo, retirando-lhe o poder de decisão diante do caso concreto é um arbítrio do Estado na persecução penal. O magistrado tem todos os elementos necessários para decidir a questão, pautando-se sempre nos preceitos constitucionais, obedecendo aos parâmetros legais, e diante das peculiaridades de cada caso.

A vedação à liberdade provisória de forma geral, obrigatória e em abstrato é equivalente a uma prisão preventiva de caráter obrigatório, e dessa forma, a medida cautelar perderia sua natureza e objeto, seria uma verdadeira antecipação de pena ao acusado. E ainda uma inversão do sistema, pois a regra é a liberdade.

O direito penal deve ser tratado como *ultima ratio* do ordenamento jurídico, e a prisão cautelar, por certo, deve ser a “*ultima ratio da ultima ratio*”, ou seja, somente em casos de extrema necessidade e adequação da medida ao caso concreto que o magistrado deve se valer desse instituto, sob pena de ferir os mais importantes direitos fundamentais da pessoa humana, bem como os princípios basilares do nosso sistema jurídico.

É necessário aparelharmos o *jus puniendi* do Estado, através de uma legislação e persecução criminal eficaz, principalmente para os delitos graves, porém, respeitando os direitos do homem e preservando as garantias de um processo justo. E, embora, não seja fácil, deve-se achar o equilíbrio, mas partindo-se da preservação da liberdade como regra, utilizando-se do instituto da prisão cautelar apenas em casos estritamente necessários.

Como conclusão final do presente estudo, pelos mais diversos motivos analisados e constatados anteriormente, enseja que a liberdade provisória sem fiança no crime de tráfico de drogas não é proibida no nosso ordenamento jurídico, e que nenhuma forma de vedação a este direito-garantia deve existir de forma geral e obrigatória, com fundamento em toda a unidade da Constituição Federal.

BIBLIOGRAFIA

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário Jurídico Brasileiro Acquaviva**. 9ª ed., São Paulo: Jurídica Brasileira, 1998.

ALVIM, Márcia. **S.O.S. Monografia Jurídica**. São Paulo, Saraiva, 2009.

_____. Palestra ministrada no curso de pós-graduação *lato sensu* – especialização em direito penal e direito processual penal, em 17 de outubro de 2009.

ANGHER, Anne Joyce (org.). **Vade Mecum acadêmico de direito**. 6ª ed. São Paulo: Rideel, 2008.

ANTUNES, Flavio Augusto. **Presunção de Inocência e Direito Penal do Inimigo**. Dissertação (Mestrado em Direito) - PUC/SP, 2010.

ARRUDA, Samuel Miranda. **Drogas: Aspectos Penais e Processuais Penais**. São Paulo: Método, 2007.

BALDAN, Édson Luís. **Tratado Temático de Processo Penal**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

BARROSO, Luís Roberto *et al.* **A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 2003.

BECHARA, Fábio Ramazzini. **Legislação Penal Especial**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

- BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de Inocência no Processo Penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- BOITEUX, Luciana (coord.). **Tráfico de Drogas e Constituição**. Brasília – Rio de Janeiro: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça: UFRJ, PNUD, 2009.
- BONESANA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Trad. Alexis Augusto Couto Brito. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da (coords.). **Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais – Visão Luso-Brasileira**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assad. **Curso de Processo Penal**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. **A Interpretação Constitucional e o Princípio da Proporcionalidade**. São Paulo: RCD, 2005.
- FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Crimes Hediondos: notas sobre a Lei 8.072/90.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

GOMES, Luiz Flávio. **Liberdade provisória no delito de Tráfico de Drogas.** Clubjus, Brasília-DF: 25 jan. 2008. Disponível em: <<http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.15028>>. Acesso em 07 de outubro de 2010.

_____. **Direito Processual Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____; CUNHA; Rogério Sanches. **Cabe Liberdade Provisória no Tráfico de Drogas?** 15 jan. 2008. Disponível em <<http://www.iuspedia.com.br>>. Acesso em 07 de outubro de 2010.

GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos, Prevenção e Repressão.** 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Tutela Constitucional das Liberdades.** São Paulo: Saraiva, 1989.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal.** 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. **Nova Lei Antidrogas Comentada: crimes e regime processual penal.** Curitiba: Juruá, 2006.

GUIMARÃES, Marcello Ovidio Lopes (coord.). **Nova Lei Antidrogas Comentada.** São Paulo: Quartier Latin, 2007.

JESUS. Damásio Evangelista de. **Código de Processo Penal Anotado.** 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

LEAL, João José. **Crimes Hediondos: aspectos político-jurídicos da lei nº 8.072.** São Paulo: Atlas, 1996.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LUISI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MACHADO, Antônio Alberto. **Prisão Cautelar e Liberdades Fundamentais.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

MARCAO, Renato Flávio. **Tóxicos – Lei 11.343 Nova Lei de Drogas Anotada e Interpretada.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

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

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

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal.** 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MONTEIRO, Antonio Lopes. **Crimes Hediondos: comentários e aspectos polêmicos.** 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOTA, Leda Pereira; SPITZCOVSKY, Celso. **Curso de Direito Constitucional.** 5ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo.** 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Manual de Processo e Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NUNES, Rizzatto, **Manual da Monografia: como se faz uma monografia, uma dissertação, uma tese**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

PORFÍRIO, Geórgia Bajer Fernandes de Freitas. **A Tutela da Liberdade no Processo Penal**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SABATOVSKI, Emílio; FONTOURA, Iara Purcote. **Nova Lei Antidrogas**. Curitiba: Juruá, 2006.

SANGUINÉ, Odone. **Inconstitucionalidade da Proibição de Liberdade Provisória**. Fascículos de Ciências Penais. v. 3, n. 4. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990.

SANTOS, José Carlos Daumas. **Prisões Cautelares e Liberdade Provisória no Processo Penal Brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito) - PUC/SP, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SENADO FEDERAL. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/legislacao/>>. Acessos entre 07 de agosto a 05 de novembro de 2010.

SEVERINO, Antonio Joaquim. **Metodologia do Trabalho Científico**. 20ª ed. São Paulo: Cortez, 1996.

SILVA. Marco Antonio Marques da (coord.). **Processo Penal e Garantias Constitucionais**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

_____. **Tratado Temático de Processo Penal**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acessos entre 12 de agosto de 2010 a 04 de novembro de 2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acessos entre 12 de agosto de 2010 a 04 de novembro de 2010.

TAIAR, Rogério. **A Dignidade da Pessoa Humana e o Direito Penal – A Tutela dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: SRS Editora, 2008.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direito e Garantia Individuais no Processo Penal Brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.