

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO PROCESSUAL E PRÁTICA FORENSE
COORDENADORIA DE MONOGRAFIAS

**LIBERDADE PROVISÓRIA COM OU SEM FIANÇA E DIREITO DE
RECORRER EM LIBERDADE NOS PROCESSO DE TRÁFICO
ILÍCITO DE ENTORPECENTES E DROGAS AFINS**

MARCELO CARLIN

MONOGRAFIA APRESENTADA AO CURSO DE GRADUAÇÃO EM
DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA, COMO
REQUISITO À OBTENÇÃO DO GRAU DE BACHAREL EM DIREITO.

ORIENTADOR: VALDEMIRO BORINI.

FLORIANÓPOLIS, NOVEMBRO DE 1996.

**O PRESENTE TRABALHO, NA CONDIÇÃO DE MONOGRAFIA FINAL À
CONCLUSÃO DE CURSO NOS TERMOS DO ARTIGO 9º DA PORTARIA
MINISTERIAL N. 1.886/94**

FOI APROVADO PELA BANCA EXAMINADORA

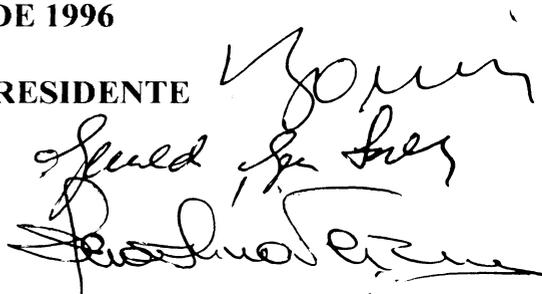
FLORIANÓPOLIS, 10 DE DEZEMBRO DE 1996

PROFESSOR VALDEMIRO BORINI - PRESIDENTE

GERALDO GAMA SALLES - MEMBRO

VERA LÚCIA TEIXEIRA - MEMBRO

MÔNICA ELIAS DE LUCCA ENTRES - SUPLENTE



“ OS HOMENS TORTURAM PARA SABER SE SE DEVE TORTURAR ”.

(SANTO AGOSTINHO. Apud: BATISTA, Weber. Martins. Liberdade Provisória. p. 02).

Agradecimentos

A todos aqueles que me incentivaram e/ou de alguma forma me ajudaram durante o elaborar desse trabalho, em especial:

meus pais, Nilton Carlin e Neida Maria Carlin, minhas irmãs, Leticia Carlin e Fernanda Carlin, pelo incentivo e apoio em todos os momentos;

todos os meus colegas de turma, pela compreensão e amizade que me dispensaram nestes cinco anos de ótima convivência na graduação e, especialmente nesses meses finais em que dividimos algumas tristezas, angústias e alegrias.

Professor Dr. Valdemiro Borini, que, além de ser um brilhante orientador, permitiu-me desenvolver minhas próprias idéias.

SÚMARIO

INTRODUÇÃO	01
CAPÍTULO I - TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E LEI DE CRIMES HEDIONDOS: NOÇÕES FUNDAMENTAIS	04
1. O problema das Drogas	04
2. A reação Contra o Consumo e o Tráfico de Drogas	06
3. A Constituição de 1988 e os Crimes Hediondos	12
4. A Lei de Crimes Hediondos e o Tráfico de Drogas	17
CAPÍTULO II - O PROCESSO CAUTELAR PENAL E A PRISÃO CAUTELAR PENAL	21
1. O processo Cautelar Penal	21
2. Peculiaridades do Processo Cautelar	24
3. Classificação das Medidas Cautelares	25
4. Condições da Ação Cautelar	26
5. Poder Cautelar do Juiz e suas Limitações	28
6. A prisão Cautelar	29
7. Direitos e Garantias Individuais Constitucionais no Processo Penal Brasileiro.....	35
8. A presunção de Inocência e a Prisão Cautelar	37
CAPÍTULO III - LIBERDADE PROVISÓRIA COM OU SEM FIANÇA	44
1. Conceito de Liberdade Provisória	44
2. Antecedentes	48
3. Espécies	49
4. Liberdade Provisória com Fiança	50
5. Crimes Inafiançáveis	53
6. Liberdade Provisória Sem Fiança	56
7. A Liberdade Provisória na Atual Constituição	59
8. A Liberdade Provisória na Lei de Crimes Hediondos	59
CAPÍTULO IV - DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE	65
1. O recurso de Apelação no Sistema do Código de Processo Penal	65
2. O art. 35 da Lei de Tóxicos e o Art. 2º, parágrafo 2º, da Lei de Crimes Hediondos.....	67
CONSIDERAÇÕES FINAIS	73
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	77

INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como objeto principal o estudo da liberdade provisória com ou sem fiança e o direito de recorrer em liberdade, especialmente no tráfico ilícito de entorpecentes.

Para tal, é necessário que se estabeleçam diretrizes de estudos e limites de pesquisa.

Inicialmente, todas as questões estudadas serão em função do Código de Processo Penal, ou seja, as regras gerais de procedimento sobre liberdade provisória e direito de recorrer em liberdade, para posteriormente se partir para uma análise específica desses institutos nos processos de crime de tráfico de drogas, levando em consideração o disposto na Lei de Tóxicos (6.368/76), na Constituição Federal de 1988 e na Lei de Crimes Hediondos (8.072/90).

A metodologia utilizada será a pesquisa bibliográfica para o embasamento teórico, concomitante com a análise jurisprudencial e pesquisa de documentos.

Inicia-se o estudo pelo problema das drogas, abordando-se a política criminal para reprimir o consumo e o tráfico de entorpecentes, ou seja as medidas adotadas no nosso ordenamento para combater as drogas. Procura-se fazer uma relação entre o aumento da criminalidade e as drogas, assim como superficialmente, levantar alguns posicionamentos acerca da real eficácia da política repressiva que busca com leis duras combater a criminalidade, analisando alguns dos motivos que levaram o legislador Constituinte e, posteriormente o legislador ordinário, a estabelecerem algumas restrições a determinados crimes. Essa análise inicial, embora não seja o principal objetivo do trabalho, é indispensável, para situar o problema das drogas.

O Processo Cautelar Penal e a Prisão Cautelar serão analisados no segundo capítulo para situar o leitor e posteriormente abordaremos os institutos da liberdade provisória e do direito de apelar em liberdade, pois imprescindíveis para o estudo. Portanto no segundo capítulo, será feita a conceituação de alguns institutos, das suas características principais, procurando levantar alguns posicionamentos doutrinários sobre os mesmos frente a Constituição Federal e os direitos e garantias individuais por ela consagrados.

Nos dois últimos capítulos serão analisados, respectivamente, a liberdade provisória com ou sem fiança e o direito de recorrer em liberdade. Quando se pensa em prisão cautelar e liberdade provisória e direito de apelar em liberdade em alguns crimes que causam enorme repercussão social, como é o caso dos crimes hediondos e o

tráfico ilícito de entorpecentes, há que se fazer a distinção entre o pensamento doutrinário e a real aplicação de tais medidas no dia a dia dos processos.

Desde já deve-se ter claro que em nenhum momento pretende-se com esse trabalho defender o traficante de drogas, mas sim buscar fazer um estudo da posição doutrinária e jurisprudencial, com o objetivo de verificar se os efeitos da adoção dessas medidas tão severas, assim como aprofundarmos nosso conhecimento nessa área do direito. Por último, convém ressaltar que o tema é por demais difícil e complexo. Algumas questões não merecerão uma análise mais profunda, pois o trabalho certamente ultrapassaria o limite imposto pelo regulamento da monografia, ficando em aberto a hipótese desse estudo em trabalhos posteriores.

CAPÍTULO I

TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E DRUGAS AFINS E A LEI DOS CRIMES HEDIONDOS: NOÇÕES FUNDAMENTAIS

1. O Problema das Drogas

O uso de substâncias entorpecentes ¹ ou que determinem dependência física ou psíquica tem preocupado todas as nações civilizadas. A toxicomania que segundo a Organização Mundial da Saúde, em GRECO FILHO, “*é um estado de intoxicação periódico ou crônico, nocivo ao indivíduo, pelo consumo repetido de droga natural ou sintética*” ², além da deterioração pessoal que provoca, projeta-se como problema eminentemente social, quer como fator criminógeno, quer como enfraquecedora das forças laborativas do país, quer como deturpadora da consciência nacional.

¹ Segundo MURAD, José Elias, In: **Drogas: O que é preciso saber?** 4. ed. Belo Horizonte: Lê, 1992, p 15-16, entorpecente “é o que produz entorpecimento ou torpor. Legalmente, considerado como sinônimo de tóxico”. Por tóxico entende o autor como toda aquela substância “que faz mal ao organismo”.

² GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos: Prevenção - repressão**; Comentários à Lei 6.368, de 21.10.76, p. 3.

O consumo de drogas lança o viciado em uma espécie de conflito, chamado secundário, no qual o dependente perde a condição de trabalhar, enfraquece fisicamente, sente-se vencido e marginalizado.³ Esta perda da capacidade de trabalho retira a possibilidade econômica de aquisição da droga, tornando o toxicômano presa fácil dos traficantes que lhe oferecem um meio de obtenção do entorpecente, qual seja, a participação no tráfico mediante comissão. Outras atividades criminosas, igualmente, desenvolvem-se para obtenção de recursos, como o furto, o roubo, o estelionato em suas diversas formas.

Certamente pode-se afirmar que o crescente consumo de drogas está intimamente ligado ao aumento da criminalidade, que nos últimos anos é o fenômeno social que mais preocupa os governos e os particulares, atingindo ricos e pobres, moradores de mansões e de favelas. O fenômeno se evidencia, principalmente, nos centros urbanos, sendo preocupante a sua expansão, com ênfase sobretudo à criminalidade violenta, que é aquela cujos efeitos mais se exteriorizam, e ao crime organizado. O crime, de acontecimento excepcional passou a corriqueiro, estatisticamente normal, passou a ser discutido no dia a dia das pessoas alcançando a mídia e podemos até dizer, passou a ser “colunável”.

Este aumento progressivo da violência e da criminalidade, aliados ao descrédito da Administração Pública, principalmente no que se refere ao setor

³ Para MURAD, Op. Cit. p.15-16, droga é toda “substância ou produto que altera as funções o organismo. Sob o ponto de vista popular, usa-se a palavra como sinônimo de tóxico.”

Segurança Pública, resulta em um sentimento de medo e insegurança que invade a consciência de todos. A falta de atuação do poder público repercute claramente no trinômio repressivo: Judiciário, Polícia e Penitenciária, que do mesmo modo está desacreditado.

O intenso clima de violência, que marca o cotidiano das grandes cidades brasileiras, responsável por uma generalizada e indisfarçável síndrome do medo, contribui para o surgimento de leis repressivas, como a Lei de Crimes Hediondos (8.072/90), que terá como objeto deste estudo duas de suas restrições; liberdade provisória com ou sem fiança e direito de recorrer em liberdade, especificamente no tráfico ilícito de entorpecentes. Para Alberto ZACHARIAS, citado por GOMES, o *“incremento na criminalidade tem gerado uma forte demanda por “políticas criminais duras” que representem respostas estatais, de um lado, ampliadoras do espectro de incidência do sistema penal e, de outro, recrudescedoras das sanções.”*⁴

2. A Reação Contra o Consumo e o Tráfico de Drogas

Nas últimas décadas, tendo o tóxico assumido proporções alarmantes, começa a surgir uma consciência favorável a uma reação punitiva mais severa e eficaz. João José LEAL assevera que a cruzada contra as drogas se deu em nível internacional, principalmente em países como Estados Unidos, Colômbia, Itália, México e Bolívia, além de outros do Oriente Médio e da Ásia.⁵

⁴ GOMES, Luiz Flávio. **Crime Organizado**. 1995, p. 8.

No Brasil, fez-se necessário o surgimento de um aparelho jurídico que efetivamente pudesse prevenir e reprimir o consumo e o tráfico de drogas. Inicialmente veio a Lei 5.726/71, cuja vigência perdurou por apenas cinco anos, sendo substituída pela Lei n.º 6.368/76.⁶

A legislação em vigor possui medidas de combate as drogas divididas em três tipos: preventivas, terapêuticas e repressivas. Tais medidas devem visar atingir os dois pólos, quais sejam, a oferta e a procura, o traficante e o que possa tornar-se viciado, a facilidade de obtenção da droga e o narcômo em potencial. As medidas preventivas, aquelas que visam evitar a implantação do vício, aplicam-se ao destinatário das drogas, ou seja, à população, e ao fornecedor. Em relação ao destinatário, as medidas preventivas são educacionais e sociais, as primeiras com o objetivo de conscientizar a população sobre os malefícios das drogas, e as segundas, com o objetivo de eliminar as condições sociais favoráveis à implantação do vício. Quanto ao fornecedor, as medidas preventivas consistem no controle da produção e distribuição de substâncias entorpecentes ou que causem dependência física ou psíquica.

⁵ LEAL, João José. **Crimes Hediondos: Aspectos políticos-jurídicos da Lei n.º 8.072/90**. São Paulo: Atlas, 1996, p.12

⁶ Atualmente trâmite no Congresso Nacional o projeto de Lei nº 1.873, de 1991, de autoria do Deputado Federal Elias Murad, que procurava atualizar a legislação sobre drogas. Na elaboração do projeto três pontos foram considerados fundamentais na elaboração do projeto de lei: 1º) a atenuação da situação atual do usuário, dependente ou não; 2º) a criação da figura intermediária entre o usuário e o traficante; 3º) o maior rigor no tratamento legal a ser dado ao traficante.

As medidas terapêuticas visam facilitar a reabilitação dos viciados, como tratamentos em regime hospitalar (internação), extra-hospitalar ou ambulatorial, com assistência do Serviço Social (art. 9 e 10 da Lei n.º 6.368, de 21 de outubro de 1976).

As medidas repressivas, que para o estudo possuem maior importância, *“são penais quando a sanção corresponde a pena criminal, e administrativas quando, visando reprimir o abuso ou desvio de autorização na produção, manuseio ou distribuição de substâncias controladas, determinam a cassação de referida autorização”*⁷

Criminalizando condutas surge a chamada Lei de Tóxicos (Lei n. 6.368/76), no qual se nota que o legislador quis, na verdade, reprimir o tráfico de drogas de maneira exasperada, pelo perigo que representa à saúde e paz públicas. No entendimento do desembargador catarinense Marcílio MEDEIROS, a legislação vigente (6.368/76) procurou punir com mais rigor o traficante do que o simples usuário, pois *“aquele é o tipo mais perigoso dos indivíduos ligados aos tóxicos”*.⁸ Como assinala Edvaldo Alves da SILVA, *“o ponto básico de toda degradação moral e social dos toxicôminos, nada mais é do que o próprio traficante. Enriquecem às custas das vicissitudes alheias, exploram a miséria e vivem sobre a degradação moral daqueles que imploram a manutenção do vício(...)”*⁹

⁷ GRECO FILHO. Op. cit., p.32.

⁸ MEDEIROS, Marcílio., In: JC.

⁹ SILVA, Edvaldo Alves da. *Tóxicos*, p. 49

Ao comentar sobre o tráfico de drogas, Igor TENÓRIO e Inácio Carlos Dias LOPES apontam que a mais repulsiva das organizações criminosas e seu alastramento no mundo contemporâneo é assustador, tanto na envergadura das organizações quanto na disseminação das atividades de tráfico.¹⁰

A figura do traficante causa profunda aversão à determinada parte da sociedade, visto que a ele é imputado, quase que totalmente, a culpa pelo problema dos tóxicos. A questão não é tão simplista. Como bem observa a Juíza Maria Lúcia KARAM

Talvez o caminho seja mais árduo. A fantasia é sempre mais fácil e mais cômoda. Com certeza, é mais simples para os pais de um menino drogado culpar o fantasma do traficante, que, tratar de conflitos familiares latentes, que mais provavelmente, motivam o vício. Como, certamente, é mais simples, para as sociedades, permitir a desapropriação do conflito e transferi-lo para o Estado, esperando a enganosamente salvadora intervenção do sistema penal.¹¹

Elias MURAD explica que o maior difusor da droga é o dependente, ou seja, o usuário traficante, aquele que se utiliza da droga, e para manter o seu vício, acaba se tornando fornecedor dos seus colegas e amigos. Conclui ainda que em pesquisa feita com 1.660 usuários de drogas no Centro de Orientação sobre Drogas José Elias Murad, da FULIBAN (Fundação Libanesa de Minas Gerais), *“a esmagadora maioria afirmou que foi levada ao uso de drogas pelos colegas, amigos ou amigas,*

¹⁰ TENÓRIO, Igor, LOPES, Inácio Carlos Dias. **Crime Organizado**. P. 61

¹¹ KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. Niterói - RJ: Luam, 1991, p. 67.

*companheiros ou companheiras, conhecidos ou conhecidas, namorados ou namoradas e não pelo traficante.”*¹²

O tráfico de entorpecentes é uma questão muito complexa, trata-se de um problema de cunho social, cultural, econômico e político. No Estado do Rio de Janeiro encontramos a situação mais preocupante no que concerne ao tema tráfico de drogas. Em determinadas favelas onde o Estado não atua cumprindo suas obrigações sociais (saúde, educação, segurança), o traficante acaba assumindo o papel do Estado, tendo a simpatia da população que não colabora com a Polícia no combate ao tráfico de drogas. A falta de apoio da população foi um dos maiores obstáculos à ação do exército na chamada “Operação Rio”.

Citando MINGARDI, Luiz Flávio Gomes, salienta que:

[...]os sinais mais perceptíveis de existência do crime organizado vêm de certas regiões ou áreas bem definidas do país. O Rio de Janeiro, ele afirma, pela sua milagrosa topografia, é constantemente lembrado como local onde já haveria crime organizado. A essa conclusão se chega diz o professor da USP, porque lá se constata mais nitidamente um certo entrosamento entre o jogo do bicho, o tráfico de drogas e de armas e a extorsão; recrutamento de “soldados” dessas atividades é mais localizado (favelas) e já é bastante evidente o “clientelismo” os responsáveis pelas atividades ilícitas atuam com certo apoio do poder público e desse modo o povo seria “cliente” não só do Estado senão também dos próprios responsáveis pelo jogo, pelo tráfico etc...¹³

No entanto o problema das drogas não é exclusivamente do Estado do Rio de Janeiro; a polícia paulista tem travado uma luta contra uma droga recente e muito forte chamada “Crack”. Os outros Estados do país também enfrentam sérios

¹² MURAD, Elias. **Drogas. Porque sou contra a Liberação ou Legalização**. P. 42

¹³ GOMES, Luiz Flávio. Op. cit. p.63-64.

problemas pelo alto consumo de drogas, no entanto, no Rio de Janeiro e São Paulo esta questão chama mais atenção; no primeiro, pela característica de organização criminal com infiltrações em todos os segmentos da sociedade, além de toda violência entre os traficantes e a polícia (tiroteios, assassinatos), apresentando o tráfico de maneira empresarial, e o no segundo, justamente, pelo caráter devastador daquela droga fortíssima, que tem aumentado o universo de dependentes químicos em tratamento.

Como já foi salientado, o consumo e o tráfico de drogas está intimamente relacionado com o aumento da criminalidade. No entanto, a política criminalizadora adotada para a prevenção e repressão dos tóxicos tem sido questionada sobre sua eficácia, surgindo correntes defensoras da legalização do uso de drogas sob o argumento que a separação em drogas ilícitas e lícitas não reflete a realidade, sendo que muitas drogas tidas como lícitas (tabaco, álcool), são mais prejudiciais ao consumo do que muitas drogas ilícitas. Por outro lado, existem os favoráveis a descriminalização do uso de drogas. Os que se opõe à descriminalização do consumo de drogas argumentam que aumentaria a criminalidade. Tal argumento é rebatido pela Juíza Maria Lúcia KARAM que analisa os efeitos da criminalização do consumo de drogas. Para a magistrado os consumidores estão sujeitos à super exploração, seja aquela diretamente decorrente dos preços artificialmente elevados pela variável da criminalização introduzida no mercado, seja a indiretamente provocada por essa elevação dos preços, a levar uma parcela destes consumidores a se empregar no tráfico, para obter a droga desejada, trabalhando como empregados mal remunerados e mais

expostos aos riscos da atividade ilícita, naquela já mencionada participação proletarizada na economia política de drogas.¹⁴ Mais adiante acrescenta que

Os preços artificialmente elevados constituem ainda um incentivo à prática de outros comportamentos ilícitos diversos, com aquela mesma finalidade de obter meios para adquirir a droga desejada, o que se soma ao estigma e à marginalização, por si já favorecedores da inserção em contextos criminais, estigma e marginalização estes que, evidentemente, se agravam no processo de criminalização secundária (a aplicação da lei penal), especialmente quando da imposição de penas privativas de liberdade.

Assim, o aumento da criminalidade, comumente apresentado pelo discurso oficial como consequência do consumo de drogas ilícitas, é, na realidade, em boa parte, resultante dos efeitos da própria criminalização.¹⁵

3. A Constituição de 1988 e Os Crimes Hediondos

Com o aumento da criminalidade e a atuação dos meios de comunicação, muitas vezes até de forma exagerada, difundindo o medo, gerando a insegurança, nasce uma desconfiança na população de que as instituições não possuem mecanismos controladores do aumento da criminalidade.

Os meios de comunicação exercem uma pressão muito forte, capazes de impor costumes, aspirações, gostos. A existência de alguns programas sensacionalistas, especializados em crimes, movidos muitas vezes até por interesses políticos subalternos, para Alberto da Silva FRANCO, passou a formar a idéia de que para remover esta criminalidade deveria acontecer “*uma luta sem quartel contra*

¹⁴ KARAM, M.L. Op. cit. p.54

¹⁵ KARAM, M.L. Op. cit., p. 55.

*determinada forma 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.”*¹⁶

Nesse contexto, o legislador constituinte de 88 inseriu uma restrição aos direitos e garantias enunciadas pela Constituição no art. 5º, do capítulo referente aos direitos e garantias individuais. O inciso XLIII do citado artigo estabelece:

A lei considerará inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como hediondos¹⁷, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

O texto constitucional facultou ao legislador ordinário a iniciativa de rotular de hediondos outras infrações penais. Cumprindo este mandamento constitucional, o legislador ordinário aprovou a Lei n. 8.072, de 25-07-90, Lei dos Crimes Hediondos que em seu art. 1º, estabelece como hediondos os seguintes crimes:

Art. 1º - São considerados hediondos os crimes de latrocínio (art. 157, parágrafo 3º, *in fine*), extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art 159, *caput* e parágrafos 1º e 2º), estupro (art. 213, *caput*, e sua combinação com o art. 233, *caput* e parágrafo único), epidemia com resultado morte (art. 267, parágrafo 1º), envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte (art. 270, combinado com o art. 285), todos do Código Penal (Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de

¹⁶ FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. P.34

¹⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. in: Ajuris. P. 351 Procurando conceituar o crime hediondo,, o autor, recorreu inicialmente ao que assevera Aurélio Buarque de Holanda, que fala em “sinistro, pavoroso, medonho”. Cita também Licínio Barbosa que explica que o conceito de hediondo é oriundo do Latim foetibundas, de faetere, feder. “Assim hediondo é o que fede, o sórdido, repugnante, depravado”. Nesta linha TOURINHO FILHO, então conceitua, o crime hediondo como “monstruoso, perverso, que suscita no cidadão revolta, manifestação de ira, a vontade de que o agente de tal crime seja castigado duramente. É o crime que não causa horror, e, ao mesmo tempo, um sentimento de alta consideração pela vítima. É um suma, o crime bárbaro”.

setembro de 1940), e de genocídio (arts. 1º, 2º, 3º da Lei n.º 2.889, de 1º outubro de 1956), tentados e consumados.

Face às críticas ocorridas pela não inclusão do homicídio no rol dos crimes hediondos, o legislador, através da Lei 8.930, de 6.9.1994, deu nova redação ao art. 1º da Lei de Crimes Hediondos, inserindo o homicídio qualificado (art. 121, parágrafo 2º, inc. I a V do CP) e o homicídio simples, neste caso quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio (art. 121, *caput do CP*).

Francisco Assis TOLEDO entende que o legislador constituinte de 1988, ao editar a norma do art. 5º, XLIII, criando a categoria dos “crimes hediondos”, bem como o legislador ordinário, ao regulamentar esse preceito através da Lei n. 8.072/90, “*agiram apressada e emocionalmente na linha da ideologia da “law and order” .Essa ideologia típica da sociedade norte-americana, que diga-se de passagem, desde a década de 20, vem perdendo a “guerra contra o crime”, ganha espaço e adeptos entre nós, principalmente entre políticos, promotores de justiça e delegados de polícia*”.¹⁸

Ao comentar sobre os fatores que levaram à aprovação da Lei n. 8.072/90, João José LEAL explica que “*do ponto de vista ideológico, não há dúvida de que esta lei somente logrou aprovação devido ao pensamento extremamente conservador da maioria dos membros do Congresso Nacional*”.¹⁹

¹⁸ TOLEDO, Francisco de Assis. **Crimes Hediondos**. Apud: FRANCO, A. S. Op. cit., p.35.

¹⁹ LEAL, J.J. Op. cit. p.15

Complementa o autor que os parlamentares marcados pelo conservadorismo aprovaram um texto legal que simboliza um retrocesso em face ao *“processo histórico de humanização contínua do Direito Penal, endurecendo desnecessariamente o sistema punitivo vigente e contrariando princípios jurídico-penais indiscutíveis, como o da individualização, o da progressão pelo mérito do condenado na execução da pena privativa de liberdade e o da presunção de inocência”*.²⁰

Ao comentar sobre o movimento Lei e Ordem João Marcelo ARAÚJO explica que esse adota uma política criminal, com suporte nos seguintes pontos:

- a) *“ A pena se justifica como um castigo e uma retribuição no velho sentido ” não se confundindo esta expressão com o que hoje se denomina por “ retribuição jurídica ”;*
- b) *“ Os chamados delitos graves não de castigar-se com penas severas e duradouras (morte e privação de liberdade de longa duração);*
- c) *“ As penas privativas de liberdade impostas por crimes violentos não de cumprir-se em estabelecimentos penitenciários de máxima segurança, submetendo-se o condenado a um excepcional regime de severidade distinto ao dos demais condenados;*
- d) *“ O âmbito da prisão provisória deve ampliar-se de forma que suponha uma imediata resposta ao delito;*
- e) *“ Deve haver uma diminuição dos poderes individuais do juiz e um menor controle judicial na execução que ficará a cargo, quase exclusivamente, das autoridades penitenciárias.”*²¹

Paulo Roberto da Silva PASSOS tece críticas ao movimento Lei e Ordem, explicando que este foi inspirado pelo aumento progressivo da criminalidade,

²⁰ LEAL, J.J. Op. cit., p. 15-16.

²¹ FRANCO, A. S., Op. cit., p. 34-35

principalmente depois da Guerra do Vietnã. O movimento acaba voltando no tempo, pregando a pena retributiva. Argumenta que sob a ótica desse movimento a política criminal deve ser orientada, no sentido de “*justificar a pena através das idéias de retribuição e castigo*”²². Tal movimento pregando a pena pela pena, o mal pelo mal, é um reflexo atual da concepção clássica de punição.

Parte da doutrina e da jurisprudência têm se insurgido contra tal política de repressão penal que procura solucionar o problema do aumento da criminalidade, ferindo até mesmos direitos e garantias dos indivíduos constitucionalmente adquiridos.

O mito de que a violência pode ser diminuída simplesmente com a edição de uma lei é contestado por João José LEAL, que ao se referir a Lei de Crimes Hediondos, afirma que após cinco anos de sua criação a violência continua mais intensa aumentando a descrença nas instâncias formais de controle. Assinala o citado autor:

Nas grandes cidades brasileiras, os índices de criminalidade atingem cifras elevadíssimas e a população se sente mais insegura, mais intranquã e sem esperanças. Isto demonstra o grande equívoco político-jurídico de se pretender combater a delinquência violenta através de uma medida simplista e inócua: a edição de uma lei que visa apenas reprimir e castigar de forma até medievalesca.²³

²² PASSOS, Paulo Roberto da Silva. **Elementos de criminologia e política criminal**. p. 35.

²³ LEAL, J.J. Op. cit., p. 16

No decorrer do trabalho serão analisadas as restrições, os aspectos controvertidos e os abusos cometidos, decorrentes da aplicação da mencionada política repressiva, especificamente a Lei dos Crimes Hediondos.

4. A Lei de Crimes Hediondos e o Tráfico de Drogas

A primeira divergência que surge a respeito do tráfico de drogas, é relativa ao fato de tratar-se ou não de crime hediondo. Sobre o assunto destacam-se duas correntes.

A primeira é defendida por João José LEAL, que divide os crimes hediondos em duas categorias, quais sejam: os crimes hediondos constitucionais e os crimes hediondos comuns ou ordinários. Na primeira categoria estariam os crimes de tortura, terrorismo e tráfico ilícito de entorpecentes (art. 5º, XLIII da CF/88), enquanto que na segunda categoria estariam os crimes definidos por lei ordinária, como fez a lei 8.072/90, cujo rol já foi alterado pela Lei n.º 8.930/94.²⁴

Para outra corrente na qual se filiam Antônio Lopes MONTEIRO, Alberto da Silva FRANCO e Valdir SZNICK, o crime de tráfico de drogas não é hediondo, e sim equiparado a estes. Os delitos hediondos estariam definidos somente no art. 1º da Lei 8.072/90.²⁵

²⁴ LEAL, J.J.Op. cit., p.27

²⁵ MONTEIRO, Antônio Lopes. **Crimes Hediondos**. p.82

Muito embora a diferença teórica, do ponto de vista prático o tráfico recebeu o mesmo tratamento dos crimes hediondos. Ficou estabelecida a proibição de incidência de determinadas causas extintivas de punibilidade (anistia, graça e indulto) e de concessão de contra cautelas (fiança e liberdade provisória), que a condenação por tráfico ilícito de entorpecentes, fosse executada integralmente em regime fechado; a concessão do livramento condicional, desde que cumpridos mais de dois terços da condenação e o apenado não seja reincidente específico. A lei de crimes hediondos também dobrou ou prazos procedimentais relativos ao tráfico de drogas.

A segunda divergência doutrinária diz respeito a falta, na legislação penal brasileira, de uma figura típica que atenda pelo *nomem iuris* de tráfico ilícito de entorpecentes. A seguir alguns entendimentos doutrinários e jurisprudenciais.

Ao refletir sobre a figura típica do tráfico de drogas, FRANCO entende que é *“inquestionável que a Lei 6.368/76, nos arts. 12 e 13, contém explícitas hipóteses de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, em relação as quais devem ter incidência os dispositivos da Lei 8.072/90”*.²⁶

Ao abordar o tema, Antônio Lopes MONTEIRO explica que:

Hoje em dia, doutrina e Jurisprudência são consolidadas de que, na interpretação sistemática da Lei n. 6.368/76, o tráfico é abrangido pelas condutas tipificadas nos arts. 12, 13, e 14. É que, de um lado, a própria Lei de Tóxicos, em diversos dispositivos genéricos, faz referência ao ‘tráfico ilícito e ao uso indevido de substância entorpecentes’, como que criando uma dicotomia entre uso e tráfico. Esta divisão leva à conclusão lógica de que o que não é uso é tráfico. Como os tipos penais vem descritos no Capítulo III, nos arts. 12 ao 19, verifica-se que, excluindo-se o art. 15 - que prevê a figura culposa aplicada aos profissionais da área médica e paramédica -, o

²⁶ FRANCO, A. S., Op. cit, p.65

artigo 16, que tipifica claramente o delito de uso, utilizando-se da expressão “para uso próprio” e o art. 17- que responsabiliza a quebra de sigilo prevista no art. 26 -, restam as figuras típicas dos arts.12, 13 e 14.²⁷

Julio Fabbrini MIRABETE entende que os crimes previstos no art. 13 da Lei 6.368/76 estão fora do alcance da Lei 8.072/90, porque *“têm por objeto material, maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de substância entorpecente ou que determine dependência física e psíquica, e não ela própria”*.²⁸

O entendimento de MIRABETE é questionado por Alberto da Silva FRANCO, que é da opinião que as condutas acima descritas incriminadas pelo artigo 13, não desfiguram o delito de tráfico ilícito de entorpecentes. Acrescenta o autor que

Desde que a finalidade não seja o uso próprio. Quem emprega aparelhos ou instrumentos para o processamento da cocaína, quem se utiliza de maquinismo para prensar maconha, quem dispõe de laboratório para fabricar, preparar, produzir ou transformar substância entorpecente, está, na verdade, exercendo o tráfico ilícito de entorpecentes. Todas essas condutas estão unidas por um dado de subjetividade comum: a finalidade de tráfico, o que basta para a caracterização típica.²⁹

No entendimento de Damásio E. de JESUS, o crime de tráfico de entorpecentes está definido nos arts. 12 e 14 da Lei n. 6.368/76. Afirma DAMÁSIO

²⁷ MONTEIRO, A. L., Op. cit. p. 84

²⁸ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Crimes Hediondos: Aplicações e Imperfeições da Lei**. Apud: FRANCO, A. S., Op. cit. p.66

²⁹ FRANCO, A. S. Op. cit. p. 66

que enquanto o delito descrito no art. 14 (quadrilha organizada para fins de comércio de entorpecentes) é essencialmente de tráfico de drogas, nem todas as condutas típicas contidas no art. 12 o são. Assim, a cessão gratuita de entorpecentes, embora capitulada no art. 12, não tem natureza de tráfico. Por isso essa hipótese não pode ser equiparada a crime hediondo, desprezando-se, em conseqüência, a aplicação da Lei 8.072/90.³⁰

DAMÁSIO sustenta esta última afirmação em entendimento jurisprudencial de que a cessão de entorpecente ou droga afim entre amigos não configuram o delito do art.12, enquadrando-se na figura típica do art. 16. Salienta também que *“deveria existir uma conduta intermediária entre o tráfico e o uso, definição de crime, de gravidade punitiva média, de cessão ou divisão de entorpecente ou sustância análoga, com pena inferior à do art. 12 e superior à do art. 16.”*³¹

Como se vê, a carência de um tipo legalmente definido de “tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins”, resulta em divergência doutrinária dado ao caráter multifaceado que as condutas descritas nos artigos da Lei 6.368/76 podem assumir.

³⁰ JESUS, Damásio E. de. **Lei de Tóxicos Anotada**. p. 10.

³¹ JESUS, idem ibidem. p. 10

CAPÍTULO II

O PROCESSO CAUTELAR E A PRISÃO CAUTELAR PENAL

1. O Processo Cautelar Penal

No direito processual penal, a prática de um crime, por mais reprovável que possa parecer, não acarreta punição imediata. Não há possibilidade de imposição de uma pena sem um processo. A processualização da Justiça, segundo Weber Martins BATISTA, surgiu “*como uma garantia dos acusados.*”³² O processo tem uma função protetora e, para alguns juristas, o Código de Processo Penal é o estatuto protetor dos inocentes.³³

A moderna ciência processual destaca a função instrumental do processo, considera-o como instrumento adequado à atuação efetiva do ordenamento jurídico material. De acordo com a pretensão jurisdicional invocada tem-se o tipo de processo, que se apresenta numa tripartição - processo de conhecimento, processo

³² BATISTA, Weber Martins. **Liberdade Provisória.** p.02

³³ BATISTA, W. M. Op. cit, 02

cautelar e processo de execução. Embora muitas divergências doutrinárias surjam sobre a natureza, requisitos e finalidade das medidas cautelares, o que não se pode contestar é a sua importância e imprescindibilidade. Ao tecer comentários sobre o processo, Giovanni CONSO explica que se esse *“fosse um simples ponto e não uma reta, os inconvenientes das medidas provisórias certamente não existiriam; mas, ao mesmo tempo, se o processo fosse um simples ponto, não seria um processo, pois é da sua essência ser uma atividade que reclama desenvolvimento temporal”*.³⁴

Desenvolvendo-se através de atos, o processo muitas vezes estende-se ao longo do tempo, o que pode causar enorme prejuízo as partes. Daí a necessidade das medidas cautelares, que objetivam, minorar a morosidade dos processos, minimizando os efeitos prejudiciais da passagem do tempo sobre os mesmos.

Nesse sentido escrevem Antônio Carlos Araújo CINTRA, Ada Pellegrini GRINOVER e Cândido R. DINAMARCO explicando que para serem eficazes e tempestivos, seria necessário que o conhecimento e a execução intervissem instantaneamente, o que não é possível na prática, porque como o desenvolvimento das atividades indispensáveis para a declaração e a execução necessita de tempo; existe o risco de que, *“enquanto os órgãos jurisdicionais operem, a situação de fato e altere*

³⁴ CONSO, Giovanni. **Disfunzioni del processo penale e difesa della società: i provvedimenti provvisori**. P. Apud: GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de Inocência e Prisão Cautelar**, p. 53.

de tal modo que tornem ineficaz e ilusório o provimento (que pode chegar tarde demais, quando o dano já for irremediável)”.³⁵

Na lição de Antônio Alberto MACHADO, enquanto o processo principal visa fazer atuar o direito material invocado pelas partes, o processo cautelar, diferentemente, busca “*preservar as condições de efetividade daquele processo. Enquanto o primeiro se apresenta como instrumento da atuação do direito material, este último surge, no escólio de CALAMANDREI, como “instrumento do instrumento de atuação do direito.”*”³⁶

Discute-se na doutrina sobre a autonomia do processo cautelar. A maioria dos doutrinadores entendem que o processo cautelar constitui um terceiro gênero. Destaca-se a lição do mestre italiano LIEBMAN, citado por Antônio Alberto MACHADO, que explica que a atividade cautelar destina-se a garantir a eficácia do processo de conhecimento ou do processo de execução, garantindo os resultados e objetivos da jurisdição.³⁷

No processo cautelar penal, há o interesse do Estado em impor uma medida cautelar ao indiciado, no intuito de assegurar o bom andamento da instrução criminal ou evitar que o imputado fuja. Por outro lado, existe o sujeito passivo de tais medidas que resiste a essa pretensão, alegando o seu direito de liberdade. Em

³⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido R. **Teoria Geral do Processo**. p. 268

³⁶ MACHADO, Antônio Alberto. **Prisão Preventiva**. p.24

³⁷ MACHADO, A .A . Op. cit. p.23

conseqüência, o processo cautelar penal é contencioso, já que o seu pressuposto também é a lide.

Desde já deve ser salientado que na prisão cautelar, materialmente, suas conseqüências em nada diferem daquelas conseqüências decorrentes da prisão por sentença penal condenatória definitiva, isto porque, ambas atingem a liberdade do indivíduo jogando-o no cárcere, o que impõe uma análise cuidadosa dos requisitos necessários a sua concessão.

2. Peculiaridades do Processo Cautelar

O processo cautelar serve para garantir o bom resultado do processo principal, daí uma de suas características, a instrumentalidade, que nos ensinamentos de Javier Arturo Torres VERA significa que a medida cautelar *“não tem um fim si mesmo, mas sim em relação a uma providência definitiva que há de sobreviver e cujos efeitos antecipa, para que assim possa evitar-se o dano que derivaria da demora na prolação da futura sentença de mérito”*.³⁸

No âmbito do direito processual civil, a melhor doutrina não reconhece mais à tutela cautelar o caráter de antecipar provisoriamente os efeitos da satisfação do direito material. Ocorre que na tutela cautelar penal, e especificamente na prisão cautelar, na realidade, a privação da liberdade do acusado acaba representando uma

³⁸ VERA, Javier Arturo Torres. **Jurisdicción y cautela**. Apud.: TEODORO JUNIOR, H. Op. cit. p. 65

antecipação de futura providência, que seria obtida com a sentença com trânsito em julgado.

Outra característica do processo cautelar é a provisoriedade, ou seja não possui caráter definitivo. As medidas cautelares têm duração temporal limitada, sendo absorvidas ou substituídas pela solução definitiva de mérito.

As medidas cautelares podem ser revogadas a qualquer tempo, isto é, se desaparece a situação fática que levou o órgão jurisdicional a acautelar o interesse, cessa a razão de ser da medida.

3. Classificação das Medidas Cautelares

Na doutrina geral do processo, os diversos tratadistas adotam orientações diferentes sobre a classificação das medidas cautelares. Dentre todas as classificações existentes, Romeu Pires de BARROS destaca a de CALAMANDREI, que segundo ele é o “*mais acatado sistematizador da doutrina relativa às medidas cautelares*”.³⁹ O citado autor procurou adaptar ao nosso Código de Processo Penal, a classificação proposta por CALAMANDREI, que divide as medidas cautelares em quatro grupos:

a) providências instrutórias antecipadas, são aquelas que tem em vista m futuro processo de conhecimento, procuram, colher e resguardar certos efeitos probatórios, afastando assim o “*periculum in mora*” em relação a produção das provas. Tais medidas estão previstas nos arts. 6º, 7º e 225 do CPP.

³⁹ BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo Penal Cautelar**. p. 32.

b) o segundo grupo diz respeito aos procedimentos que visam assegurar a futura execução. No processo penal como a execução recai não só sobre bens, mas também sobre a pessoa do réu, necessário se faz em determinadas hipóteses a prisão antes do julgamento, em suas diversas modalidades (arts. 302, 311, 408, par.1º, todos do CPP).

c) o terceiro grupo é representado pelas providências que decidem provisoriamente uma questão controvertida, entre elas estão a aplicação provisória de interdições de direitos e medidas de segurança (arts. 373 e 378, ambos do CPP).

d) o quarto grupo compreende as providências cuja a finalidade consiste na imposição de uma caução, destinada a assegurar os eventuais danos que a concessão de outra medida cautelar poderia causar, representam este grupo no processo penal a fiança e a liberdade provisória (art. 310, par. único, 322, 323, 324 e 35, todos do CPP).⁴⁰

Em nosso direito processual penal, as medidas cautelares - e também o processo penal cautelar - não tiveram uma disciplina especial (como no Código de Processo Civil de 1974). Assim, as medidas cautelares (exceto as medidas assecuratórias, que tem um capítulo a parte) não tem um processo distinto. Surgem quase sempre no âmbito do próprio processo principal.

4. Condições da Ação Cautelar

O processo cautelar é o método. O procedimento cautelar é os ritos e formalidades práticas a serem observadas em juízo para realização da tutela cautelar. Existe uma ação cautelar, como direito subjetivo público à tutela jurisdicional ⁴¹ de

⁴⁰ BARROS, R. P. DE C. Op. cit. p. 28-29

⁴¹ MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo Penal**. p. 100. Explica o autor que “É a ação um direito subjetivo, porque o titular pode exigir do Estado-juiz a prestação jurisdicional. E é direito público porque serve para a aplicação do direito público, que é o de provocar a atuação jurisdicional.”

prevenção e segurança e existirão também as medidas cautelares, que são, as providências materiais efetivamente tomadas pelo órgão jurisdicional.⁴²

Toda ação cautelar está submetida às condições da ação em geral: possibilidade jurídica do pedido, legitimidade de parte e interesse processual. Além destas três condições, nas medidas cautelares (como no processo cautelar no ordenamento processual civil) para que sejam decretadas duas condições são exigidas: São os requisitos específicos identificados como *fumus bonis juris* e o *periculum in mora*.

a) o *periculum in mora*: é a possibilidade de resultar perigo de dano (ou de lesão) caso não se tome medida urgente. Para Antônio Alberto MACHADO “*a demora no processo principal justifica a tutela cautelar na medida que o direito ali invocado esteja ameaçado de dano irreparável.*”⁴³

A prisão cautelar tem por objeto a garantia imediata da tutela de um bem jurídico para evitar as conseqüências *do periculum in mora*. Prende-se para garantir a execução ulterior da pena, ou cumprimento de futura sentença condenatória. Assenta-se em juízo de probabilidade: se houver probabilidade de condenação, a providência cautelar é decretada a fim de que não se frustre a sua execução e cumprimento.

b) O *fummus boni juris* - a fumaça do bom direito - exige-se a possibilidade jurídica do pedido. Essa possibilidade é, abstratamente, a previsão de que

⁴² TEODORO JUNIOR, Humberto. Op. cit, p.81.

⁴³ MACHADO, A . A ., Op. cit. p.27

a medida, pleiteada tem base, tem fundamento. Não há necessidade de comprovação cabal e definitiva desse direito material.

Para vários doutrinadores, estes dois requisitos específicos podem ser entendidos como mérito da ação cautelar e ao mesmo tempo condições desta.⁴⁴ No entanto para o nosso estudo não interessa uma análise mais profunda da questão, restando contudo registrado a discordância doutrinária a respeito da matéria.

5. Poder Cautelar do Juiz e suas limitações

A prisão cautelar é uma medida cautelar nominada. No Direito Processual Civil, existem as medidas cautelares inominadas. O juiz poderá determinar providências cautelares do interesse das partes (art. 675 do CPC). As medidas cautelares, no Processo Civil, como no Processo Penal, devem ser bem utilizadas, com muita prudência. A limitação do arbítrio do juiz, em matéria de poder cautelar, está no requisito da necessidade. Inúmeros processualistas chamam atenção para amplitude do poder cautelar do juiz. Galeano LACERDA explica que:

[...] no exercício desse imenso e indeterminado poder de 'ordenar as medidas provisórias que julgar adequadas' para evitar o dano a parte, provocado ou ameaçado pelo adversário, a discricção do juiz assume proporções quase absolutas. Estamos em presença de uma autêntica norma em branco, que confere ao magistrado, dentro do estado de direito, um poder puro, idêntico ao do pretor romano, quando no exercício do *imperium* decretava os *interdicta*.⁴⁵

⁴⁴ Cf. MACHADO, A. A. Op. cit. p. 27

⁴⁵ LACERDA, Galeano. *Comentários Cód. Proc. Civil. VIII/I* Apud: SZNICK, V. Op. cit.

No direito processual penal o poder cautelar geral não é de fácil aceitação. Vigem, no direito penal e por extensão no processo penal o princípio da reserva legal, ou seja inexistindo clara previsão legal não se pode usar da analogia para figuras assemelhadas. Na opinião de Antônio Magalhães GOMES FILHO não se pode cogitar em matéria criminal de um poder geral de cautela, pois *“tratando-se de limitação da liberdade, é indispensável a expressa permissão legal para tanto, pois o princípio da legalidade dos delitos e das penas não diz respeito apenas ao momento da cominação, mas à “legalidade da inteira repressão”, que põe em jogo a liberdade da pessoa desde os momentos iniciais do processo até a execução da pena imposta”*.⁴⁶

6. A Prisão Cautelar

Para Julio Fabrini MIRABETE, a prisão, em sentido jurídico, *“é a privação da liberdade de locomoção, ou seja, do direito de ir e vir, por motivo de ilícito ou por ordem legal.”*⁴⁷ Dentre as cautelas penais a mais comum é a prisão cautelar que, na lição de Antônio Magalhães GOMES FILHO, antecede historicamente à própria pena privativa de liberdade. Aponta o referido autor que esta foi introduzida pelo direito eclesiástico como forma de penitência, somente adquirindo importância nos ordenamentos leigos a partir de fins do século XVI. Acrescenta o autor que no direito romano, a prisão preventiva era utilizada como forma de assegurar o comparecimento do réu ao processo e como garantia da futura aplicação de uma pena

⁴⁶ GOMES FILHO, A. M., Op. cit. p.57

⁴⁷ MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo Penal**. p.345

capital; “*tratava-se de poder eminentemente discricionário, compreendido no imperium do magistrado, cujo exercício estava subordinado à natureza do delito ou à personalidade do acusado; daí sua aplicação mais freqüente aos acusados de nível social inferior aos estrangeiros*”.⁴⁸

No direito brasileiro, deve ser feita uma distinção entre a prisão pena (penal), isto é, a decorrente de sentença penal condenatória, cuja finalidade é repressiva, e a prisão sem caráter de pena (processual penal, civil, administrativa e disciplinar).

A prisão-pena é imposta àquele que for reconhecidamente culpado de ter cometido infração penal, a fim de reintegrar a ordem jurídica injuriada.⁴⁹ A prisão, pela sua natureza e seus efeitos sobre o indivíduo, só deveria ocorrer para o cumprimento de uma sentença penal condenatória.⁵⁰ Entretanto, ao lado da prisão penal, existe a prisão sem pena, que possui ampla variedade (disciplinar, administrativa, civil, processual penal). Para o nosso estudo analisaremos somente a prisão processual penal, a chamada prisão cautelar, em sentido amplo.

Na lição de Fernando da Costa TOURINHO FILHO, a prisão cautelar, apresenta-se sob a forma de cinco modalidades: “*prisão preventiva 'stricto sensu'*”.

⁴⁸ GOMES FILHO, A. M., Op. cit. p. 58

⁴⁹ Cf. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal. Volume III**. P.332.

⁵⁰ BATISTA, Weber Martins. Op.cit. p.09. Anota o autor que “enquanto não for condenado, (e, com maior razão o indiciado) goza de um “status” de não-culpado. Porque inexistente contra ele uma sentença com trânsito em julgado, onde se tenha afirmado sua culpabilidade, só por exceção se admite que seja submetido a restrição tão intensa a sua liberdade”.

prisão em flagrante, prisão temporária e as prisões resultantes de pronúncia e de sentença condenatória recorrível". Convém ressaltar que a prisão *strictu sensu* é aquela prevista nos arts. 311 *usque* 316 do CPP. O referido autor procura diferenciá-las das demais prisões cautelares porque, a rigor, ambas são preventivas.⁵¹

Rogério Lauria TUCCI faz uma distinção entre prisão provisória tipicamente cautelar e a de natureza processual. Explica que das espécies de prisão provisória, três delas: a prisão em flagrante, a prisão preventiva e a prisão temporária, são tipicamente cautelares. Acrescenta que essas "*têm por finalidade a assecuração de resultado profícuo do processo penal de conhecimento de caráter penal condenatório, sempre que exijam a garantia da ordem pública, a conveniência da instrução criminal ou a preservação da aplicação da lei penal*".⁵²

Para o autor, as outras medidas - decorrentes de decisão de pronúncia e resultante de sentença condenatória recorrível - possuem natureza processual por terem como pressupostos, justamente, o proferimento de um ato decisório. Afirma ainda que "*enquanto as tipicamente cautelares firmam-se em fatos extra e meta processuais, estas ocorrem no âmbito do processo em curso, sendo necessariamente vinculadas a ato processual, de que derivam*".⁵³ A distinção feita pelo citado autor será importante

⁵¹ TOURINHO FILHO, F. C., Op. cit. p. 319

⁵² TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**, p. 407.

⁵³ TUCCI, R. L. Idem, *ibidem*, p. 407

ao ser abordada a prisão cautelar frente à Constituição e o princípios da “presunção de inocência”.

A concessão de prisão cautelar - sem maiores exames e com frequência - torna a medida fonte de excessos, injustiças e iniquidades, pois, mesmo sendo necessária, é uma medida que causa sempre o sacrifício da liberdade. Se ao conceder-se uma medida cautelar deve-se ter rigor ao analisar os requisitos, tratando-se de prisão cautelar esse rigor deve ser muito maior.

Portanto, o exame de sua conveniência e necessidade - em cada caso concreto - é o critério mais seguro para a distribuição desse ônus, entre o indivíduo e o Estado.

Ao se colocar os inconvenientes da prisão cautelar, deve-se ressaltar o que ensina Weber Martins BATISTA. Explica o autor que se todos aqueles que tivessem sido presos cautelarmente fossem condenados a uma pena por tempo superior ao da duração da medida cautelar, *“a prisão provisória seria vantajosa para a Justiça e para o detido; para este, porque, presente à instrução do processo, teve, não apenas a oportunidade de dar sua versão dos fatos, como a de indicar a prova dos mesmos e fiscalizar sua produção”*.⁵⁴

⁵⁴ BATISTA, W.M., Op. cit. p.09

Comenta o autor que para a Justiça a prisão cautelar é importante, pois pode colher provas sem a interferência do acusado e em caso de condenação deste, não correrá o risco de ver frustrada a execução.

No entanto, como bem aponta Weber Martins BATISTA, a realidade é outra, pois no momento da prisão provisória, o juiz não tem todos os elementos para a decisão, podendo no final do processo o detido ser absolvido ou condenado a pena inferior ao tempo que esteve preso.⁵⁵

Em estudo comparado entre a Prisão Provisória no Direito Alemão e Brasileiro, Sidnei Agostinho BENETI verificou que os dois países produzem números diferentes de presos provisórios, em comparação com o número geral de presos existentes. Destaca o autor que a estatística alemã apresenta o baixo percentual de 22% à 23% de casos de prisão preventiva no quadro geral de presos no país. Enquanto que no Brasil, muito embora falte o número estatístico de todo o país, mas, tendo como referência somente os dados oficiais e extra oficiais relativos aos Estados do Rio de Janeiro e São Paulo - que podem servir de amostragem segura por serem os Estados mais populosos -, a população carcerária presa provisoriamente pode ser calculada em 33 a 35%. Essa diferença entre os dois países, segundo o autor, é decorrente de vários fatores, entre eles, o sociológico, mas, sobretudo, os que tem mais influência sobre os números é o *“perfil sistemático, processual e constitucional”*.⁵⁶ O autor aponta

⁵⁵ BATISTA, W.M. Idem, *ibidem*, p.09

⁵⁶ BENETI, Sidney Agostinho. **Prisão Provisória: Direito Alemão e Brasileiro**. p.03

algumas diferenças entre os dois sistemas processuais, como diferenças nos prazos procedimentais, que fariam com que no Brasil os acusados permanecessem por mais tempo presos provisoriamente, antes da sentença penal condenatória.

Como já foi colocado no sistema do Código de Processo Penal Brasileiro, a prisão cautelar pode decorrer do flagrante (arts. 301 a 310), da decretação da prisão preventiva (arts. 311 a 316), da decisão de pronúncia (art. 408, par. 1º), da sentença condenatória recorrível (arts. 393, I, e 594) e, por último, pela prisão temporária, introduzida no nosso ordenamento pela Lei n. 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Portanto no sistema brasileiro, em primeiro lugar, a custódia cautelar pode derivar do flagrante ou da decretação de prisão preventiva; para isso é necessário a prova da existência de fato típico e indícios de autoria (*fumus boni iuris*), desde que a medida seja necessária para a garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal.⁵⁷

Deixaremos de analisar separadamente as espécies de prisão cautelar, visto que não é o objetivo do presente trabalho um estudo mais detalhado sobre as mesmas, mas sim um estudo sobre a prisão cautelar em geral para posteriormente

⁵⁷ GOMES FILHO, AM., Op. cit. p. 59. Explica o autor que “múltiplas funções são atribuídas pela doutrina ao instituto da prisão cautelar.; “de fato, ao lado de objetivos instrumentais, como assegurar presença do acusado ou a futura execução da pena, a custódia preventiva atende também a fins reconhecimento extraprocessuais, como a imediata reação ao delito, prevenção de novos crimes que possam vir a ser praticados pelo réu, relacionados ou não com primeira infração.”

analisar especificamente a liberdade provisória como ou sem fiança e o direito de recorrer em liberdade.

7. Direitos e Garantias Individuais Constitucionais no Processo Penal Brasileiro

Traduzindo as esperanças nacionais e populares por novos tempos de liberdade e segurança, a Constituição da República Federativa do Brasil, consagrou uma série de direitos e garantias individuais referentes ao Processo Penal.⁵⁸

Ao comentar os princípios gerais do processo penal René Ariel DOTTI chama a atenção para a importância que estes assumem nos dias atuais e especialmente na América Latina, não somente sobre a ótica dos direitos e garantias individuais, mas principalmente sob a perspectiva abrangente das exigências do próprio Estado Democrático de Direito e das instâncias formais e materiais que se devem integrar para a prevenção e a repressão da criminalidade como objetivos para melhoria da vida social.⁵⁹

No texto constitucional verificamos inúmeras garantias concernentes à proteção do *ius libertatis*, quais sejam: a) o princípio da reserva legal, no inc. XXXIX -

⁵⁸ BUZAID, Alfredo. **Juízo de amparo e mandado de segurança (contrastes e confrontos)**. Apud: TUCCI, R. L., Op. cit. p. 50. Conceitua direitos individuais como aqueles “alusivos à pessoa, são inerentes ao homem e qualificam a sua natureza, enquanto coexistem socialmente dentro do Estado.”

⁵⁹ DOTTI, Rene Ariel, **Princípios do Processo Penal**, p. 74

“não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”;

b) o princípio da irretroatividade da lei penal, inc. XL - *“a lei penal não retroagirá salvo para beneficiar o réu”*; c) o princípio da intocabilidade da coisa julgada penal, no inc. XXXVI - *“a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”*; d) à preservação da vida e da integridade física do indiciado, acusado ou condenado, inc. III - *“ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”* e LXIV - *“o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial”*; e) à inviolabilidade do domicílio, no inc. XI - *“a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem o consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”*;

f) à assecuração do sigilo da correspondência e de outras formas de comunicação e de informação, no inc. XII - *“é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”*; g) à não consideração prévia de culpabilidade, no inc. LVII - *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”*; h) à insubmissão à identificação criminal, no inc. LVIII - *“o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei”*; i) à inadmissibilidade de prisão, exceto nas hipóteses do inc. LXI - *“ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de*

transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei"; j) à imediata comunicação de prisão, no inc. LXII - *"a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada"*; k) ao direito a não-incriminação e ao silêncio, bem como à assistência da família e de advogado, no inc. LXIII - *"o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado"* e; l) à liberdade provisória, no inc. LXVI - *"ninguém será levado à prisão ou nela mantida, quando a lei admitir a liberdade provisória com ou sem fiança"*.

Tais direitos e garantias individuais não visam proteger o criminoso, mas sim a sociedade, pois qualquer cidadão pode ou poderá, em algum momento de suas vidas, se ver diante de um processo judicial, sendo-lhe assegurado todas as garantias constitucionais. Todos os citados incisos constitucionais possuem a mesma importância, contudo, destacaremos neste capítulo para um estudo mais aprofundado, o inciso LVII, do artigo 5º (presunção de inocência), face a sua importância em relação à prisão cautelar.

8. A Presunção de Inocência e a Prisão Cautelar

A origem do princípio da presunção de inocência insere-se entre os postulados fundamentais que presidiam a reforma do sistema repressivo empreendida pela revolução liberal do século XVIII. Foi consagrado pelo art. 9 da "Declarações dos Direitos do Homem e do Cidadão" de 1789, que proclama solenemente: *"Tout homme*

étnat présumé innocent, s'il est jugé indispensable de l'arrete, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement reprimée par la loi". Antônio Magalhães GOMES FILHO, ao comentar o referido artigo, explica que esse possui duplo significado: de um lado a, regra processual segundo a qual o acusado "não está obrigado a fornecer provas de sua inocência, pois esta é de antemão presumida (*"étant présumé innocent"*); de outro lado, o princípio que impede a adoção de medidas restritivas da liberdade pessoal do acusado antes do reconhecimento da culpabilidade, salvo os casos de absoluta necessidade (*"pour s'asseurer de sa personne"*)⁶⁰.

A presunção de inocência foi repetida na "Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas", em 1948, e nas Constituições de alguns países, naquela e em algumas dessas, com a forma da Declaração Francesa. O texto do art. 11, n.º 01, da Declaração Universal é a seguinte:

Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma a sua inocência, enquanto não se provar a sua culpabilidade, conforme a lei e em julgamento público, no qual se hajam assegurados todas as garantias necessárias à sua defesa.

Antônio Magalhães GOMES FILHO, citando o Prof. Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO, comenta que as Constituições Brasileiras anteriores, embora sempre pródigas na enumeração de garantias fundamentais da justiça repressiva, jamais haviam feito referência ao "princípio da presunção de inocência". Na

⁶⁰ GOMES FILHO, Op. cit. p. 09

Constituição de 1988 o instituto mereceu a atenção devida, sendo encontrada após alguma discussão a redação definitiva consagrada pelo art. 5º, LVII, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Embora o “princípio da presunção da inocência” tenha sido incorporado ao texto constitucional atual, esse princípio sempre existira de modo imanente em nosso ordenamento positivo em decorrência de outros princípios também constitucionais: o devido processo legal (*due process at law*), com o princípio da ampla defesa, e o princípio do contraditório. O texto Constitucional refletiu de modo bastante expressivo, o compromisso da Assembléia Nacional Constituinte com a necessidade de preservação do *status libertatis* das pessoas.

A falta de clareza da expressão presunção de inocência tem causado divergências entre os juristas. Antônio Magalhães GOMES FILHO assevera que na leitura da expressão “a de se considerar prioritariamente o seu valor ideológico: trata-se, como afirmou PISANI, de uma presunção política, na medida em que exprime uma orientação de fundo do legislador, qual seja a de garantia da posição de liberdade do acusado diante do interesse coletivo à repressão penal”.⁶¹ Acrescenta o autor que sobre esse enfoque, tal garantia não se revela somente no momento da decisão com a consagração do princípio do *in dubio pro reo*, mas se impõe como regra de tratamento do acusado. Portanto, o significado da presunção de inocência apresenta três facetas: primeiro no momento probatório, como presunção legal relativa,

⁶¹ GOMES FILHO, A . M., Op. cit. p. 37

acarretando a inversão do ônus da prova; posteriormente no momento decisório, levando a aplicação do princípio *in dubio pro reo*, e por último como regra de tratamento do acusado durante todo o processo.

À luz do princípio da “presunção de inocência”, as prisões decretadas anteriormente à condenação só se justificam como medida excepcional, pois, estando o acusado em liberdade, o bom andamento do processo estaria comprometido. Do mesmo modo não se admite qualquer forma de prisão cautelar aplicada como antecipação da punição.

Voltando a distinção proposta por Rogério Lauria TUCCI, que dividiu as prisões cautelares em: tipicamente cautelares (prisão em flagrante delito, prisão preventiva e a prisão temporária) e prisões de natureza processual (decorrente de decisão de pronúncia e resultante de sentença penal condenatória), conclui-se que dessa classificação apresentada, no entendimento do citado autor, somente em relação as primeiras, “*por não ocorrer aprioristicamente consideração de culpa do indiciado ou acusado, nenhuma afronta sofrerá o preceito constitucional analisado*”.⁶² Por outro lado quando se tratar de prisão provisória de natureza processual, entende TUCCI “*que não tem como manter perante o regramento constitucional, sobretudo por significar antecipada admissão de culpabilidade do pronunciado ou do condenado, de todo inadmissível*”.⁶³

⁶² TUCCI, R. L. Op. cit. p. 408.

⁶³ TUCCI, R. L. Idem, ibidem. p.409.

Nesta linha de pensamento, Antônio Magalhães GOMES FILHO entende que como a norma constitucional refere-se à trânsito em julgado de sentença penal condenatória, as prisões obrigatórias (art. 594 do CPP e art. 35 da Lei n. 6.368/76) seriam inconciliáveis com a presunção de inocência.⁶⁴

Muito embora alguns entendimentos contrários, a grande maioria da doutrina entende que o princípio da presunção de inocência não impede a prisão cautelar. Essa se justificaria, nas suas diversas modalidades, como garantia da sociedade. A legitimidade jurídica das prisões cautelares deriva da própria Constituição, que no art. 5º, LXI, estabelece o rol exaustivo das hipóteses de privação da liberdade individual.

Ninguém será preso senão em flagrante delito, ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

Para outros a prisão cautelar sobrepõem-se ao princípio da presunção de inocência. O desembargador Fortes BARBOSA entende que sendo ambas a normas de caráter constitucional, e sendo o *“art. 5º, LVII, de caráter geral, não pode ela prevalecer sobre a regra do art. 5º, LXI, que é especial, atinente às modalidades de prisão processual. E é certo que, em tema de conflito de normas, a lei especial derroga a lei geral”*.⁶⁵

⁶⁴ GOMES FILHO, A . M., Op. cit. p. 65-66

⁶⁵ TJSP - HC - RT, 658/293, in FRANCO, A . S., Op. cit. p. 118.

A prisão cautelar, como medida excepcional e instrumental, não fere o princípio de presunção de inocência. Por outro lado o requisito da necessidade, que deve nortear toda prisão cautelar, deve ser analisado em função dos parâmetros que a lei ordinária estabeleceu anteriormente a atual Constituição, no art. 312 do CPP. Alberto da Silva FRANCO, analisando a necessidade da prisão *cautelar* “*como garantia da ordem pública*”, “*por conveniência da instrução criminal*” e “*para o assecuramento da aplicação da lei penal*”, indaga se estariam em conformidade com o princípio da presunção de inocência. Entende o referido autor que estando o réu em liberdade e influenciando danosamente na instrução do processo, a prisão cautelar poderá ser decretada por conveniência da instrução criminal; se existir ameaça do acusado fugir, visto que não apresenta garantias suficientes à Justiça, a prisão será possível para assegurar a aplicação da pena. Afirma o autor que no primeiro caso teremos um processo cautelar instrumental e no segundo um processo cautelar final, não sendo incompatível com a afirmação de presunção de inocência.

Por outro lado, no entendimento do autor, merece solução diferente a prisão cautelar que tem, por parâmetro “*a garantia da ordem pública*”. Afirma que decisões de Segunda Instância e, até do Colendo Pretório, dão conta que a prisão cautelar “*se impõe como ‘garantia da ordem pública’ quando o fato criminoso executado provoca clamor público, em virtude de sua gravidade ou em razão da periculosidade do agente. Nessa situação e em outras assemelhadas a medida cautelar não visa dar tutela ao processo a que está instrumentalmente é vinculada*

mas, sim ‘a cautelar o meio social e a própria credibilidade da Justiça’. Mais adiante FRANCO firma entendimento de que a prisão cautelar com base no conceito de *“garantia da ordem pública, não estaria acomodada ao princípio da presunção de inocência, visto que ‘deixará de estar, com exclusividade, a serviço de finalidades intraprocessuais para tornar-se uma medida de caráter penal’*, ou seja, a prisão cautelar perderia o seu caráter de instrumental assumindo o papel de intimidação pela antecipação punitiva, em face da gravidade do crime ou periculosidade do seu autor.⁶⁶

⁶⁶ FRANCO, A . S., Op. cit., p.79-82

CAPÍTULO III

LIBERDADE PROVISÓRIA COM OU SEM FIANÇA

1. Conceito de Liberdade Provisória

O direito objetivo - justamente pelo mal que representa a prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória - tem procurado estabelecer institutos e medidas que permitam o desenvolvimento do processo sem que ocorra a prisão do indivíduo. A liberdade do ser humano é um dos seus maiores bens, e foi uma conquista através dos séculos o poder estatal. Segundo Giorgio DEL VECCHIO, citado por Sérgio Leite FERNANDES, possui, justamente como finalidade primacial “*o resguardo das liberdades individuais*”.⁶⁷

A liberdade foi adotada como direito fundamental da Pessoa na Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU (art. 3º) e, apesar de tão somente neste século ter sido erigida à condição de direito fundamental, não deixou de compor

⁶⁷FERNANDES, Sérgio Leite, *Aspectos Jurídicos da Tortura*. p. 03

o pensamento lúcido ao longo da história da humanidade, e sua perda ou restrição correspondia e corresponde a uma sanção pelo quebramento da ordem ou da harmonia social. A sanção, encarada como retribuição ao mal praticado, só é fonte legítima para restringir a liberdade pessoal a título de pena, após apurada a responsabilidade do réu, em regular processo, com sentença penal condenatória com trânsito em julgado.⁶⁸ Valdir SZNICK, explica que em regra só a sentença é meio legítimo de restrição da liberdade, mas “ *a necessidade da contenção da criminalidade (especialmente a violenta) e mesmo as características específicas no cometimento ou devido à personalidade (antecedentes e outros) levam à imposição da prisão cautelar*”.⁶⁹ A restrição da liberdade deve atender a requisitos de um processo amplo, com liberdade total de defesa (devido processo legal) e conduzido por um magistrado imparcial e competente (juiz natural).

Na definição de MANZINI, liberdade provisória é “*um estado de liberdade limitada pelos escopos do processo penal*”⁷⁰

Valdir SZNICK conceitua-a como “*a liberdade do cárcere quando o imputado se encontra preso (prisão preventiva, prisão em flagrante, prisão em virtude de pronúncia e prisão temporária). Assim, a liberdade provisória no estatuto adjetivo*

⁶⁸ SZNICK, Valdir. **Comentários a Lei de Crimes Hediondos**. p. 257. O autor destaca que a pena privativa de liberdade ao lado de sua função punitiva, possui também uma função ressocializadora.

⁶⁹ SZNICK, V. **Prisão Cautelar**. p. 211.

⁷⁰ MAZINI, Vincenzo. **Derecho procesal penal**. p. 503-504. Apud: TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, III. P. 448

penal se identifica com a liberdade do indivíduo contra qualquer forma de custódia arbitrária, ou seja sem sucedâneo legal.”⁷¹

No direito processual pátrio, a liberdade provisória, instituto pelo qual o acusado não é recolhido à prisão ou é posto em liberdade quando preso, é vinculada ou não a certas obrigações que prendem o acusado ao processo e ao juízo, com a finalidade de assegurar a sua presença no processo.

Discute-se muito a respeito da adequação da *locução* “*liberdade provisória*”, para efeito de expressar o real conteúdo do instituto. Para alguns juristas existe contradição em cogitar-se de uma liberdade que fosse provisória, pois o que pode ser provisório é a prisão.

Segundo Julio Fabrini MIRABETE o instituto é “*um estado de liberdade que pode estar gravado nas condições e reservas que tornem precário e limitado o seu gozo. Tem a denominação de liberdade provisória porque: a) pode ser revogada a qualquer tempo, salvo no caso de não ser vinculada; b) vigora apenas até o trânsito em julgado da sentença final que, se condenatória, torna possível a execução da pena e, se absolutória, transforma a liberdade em definitivo.*”⁷²

Não se pode confundir a liberdade provisória com o relaxamento da prisão em flagrante, pois na primeira permanecem os motivos da custódia, substituída

⁷¹ SZINCK, V. **Prisão Cautelar**. p. 210

por aquela quando a lei admite, ficando o acusado sujeito a sanções pelo não cumprimento de obrigações que podem ser impostas, enquanto que no segundo, face ao preceito do art. 5º, LXV, da CF, toda prisão ilegal será relaxada pela Autoridade Judiciária, não acarretando ao acusado deveres e obrigações.

O direito processual brasileiro sempre teve preocupação em suavizar os rigores da prisão processual, como se constata pela prisão especial concedida a determinados sujeitos assinalados no art. 295 do CPP, ou ainda pela previsão de separação, sempre que possível, dos presos provisoriamente dos já condenados. Contudo, face às reais condições do Sistema Penitenciário brasileiro, tal separação não tem ocorrido. A superlotação das penitenciárias impede a transferência dos condenados, ficando estes juntos com os presos provisórios. As Cadeias Públicas, estabelecimentos destinados a detenção provisória dos presos, estão em muitos casos tornando-se depósitos de detentos, em condições desumanas, sujeitos à promiscuidade, maus tratos, falta de higiene. Portanto, presos não reconhecidamente culpados ficam em contato com réus de antecedentes que revelam uma atuação reiterada à prática de crimes, o que é muito preocupante.

Ainda com o objetivo de suavizar os rigores da prisão cautelar, outras leis estabeleceram a prisão domiciliar, para o recolhimento dos que têm direito à prisão especial nas localidades onde não houver estabelecimento adequado (Lei. N. 5.256, de 6-4-1967), e o direito de aguardar em liberdade o julgamento pelo Tribunal do Júri aos

⁷² MIRABETE, J. F. *Op. cit.*, p. 386

pronunciados primários e de bons antecedentes. Veja-se que a prisão domiciliar acaba não surtindo efeito sobre a superlotação das cadeias, visto que as pessoas que podem gozar de tal privilégio não representam quase nada no universo da população carcerária.

2 . Antecedentes:

A liberdade provisória, tal como é denominada na legislação processual positiva, inclusive na Carta Constitucional, não é uma criação moderna. Conhecida dos antigos romanos, no entanto, somente a partir da lei das Doze Tábuas ganhou contorno de direito do imputado . Na Grécia, exceto em casos de peculato e conspiração contra a pátria, com a caução ou fiança de três cidadãos responsáveis pelo comparecimento do acusado ao juízo, este poderia ficar em liberdade.

No direito luso-brasileiro a liberdade provisória é conhecida desde a época do império (Lei 2.033, de 20 de setembro de 1871, regulado pelo Decreto n.º 4.824, de 12 de novembro de 1.871 (art. 37)). Na lição de TOURINHO FILHO, *“ora se concedia mediante um caução de bens (nossa atual fiança), ora sob compromisso de terceiros, os chamados “fiéis carcereiros”, ora como privilégio, como “homenagem” (em que o cidadão lograva “livrar-se solto” sob palavra, e finalmente, por meio das chamadas “cartas de seguro”*.⁷³

⁷³ TOURINHO FILHO, F. da C. Op. cit., p. 450

3. Espécies

No ordenamento processual pátrio a liberdade provisória pode ser: obrigatória, permitida, ou vedada. Tratando-se de infração em que não for cominada pena privativa de liberdade, ou o máximo desta não exceder a três meses (art. 321, I e II do CPP) o réu se livra solto independente de pagamento de fiança, ressalvando-se os casos de crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade, se o réu já condenado por outro crime doloso, com trânsito em julgado e, em qualquer caso, se houver no processo prova do réu ser vadio (art. 323, III e IV do CPP)(liberdade obrigatória). Em todas as hipóteses em que não couber a prisão preventiva, a liberdade provisória será permitida com ou sem fiança. Será vedada quando couber a prisão preventiva ou nas hipóteses que a lei estabelecer expressamente.

A Constituição de 1988, em seu art. 5º LXVI, estabelece que *“ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”*. A teor do dispositivo constitucional tem-se mais uma classificação da liberdade provisória (com ou sem fiança), não sendo de melhor técnica a redação do art. 2, II, da Lei 8.072/90 (LCH), que estabeleceu a vedação da *“fiança e liberdade provisória”* aos crimes hediondos e a eles equiparados.

4. Liberdade Provisória com Fiança

Perante a legislação processual brasileira, fiança é uma garantia real porque tem por objeto coisas (art. 330, do CPP). Não existe mais a fiança fidejussória, pela qual se permitia a liberdade provisória do acusado sob a responsabilidade de pessoas idôneas.

Julio Fabrini MIRABETE considera a fiança como direito subjetivo constitucional do acusado no qual *“mediante caução e cumprimento de certas obrigações, conserva sua liberdade até sentença penal condenatória irrecorrível”*.⁷⁴

O direito à liberdade provisória com fiança, consagrado na CF/88 (art. 5º, LXVI) é regulado pelo Código de Processo Penal no Capítulo VI. Na nossa Legislação Processual não são previstos os crimes afiançáveis, mas sim os inafiançáveis. Nos delitos em que a fiança não é vedada, ela pode ser concedida desde a prisão em flagrante até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. A fiança só pode ser concedida pela autoridade policial nos casos de infração punida com detenção ou prisão simples; nos demais casos, somente o juiz poderá concedê-la (art. 322, do CPP). Para se determinar o valor da fiança levar-se-á em consideração (art. 326, do CPP): a natureza da infração, ou seja, a gravidade do crime praticado; as condições pessoais de fartura e vida pregressa do acusado; circunstâncias indicativas de sua periculosidade, bem como a importância provável do custo do processo. A autoridade ao fixar o valor

⁷⁴ MIRABETE, J. F. Op. cit., p. 392

não deve exclusivamente considerar uma circunstância, mas sim todas previstas na disposição.

Quando o valor arbitrado mostrar-se inexato ou insuficiente aos fins visados pelo instituto, poderá ser exigido reforço (art.340, do CPP). Por outro lado, não podendo o acusado prestar fiança por motivo de pobreza, o juiz poderá conceder a liberdade provisória dispensando o acusado do seu pagamento.

Ao ser concedida a fiança e tomada por termo, o acusado estará sujeito às obrigações de:

- Art. 327, do CPP: *“comparecer perante a autoridade todas as vezes que for intimado para os atos do inquérito e da instrução criminal para o julgamento”*

Como observa MIRABETE, a obrigação atende à finalidade da fiança e da liberdade provisória, que é evitar que o acusado prejudique o andamento dos procedimentos criminais pela sua ausência;⁷⁵

- Art. 328 do CPP *“não mudar de residência, sem prévia permissão da autoridade processante ou ausentar-se por mais de oito dias de sua residência, sem comunicar àquela autoridade o lugar onde será encontrado”*.

A necessidade desta imposição é para evitar que o acusado venha a residir em outro local, dificultando sua intimação e o limite de oito dias é para evitar o retardamento do processo.

⁷⁵ MIRABETE, J. F. Op. cit., p. 400

A fiança deve ser concedida independente de intimação, mas o interessado poderá requerê-la por escrito ou verbalmente. Será concedida independente da audiência do Ministério Público que no entanto, posteriormente terá vista do processo.

A fiança extingue-se pelo: quebramento, perda, cassação ou por tornar-se sem efeito.

O quebramento ocorre quando o afiançado descumpre algum dos ônus que lhe foram impostos (art. 327 e 328, do CPP), já citados, como também se comete nova infração penal (art. 341). Só poderá ser decretado pelo juiz e *“importará a perda da metade do valor e a obrigação do réu, de recolher-se a prisão, prosseguindo-se, entretanto a sua revelia, no processo e julgamento, enquanto não for preso”*. (art. 343).

De acordo com o artigo 344 do CPP, a perda ou perdimento ocorrerá se o réu, uma vez condenado, não se apresentar à prisão.

A cassação da fiança pode ocorrer em duas hipóteses: a) se, concedida não era cabível, como por exemplo se o delito erroneamente foi suposto como afiançável; b) se houver inovação na classificação do delito, que ocorre normalmente na sentença, ou seja, se ocorrer que por ocasião da decretação desta haja a desclassificação para crime inafiançável (art. 383, 384, par. único, e parágrafo 4º do art. 408, todos do CPP). Uma vez cassada a fiança ficará sem efeito.

Noutro caso a fiança ficará igualmente sem efeito, nos termos do art.340, parágrafo único, quando não for reforçada.

Nas hipóteses de revogação, cassação, perecimento e quebramento da fiança o recurso cabível é o recurso em sentido estrito (art. 581, inc. V do CPP), e em caso de não concessão caberá *Habeas Corpus*.

5. Crimes Inafiançáveis

Como já foi colocado, o legislador não explicitou os casos em que cabe fiança, mas sim os em que não cabe. No Código de Processo Penal a inafiançabilidade decorre da natureza ou gravidade da infração penal, ou exclusivamente das condições pessoais do agente (CPP arts. 323 e 324).⁷⁶

Portanto não é permitida a fiança nos seguintes casos:

a) nos crimes punidos com reclusão, cuja pena mínima cominada não exceda a dois anos (art. 323, I, do CPP). A maioria dos crimes apenados com reclusão possuem sua pena mínima fixada em regra, em 1 ou 2 anos. Quando ultrapassar, os crimes por sua gravidade devem ter a fiança negada;

Ocorrendo concurso de crimes, existem duas correntes. A primeira entende que não se somam as penas mínimas, sendo a pena do crime considerada na sua individualidade. A segunda entende que em se tratando de concurso formal impróprio e material, somam-se os mínimos das penas, e no caso de concurso formal

ou continuado, é a pena mais grave aumentada do mínimo. A respeito o STJ editou a súmula 81. *Verbis*: “*Não se concede fiança quando, em concurso material, a soma das penas mínimas consideradas for superior a dois anos de reclusão.*”;

b) nas contravenções tipificadas nos arts. 59 e 60 da Lei das Contravenções Penais (art. 323, II). São respectivamente as contravenções de vadiagem e mendicância. O legislador, se quisesse punir mais severamente tais contravenções, poderia ter aumentado suas penas, que variam entre 15 dias e 3 meses. O que acaba ocorrendo com esta vedação é que a pena pode ser cumprida integralmente antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, obviamente, observando-se os prazos processuais;

c) nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade, se o réu já tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado (art. 32 e, III). Nega-se a fiança para o indiciado que já tenha sido condenado, travando-se portanto uma luta contra a reincidência;

d) quando haja prova de que o réu é vadio. Não há necessidade que o mesmo esteja sendo processado por vadiagem;

e) nos crimes punidos com reclusão que provoquem clamor público ou que tenham sido cometidos com violência contra a pessoa ou grave ameaça (art. 323, V).

⁷⁶ MIRABETE, J. F. *Op. cit.*, p. 393

f) quando o réu, no mesmo processo, tiver quebrado fiança concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se refere o art. 350 do CPP (art. 324, I);

g) tratando-se de prisão por mandado de juiz do cível, de prisão disciplinar, administrativa ou militar (art. 324, III), ou seja, prisão de caráter extrapenal;

h) no caso do indiciado estar em gozo de suspensão condicional ou de livramento condicional, salvo se processado por crime culposo ou contravenção que admita fiança. (art. 323, III);

i) quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 324, IV);

A Constituição atual acrescentou a estas hipóteses de infrações consideradas inafiançáveis outros casos, quais sejam: os crime de racismo (art. 5, LXII); tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como hediondos (art. 5º, LXIII). É vedada a fiança, ainda, quanto tratar-se de ação de grupos armados, civis e militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV).

A Lei de Crimes Hediondos, por sua vez, repetiu (art. 2º, inc. II), o preceito constitucional do art. 5º, LXIII. Ocorre que pela gravidade dos crimes previsto na LCH, são punidos com pena mínima superior a dois anos, sendo-lhes vedado a fiança pelo art. 323, inc. I, do CPP. Na opinião de João José LEAL o “*dispositivo em*

*exame é completamente supérfluo, proibindo o que já não era mais possível em face do direito vigente, ou seja, proibiu o proibido.”*⁷⁷

6. Liberdade Provisória Sem Fiança

A liberdade provisória sem fiança pode ser concedida sem vinculação (art. 321, do CPP) ou com vinculação (art. 310, *caput* e par. único, 350, 408, par. 2º e 594, todos do CPP). Não são impostas as obrigações (sem vinculação) ao acusado quando não cominada pena privativa de liberdade à infração cometida e, quando for cominada, não ultrapassar a três meses. Assim, o preso autuado em flagrante nestas hipóteses, deve ser posto em liberdade após lavrado o auto de prisão e, em caso de condenação, ainda poderá apelar em liberdade. São os casos em que o acusado se livra solto, com duas exceções: ser o acusado vadio ou reincidente em crime doloso (art. 323, III e IV do CPP). É a liberdade provisória simples.

A liberdade provisória com vinculação, que para o nosso estudo possui maior relevância, porque a vedação imposta pela lei de crimes hediondos tem causado polêmica e divergência doutrinária, é aquela concedida ao indiciado ou réu, com o compromisso de comparecer a todos os atos do processo, sob pena de revogação.

Após receber o inquérito, estando detido o agente, o juiz, verificando pelo auto de prisão em flagrante que o crime ocorreu nas condições do art. 19, I, II, e

⁷⁷ LEAL, J. J., *Op. cit.* p. 103

III, do Código Penal, poderá conceder a liberdade provisória com vinculação ao processo.

O art. 310 do CPP ao mencionar o art. 19, I, II e III do CP, refere-se às causas excludentes de ilicitude que hoje estão previstas no art. 23, I, II e III, quais sejam, o estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal, e exercício regular de direito. Julio Fabrini MIRABETE entende que o art. 23 deve ser acrescido por “*analogia e equidade as causas excludentes de ilicitudes referidas na Parte Especial do Código Penal (arts. 128, I e II, 142, I, II e III, 146, par. 3º, I e II, 150, par. 3º, I e II, etc.)*.”⁷⁸. A liberdade provisória pode ser concedida tanto nos crimes afiançáveis como inafiançáveis, beneficiando réus primários ou não. Ao ser concedida deverá ser lavrado termo, única vinculação exigida, obrigando-se o condenado a comparecer a todos os atos do processo, sob pena de revogação do benefício.

A segunda hipótese de liberdade provisória sem fiança mas com vínculo é a prevista no art. 310, parágrafo único, do CPP que estabelece que “*quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (arts. 311 e 312)*”. Portanto, a regra é a defesa do réu em liberdade, não permanecendo preso aquele contra o qual não se deve decretar a prisão preventiva. Segundo Julio Fabrini MIRABETE o dispositivo em estudo “é

⁷⁸ MIRABETE, J. F., Op. cit., p. 389

aplicável tanto às infrações afiançáveis como inafiançáveis, ainda que graves, a réus primários ou reincidentes, de bons ou maus antecedentes, desde que não seja hipótese em que se poderia decretar a prisão preventiva.”⁷⁹

Discute-se na doutrina se o parágrafo único do art. 310 atribui ao magistrado mera faculdade de conceder liberdade provisória. Entre os que entendem que a liberdade provisória é um direito do réu, Valdir SZNICK, arrola Frederico Marques, Ada P. Grinover, Basileu Garcia, Velez Mariconde, Weber Martins.⁸⁰ Entre os enumerados pelo autor, acrescenta-se Alberto da Silva Franco, João José Leal, Antônio Lopes Monteiro. Portanto, para essa corrente, a liberdade provisória com vinculação trata-se de um direito subjetivo processual do acusado que, estando entre as pessoas e preenchendo os requisitos legais, tem o direito de ser solto, não lhe podendo ser negada a liberdade provisória.

Entendendo ser uma faculdade do magistrado Valdir SZNICK arrola outra relação de juristas, incluindo Ary Franco, Espínola Filho, Magalhães Noronha, Hélio Tornaghi, Mariano Siqueira Filho. Para esses a concessão da liberdade provisória seria uma faculdade concedida ao réu, já que a lei fala em “poderá”. Mais adiante o autor, rebatendo a interpretação literal do artigo acolhida pelos citados processualistas, assevera que “*Entendemos que dentro do poder discricionário do juiz - daí o termo “poderá - de acordo com a condição do réu, poderá conceder. Para nós somente o uso do verbo poder, no caso não indica faculdade. Ademais, ao estabelecer*

⁷⁹ MIRABETE, J. F. Op. cit., p. 390

a lei requisitos, para a concessão da medida, determinou, como consequência lógica, que os que preencherem os requisitos terão direito.”⁸¹

7. A Liberdade Provisória na Atual Constituição

A Constituição de 1988, mostrando preocupação com a liberdade provisória, erigiu-a à condição de um dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana. Estabeleceu no seu inciso LXVI do art. 5º que *“ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória com ou sem fiança.”*

Alberto da Silva FRANCO, assevera que o dispositivo não pode ser analisado de modo isolado *“fora de um contexto mais amplo, que se busca numa unidade de sentido que deve existir entre todos os direitos e garantias fundamentais, ou fora de um contexto menos amplo representado pela articulação de outros direitos fundamentais que interagem numa estreita conexão (o princípio do devido processo legal e o princípio da presunção de inocência)”*⁸²

8. A Liberdade Provisória na Lei de Crimes Hediondos

O art. 2º, II, da Lei de Crimes Hediondos (8.072/90) proibiu de forma absoluta a concessão de liberdade provisória aos crimes hediondos e a eles

⁸⁰ SZNICK, Valdir. **Comentários a Lei de Crimes Hediondos** p. 260-261

⁸¹ SZNICK, V. **Comentários a Lei de Crimes Hediondos.** , p. 261

⁸² FRANCO, A S. Op. cit., p. 83.

equiparados. Tal vedação tem causado enorme divergência doutrinária ao ser analisada e interpretada em face dos princípios constitucionais vigentes.

Com posicionamento favorável a referida vedação, Antônio Lopes MONTEIRO, entende que a proibição da liberdade provisória com ou sem fiança é *“um grande castigo para os indiciados ou réus nos delitos previstos nesta lei. Isto porque a liberdade provisória constitui um direito subjetivo e, como tal, se presentes os requisitos legais, não pode ser negado ao requerente.”*⁸³

A seguir destacaremos alguns posicionamentos sobre a constitucionalidade da vedação da liberdade provisória (art. 2º, inc. II, 2ª hipótese, da LCH) Como se verificará, a maioria da doutrina entende que é inconstitucional o dispositivo. No entanto, a interpretação dada pelos Tribunais Pátrios não tem acompanhado o posicionamento doutrinário.

Antônio Lopes MONTEIRO entende que a vedação da liberdade provisória não é inconstitucional. Segundo o autor ao se analisar a inconstitucionalidade de uma lei deve ser verificado se ocorreu a ofensa a alguma disposição expressa da Constituição, ou de algum princípio fundamental. Afirma que

[...]em nenhum dispositivo constitucional é defeso que lei ordinária venha a proibir a concessão da liberdade provisória neste ou naquele caso. Por outro lado, ao mesmo tempo em que se afirma a garantia da liberdade provisória com ou sem fiança (art. 5º, LXVI) , ressalva-se a necessidade de uma lei a permiti-la. Note-se que a forma

⁸³ MONTEIRO, A L., Op. cit. p. 106

redacional do inciso - “quando a lei admitir” - não dá o caráter absoluto a este direito - garantia deixando como que pendente a exigência de uma lei ordinária para lhe dar eficácia plena.⁸⁴

Considerando a liberdade provisória como direito fundamental, João José LEAL, afirma que a correta interpretação do mandamento constitucional leva ao entendimento de que essa “ *é uma regra constitucional, que somente poderá ser afastada pela lei ordinária em casos excepcionais e de comprovada necessidade processual* ”. Sustenta o autor que a norma ordinária não poderia estabelecer a vedação, “como regra absoluta”.⁸⁵ Nessa linha de entendimento, Alberto da Silva FRANCO foi quem melhor analisou a vedação. Argumenta o autor que, tal vedação, de modo global, ou em relação a determinados crimes, mediante lei ordinária, lesaria o princípio do devido processo legal. O referido autor cita o entendimento de Odone SANGUINÉ, no qual este entende que a impossibilidade de concessão de liberdade provisória equivale à “*privação de liberdade obrigatória infligida como pena antecipada, sem prévio e regular processo e julgamento. É uma espécie de bill of attainder (reconhecido como abusivo pela jurisprudência norte americana), ou seja, um ato legislativo que implica considerar alguém culpado diretamente e destinado a infringir-lhe uma sanção sem processo ou decisão judicial*”.⁸⁶ Portanto, o legislador não poderia substituir o juiz que deve em face de cada caso concreto, analisar a necessidade de impor uma medida cautelar.

⁸⁴ MONTEIRO, A L., Idem, ibidem, p. 110

⁸⁵ LEAL, J.J., Op. cit., p. 104-105

Alberto da Silva FRANCO, cita ainda outro parecer de Odone SANGUINÉ, em que este analisa tal vedação frente ao princípio da presunção de inocência. Na opinião do renomado autor a proibição da liberdade provisória de modo automático fere o princípio da presunção, justamente porque equipara o acusado a culpado.

Fernando da Costa TOURINHO FILHO aduz sobre o despreparo dos responsáveis pela elaboração da Lei de Crimes Hediondos, e no seu entendimento “ *Se toda e qualquer prisão provisória descansa, inquestionavelmente, na necessidade, a proibição da liberdade, nesses casos, mesmo ausentes os motivos para a decretação da prisão preventiva, é um verdadeiro não-senso e violenta o princípio constitucional da presunção de inocência.*”⁸⁷

Por outro lado convém destacar o posicionamento de João José LEAL, explica que a LCH é norma de conteúdo e âmbito preestabelecidos pela Constituição, cujos limites não podem ser ultrapassados. Entende o autor que é inadmissível que a lei ordinária acrescente às restrições constitucionais (de graça, de anistia, e de fiança) outra que veda a liberdade provisória, de modo absoluto, “*em contradição com princípios fundamentais do Direito Penal e do Processual Penal consagrados na própria Constituição. Houve, indiscutivelmente, ofensa ao princípio da subordinação.*”

⁸⁶ SANGUINÉ, Odone. **Inconstitucionalidade da Proibição de liberdade provisória.** Apud: FRANCO, A S., Op. cit., p. 84

⁸⁷ TOURINHO FILHO, F. da C., Op. cit., p. 458

*que obriga imperiosamente a lei ordinária a respeitar as fronteiras jurídicas sinalizadas pela norma constitucional maior.”*⁸⁸

Na prática, a vedação absoluta da liberdade provisória ao crime de tráfico de drogas tem sido usada para desvirtuar as finalidades da prisão cautelar. A polícia tem travado uma luta muito grande contra os traficantes de drogas, e poderíamos arriscar até dizer que está perdendo esta luta, pois a quantia de droga apreendida por ela é muito pequena perto do que se estima consumido. Assim em muitos casos, na tentativa de mostrar eficiência a sociedade ou até mesmo por perseguição a determinados indivíduos, a polícia tem irresponsavelmente indiciado usuários como traficantes. Ocorre que a prova do tráfico é muito difícil e a polícia não dispõe de equipamentos modernos como filmadoras, ou seja equipamentos que possam auxiliá-las no combate desse delito.

A questão torna-se mais preocupante quando usuários são denunciados e sua prisão cautelar mantida, mesmo que no primeiro momento não exista no inquérito policial, ou qualquer prova ou indício que possam a final embasar uma condenação por tráfico de drogas. Em muitos casos o imputado declara-se dependente de drogas e devido ao volume de processos desse tipo e o mesmo número de exames toxicológicos que esperam meses para serem feitos, o usuário, denunciado como traficante, responde todo o processo detido, para no final, ser absolvido. O que é pior, muitas vezes, alguns magistrados forçam uma condenação que vem posteriormente a ser reformada pelos

⁸⁸ LEAL, J. J. Op. cit., p. 106-107

Tribunais Superiores. O número de decisões de Segunda Instância reformando sentenças sobre tráfico de drogas, nos quais é desclassificado do art. 12 para o art. 16 da Lei de Tóxicos é muito grande. Indaga-se: sim mas se a sentença foi reformada e foi desclassificado o delito do art. 12 para o art. 16 qual é o problema?

O problema é que até a reforma dessas sentença, um usuário de drogas, que necessita de tratamento, acompanhamento psicológico e psiquiátrico, permaneceu por vários meses preso, o que é pior junto com criminosos de diferentes espécies.

Embora os posicionamentos doutrinários entendendo pela inconstitucionalidade da vedação genérica da concessão de liberdade provisória, tal tese não tem sido acolhida pelos tribunais. Do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina destacamos a seguinte decisão proferida no Recurso Criminal n. 96.003764-8, de Blumenau relator desembargador Alberto Costa:

Recurso criminal. Sentido estrito. Aforamento pelo órgão ministerial contra despacho judicial concessivo de liberdade provisória a réu denunciado por narcotraficância (art. 12 da Lei n. 8.368/76). Inconstitucionalidade do inciso II, do artigo 2º, inciso II, da Lei que trata dos crimes hediondos (n. 8.072/90), não contém vício de inconstitucionalidade. Precedentes jurisprudenciais. Despacho cassado. Recurso ministerial provido.

CAPÍTULO IV

DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE

1. O Recurso de Apelação no Sistema do Código de Processo Penal

O Código de Processo Penal de 1941, inicialmente previa no art. 594 que “ *O réu não poderia apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se condenado por crime de que se livre solto*”. Esse dispositivo deve ser analisado conjuntamente com o do art. 393, I, (até então não revogado), que prevê o seguinte: “*São efeitos da sentença condenatória recorrível: I - ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança*”, e com o art. 669, I, do CPP, que tem a seguinte redação: “*Só depois de passar em julgado, será exequível a sentença, salvo: I - quando condenatória, para efeito de*

sujeitar o réu a prisão, ainda no caso de crime afiançável, enquanto não for prestada a fiança”.

Esse sistema, prevendo o recolhimento do acusado a prisão como efeito automático da sentença penal condenatória, foi muito criticado pela doutrina, pois concebido sob a lógica autoritária do Estado Novo.

Posteriormente com a alteração legislativa da Lei n. 5.439, de 03 novembro de 1967, foi eliminado do nosso ordenamento a prisão cautelar obrigatória. Note-se uma tendência do legislador em suavizar o sistema processual penal, inclusive com apelo a presunção de inocência por parte da doutrina.

Outra alteração ocorreu, com a Lei 5.941, de 22 de novembro de 1973, que deu a seguinte redação ao art. 594: “O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto”.

Como se pode perceber inicialmente, pelo sistema do CPP, a necessidade de se recolher à prisão para apelar era efeito automático da sentença penal condenatória recorrível. Atualmente essa regra comporta três exceções: a) fiança; b) direito de livrar-se solto e c) quando se trata de condenado primário e de bons antecedentes. Portanto, fora dessas hipóteses, a prisão é automática, ou seja, imposta por força de lei, por força de presunção legal, por força de uma necessidade reconhecida abstratamente pelo legislador.

Muito se discute na doutrina e nos tribunais sobre a natureza jurídica do art. 594, do CPP, e sua adequação frente a norma constitucional da presunção de inocência, porém, deixaremos de abordar neste capítulo tais questões. Daremos prioridade então, para o direito de apelar em liberdade no tráfico ilícito de entorpecentes à luz da Lei de Crimes Hediondos.

2. O art. 35 da Lei de Tóxicos e o Art. 2º, parágrafo 2º da Lei de Crimes Hediondos

O art. 35 da Lei de 6.368/76, dispondo que o réu condenado de bons ou de maus antecedentes, primário ou reincidente, não poderá apelar em liberdade, constitui também uma espécie de prisão cautelar obrigatória muito rigorosa. Para Alberto da Silva FRANCO, *“tal regra do direito ordinário não se acomoda também ao princípio da presunção de inocência.”*⁸⁹

Na Lei de Crimes Hediondos, o par. 2º do art. 2º é um dos dispositivos que tem causado maior polêmica quanto à sua aplicabilidade e abrangência no que se refere ao tráfico ilícito de entorpecentes, visto que dispõe que *“em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade”*

Inúmeras críticas são erigidas a esse dispositivo, a primeira, e com muita lógica, é feita por Antônio Lopes MONTEIRO, que perplexo, assevera que se os

⁸⁹ FRANCO, A S., Op. cit. p. 195.

crimes hediondos, a tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo “*são considerados tão graves que são insuscetíveis de anistia, graça e indulto; se o suspeito pode ter decretada a prisão temporária por 30 dias, renováveis por mais 30; se o acusado preso em flagrante não pode se beneficiar com a liberdade provisória com ou sem fiança; se o cumprimento da pena será total em regime fechado, dificulta a concessão do livramento condicional, como entender que, findo o processo declarado culpado e condenado, possa apelar em liberdade desde que o juiz assim o decida fundamentadamente? Causa estranheza, inclusive, até a inserção do advérbio “fundamentadamente”, como se algum julgamento judicial pudesse não ser fundamentado (CF, art. 93, IX).*”⁹⁰

A grande maioria dos entendimentos encontrados estabelece duas situações para poder emitir seu posicionamentos: condenado preso ou condenado em gozo de liberdade provisória.

Tratando-se de réu preso em flagrante ou que teve a prisão preventiva decretada, a maioria dos entendimentos convergem no sentido de que o dispositivo do par. 2º do art. 2º da Lei de Crimes Hediondos é inaplicável. No entendimento de João José LEAL, que convém ressaltar considera inconstitucional a regra de LCH que veda a liberdade provisória, “*Como a custódia processual provisória encontrou amparo jurídico para seu emprego em caráter de extrema necessidade durante todo o processo, é evidente que sua manutenção haverá de ser ainda mais necessária, após a*

⁹⁰ MONTEIRO, A L. Op. cit. p. 126

decisão terminativa do processo em primeira instância.” Entende o autor que, com a sentença, o juiz afastou qualquer dúvida quanto à autoria do delito, e por outro lado, explica que sejam presumíveis que os motivos que levaram a prisão provisória continuem presentes, agora com maior força jurídica. No entanto, o referido autor chama atenção de que essa regra não é absoluta, devendo o magistrado estar atento à regra da *necessariedade*.⁹¹

Nesse sentido Damásio E. de JESUS entende que em caso de réu preso é inaplicável o par. 2º, art. 2º, da mencionada legislação e acredita *“que os tribunais, na apreciação da espécie, irão adotar a mesma orientação que têm a respeito da inaplicabilidade do art. 594 do Código de Processo Penal, que inadmite a apelação em liberdade, ao acusado provisoriamente preso, ainda que primário e de bons antecedentes.”*⁹²

Quando o acusado encontra-se em gozo de liberdade provisória, João José LEAL defende que o juiz deverá mantê-la após a sentença penal condenatória, salvo se a prisão for necessária para assegurar a aplicação da lei penal ou também como garantia da ordem pública, e é claro que o juízo de apreciação desse direito deverá ser mais rigoroso do aquele que decide ou não pela liberdade provisória.⁹³

Convém salientar que se tratando de sentença condenatória em crimes hediondos e a esses equiparados, normalmente sancionado com penas privativas de

⁹¹ LEAL, J. J. Op. cit., p. 124-125

⁹² JESUS, Damásio E. **Novas Questões Criminais**. P. 08

⁹³ LEAL, J. J., Op. cit., p. 124

liberdade altíssimas e em regime fechado, aumenta a possibilidade do acusado, temendo os rigores dessa prisão, fugir para evitar a execução da pena.

Analisando a questão Damásio E. JESUS entende que o art. 2º, par. 2º, da Lei 8.072 não adota os mesmos critérios do art. 594 do CPP, para recorrer em liberdade, ou seja primariedade e bons antecedentes. Explica o referido autor que o interprete não pode criar requisitos não previstos pela lei, e adota o entendimento de que nesses casos *“embora reincidente e/ ou de maus antecedentes, condenado o réu por crime hediondo, terrorismo ou tortura, poderá apelar em liberdade, fundamenta a decisão em circunstâncias judiciais concretas que a autorizem. É possível que o juiz entenda o que o acusado, não obstante reincidente e/ou de maus antecedentes, esteja socialmente readaptado ao tempo da sentença, circunstância que acreditamos suficiente para que lhe seja permitida a apelação em liberdade”*⁹⁴

A questão referente ao direito de apelar em liberdade fica mais controvertida quando trata-se de tráfico ilícito de entorpecentes. A pergunta é se o dispositivo do art. 35 da Lei n. 6.368/76, continuaria em vigência ante o dispositivo da 8.072/90?

Entendendo que o dispositivo continua em vigor, e sustentando seu entendimento na busca da vontade do legislador, Antônio Lopes MONTEIRO, explica que o art. 10 da Lei 8.072/90 menciona expressamente que *“art. 35 da Lei n. 6.368, de 21 de outubro de 1976, passa a vigorar acrescido de parágrafo único, com a*

seguinte redação...”, e no seu entendimento se o legislador da Lei de Crimes Hediondos “*quisesse dar o mesmo tratamento aos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins dado aos demais crimes nela tratados, no que tange ao recurso de apelação, o art. 10 desta lei deveria limitar-se a acrescentar um outro artigo, ou até um parágrafo único ao art. 35 da Lei de Tóxicos, fazendo-o com outra redação, como, por exemplo, fica estabelecido no art. 35...*” Contudo, o art. 10 traz uma redação clara, e ao mesmo tempo que manda acrescentar o parágrafo único ao art. 35, utiliza a expressão unívoca e inequívoca - “*passa a vigorar*”-, querendo ressaltar que, se dúvidas houvesse, a vigência do art. 35 continuava plena.”⁹⁵

A corrente que defende que o artigo 35 da Lei de Tóxicos estaria revogado, primeiramente faz referência ao princípio da presunção de inocência, ou seja, argumenta sobre a incompatibilidade da prisão obrigatória a luz dessa importante garantia individual. O segundo argumento seria o de que o art. 2, par. 2, da LCH, por tratar-se de norma posterior, teria revogado o previsto no *caput* do art. 35 da Lei de Tóxicos. João José LEAL rebatendo o entendimento de que seria uma contradição admitir que LCH teria revogado um artigo de lei, e ao mesmo tempo, lhe acrescentado um parágrafo único, entende que esse seria um forte argumento hermenêutico, se na Lei de Crimes Hediondos não tivesse tantas contradições imperfeições e inconvenientes.⁹⁶

⁹⁴ DAMÁSIO, E. J., Op. cit. p. 08

⁹⁵ MONTEIRO, A L., Op. cit., p. 128

⁹⁶ LEAL, J. J., Op. cit., p. 127

Analisando a questão Damásio E. de JESUS, elenca três hipóteses: 1) o art. 35 da Lei n. 6.368/76 não foi revogado pelo art. 2º par. 2º da Lei n. 8.072/90, subsistindo integralmente, não admitindo exceções; 2) o art. 35 da Lei de Tóxicos não foi revogado, permanecendo como regra; a exceção se encontra na LCH, ou seja em regra o acusado não pode apelar em liberdade, no entanto o juiz poderá conceder o direito, desde que decida fundamentadamente; 3) o art. 35 foi revogado pelo art. 2º, par. 2º da Lei 8.072/90. No entendimento do referido autor, o art. 35 não foi revogado, firmando seu entendimento primeiro porque não acredita que a lei de crimes hediondos tenha como objetivo em um dos seus objetivos favorecer o traficante de drogas. Segundo porque a Lei de Crimes Hediondos no art. 10 manteve o art. 35 da Lei de Tóxicos, acrescentando-lhe um parágrafo único. Terceiro porque, no entendimento do autor, ao adotar-se a tese de que o traficante pode apelar em liberdade, haveria uma contradição, pois no momento em que o Poder Judiciário reconhece a culpabilidade do acusado lhe estaria facultado conceder a liberdade, no entanto, no decorrer do processo não poderia conceder a liberdade provisória.⁹⁷

⁹⁷ JESUS, Damásio E., Op. cit. p. 10-11

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Findo o trabalho, faz-se necessário sejam colhidas algumas considerações que entendemos importantes. Decidimos optar por elencar itens as considerações que aqui listamos. Chamamos atenção que outras considerações mais específicas podem ser encontradas no decorrer do trabalho.

1. Com relação as drogas, parece-nos que constituem-se atualmente um dos problemas que mais preocupa todos os países, pois está relacionada com o aumento da criminalidade. O problema está longe de ser solucionado e merece um tratamento sério. A luta deve ocorrer em todas as frentes, prevenção, tratamento e repressão.

2. Esse aumento da criminalidade gera um sentimento de insegurança na população que é aliado ao sentimento de desconfiança nas instituições responsáveis pela segurança pública. Daí, as pessoas influenciadas em parte pelo meios de comunicação passam a exigir uma reação contra certos delitos. O legislador, no seu papel, passa a editar leis severas, adotando, então, uma política de repressão penal baseada no Movimento Lei e Ordem. Ocorre que a simples edição de uma lei não resolve o

problema da criminalidade. Faz-se necessário um maior investimento em Segurança Pública (aparelhamento da Polícia, investimento nos estabelecimentos penais), além, é claro, de um equacionamento de questões sociais como o desemprego, o problema do menor abandonado, melhor distribuição de renda.

3. No Brasil o combate ao consumo e o tráfico de drogas, deu-se através da criminalização de certas condutas. Procurou-se punir severamente o traficante, pois lhe foi imputado a maior parte da culpa pelo problema. Esse mito tem sido questionado por alguns autores.

4. A Lei de Tóxicos acabou por não resolver o problema das drogas e o que é pior, esse mal tem piorado muito. Procurando então reprimir o tráfico que o legislador Constitucional inseriu a vedação da fiança em tais delitos. O legislador ordinário na mesma linha, aumentou ainda mais as restrições e vedou a concessão da liberdade provisória e estabeleceu o direito de recorrer em liberdade desde que fundamentado pelo magistrado.

5. A primeira dificuldade é definir quais as condutas definidas na Lei n. 6.368/76 caracterizam o crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins. A dificuldade decorre da carência de um tipo legalmente definido como tráfico.

6. No ponto relativo ao Processo Penal Cautelar e a Prisão Cautelar, destaca-se que somente através de um processo é possível impor uma pena a alguém que tenha

praticado um crime. A prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória é medida excepcional e somente deverá ocorrer quando necessária.

7. No direito processual pátrio a liberdade provisória pode ser com ou sem fiança, não sendo da melhor técnica a redação do art. 2º, II, da Lei 8.072/90. Com relação a fiança salienta-se que a restrição constitucional não é necessária, pois tais delitos possuem pena mínima superior a dois anos, sendo-lhes vedado a fiança pelo art. 323, I do Código de Processo Penal.

8. Embora entendimentos contrários entendemos que a liberdade provisória é um direito subjetivo processual do acusado. Muito embora exista discussão em torno da constitucionalidade do dispositivo da Lei de Crimes Hediondos que vedou a liberdade provisória, fora decisões isoladas, os Tribunais tem entendido que a norma é constitucional.

9. Quanto ao direito de recorrer em liberdade podem ocorrer duas situações: o acusado encontrar-se preso ou em liberdade provisória. A maioria dos doutrinadores entende que, estando o acusado preso, seria um absurdo lhe seja vedada a liberdade provisória, e por outro lado, possível conceder-lhe o direito de apelar em liberdade. Quando o acusado goza do direito a liberdade provisória, a posição mais sensata é que o acusado poderá apelar em liberdade desde que não presentes os pressupostos da prisão preventiva.

10. Por último convém destacar que a Lei de Crimes Hediondos tem sido muito criticada primeiro pelo equívocos técnicos na sua elaboração e segundo pelo rigor com que trata determinados crimes, ferindo direitos e garantias constitucionais como o princípio da presunção de inocência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARRETO, Menna. **Estudo Geral da Nova Lei dos Tóxicos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: 1992.

BATISTA, Weber Martins. **Liberdade Provisória**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1991.

BENETI, Sidenei Agostinho. **Prisão Provisória: Direito Alemão e Brasileiro**.
Revista de Julgados do Tribunal de Alçada Criminal n. 03, Julho/ Setembro de
1989.

BUSSADA, Wilson. **Crimes Hediondos. Interpretados pelos Tribunais.** 2. ed. São Paulo: Edipro, 1994.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR., Paulo José da. **Direito Penal na Constituição.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pelegrini e DINAMARCO, Cândido R. **Teoria Geral do Processo.** 9. ed. São Paulo: 1993.

DOTTI, René Ariel. **Princípios de Processo Penal.** Revista de Processo n. 67, Ano 17, Jul./ Set. de 1992.

DUARTE, Antônio Gomes. **Temas de Processo Penal.** Belém: Cepuj, 1995.

FERNANDES, Sérgio Leite. **Aspectos Jurídicos da Tortura.** São Paulo: Saraiva, 1995.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

GOMES, Luiz Flávio. **Crime Organizado.** São Paulo. Saraiva, 1995.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de Inocência e Prisão Cautelar.**

São Paulo: Saraiva, 1991.

GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos Prevenção - Repressão.** 11. ed. São Paulo:

Saraiva, 1996.

JESUS, Damásio E. de. **Novas Questões Criminais.** São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. **Código de Processo Penal Anotado.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. **Lei Antitóxicos Anotada.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

KARAM, Maria Lúcia. **De Crimes, Penas e Fantasias.** Niterói: Luam, 1991.

MACHADO, Antônio Alberto. **Prisão Preventiva.** São Paulo: Saraiva, 1995.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

MONTEIRO, Antônio Lopes. **Crimes Hediondos.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

MURAD, José Elias. **Drogas. O que é preciso saber?** 4. ed. Belo Horizonte: Lê,
1992.

PASSOS, Paulo Roberto da Silva. **Elementos de criminologia e política criminal.**

São Paulo: Edipro, 1994.

SILVA, Juary C. **A Macro Criminalidade.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

SZNICK, Valdir. **Liberdade, Prisão Cautelar e Temporária.** 2. ed. São Paulo:

Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda, 1995.

SZNICK, Valdir. **Comentários à Lei dos Crimes Hediondos.** São Paulo: Livraria e

Editora Universitária de Direito Ltda, 1991.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal.** 17. ed. São Paulo: Saraiva,

1995. v. III

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. **A Lei de Crimes Hediondos.** Ajuris. p. 351-

368

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal**

Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1993.