



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA – UEPB**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ**  
**CURSO DIREITO**

LEONARDO SIMÕES ALVES COSTA

**CABIMENTO DA LIBERDADE PROVISÓRIA NO CRIME DE  
TRÁFICO DE DROGAS**

CAMPINA GRANDE – PB

2011

LEONARDO SIMÕES ALVES COSTA

CABIMENTO DA LIBERDADE PROVISÓRIA NO CRIME DE TRÁFICO  
DE DROGAS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado  
junto ao Curso de Direito da Universidade  
Estadual da Paraíba como requisito à obtenção  
do título de Bacharel.

Orientadora: Profa. Dr<sup>a</sup> Rosimeire Ventura Leite

CAMPINA GRANDE – PB

2011

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL – UEPB

C837c Costa, Leonardo Simões Alves.  
Cabimento da liberdade provisória no crime de tráfico de drogas [manuscrito] / Leonardo Simões Alves Costa.– 2011.  
41f.  
  
Digitado.  
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2011.  
“Orientação: Profa. Dra. Rosimeire Ventura Leite, Departamento de Direito Público”.

1. Direito penal. 2. Liberdade provisória. 3. Tráfico de drogas. I. Título.

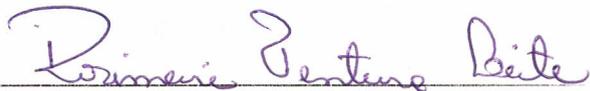
LEONARDO SIMÕES ALVES COSTA

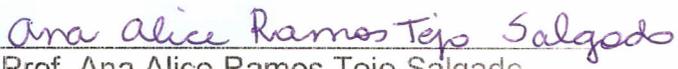
CABIMENTO DA LIBERDADE PROVISÓRIA NO CRIME DE TRÁFICO  
DE DROGAS

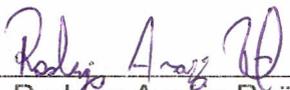
Trabalho de Conclusão de Curso apresentado  
junto ao Curso de Direito da Universidade  
Estadual da Paraíba como requisito à obtenção  
do título de Bacharel.

APROVADO EM: 17/06/2011

Banca Examinadora

  
\_\_\_\_\_  
Dr<sup>a</sup> Rosimeire Ventura Leite  
(Orientadora)

  
\_\_\_\_\_  
Prof. Ana Alice Ramos Tejo Salgado  
(Examinador Externo)

  
\_\_\_\_\_  
Prof. Rodrigo Araújo Reül  
(Examinador Externo)

“Posso não concordar com nenhuma das palavras que vós dizeis, mas defenderei até a morte o vosso direito de dizê-las”.

Voltaire

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>7</b>
<b>1 PRINCÍPIO DA NÃO-CULPABILIDADE</b> .....	<b>9</b>
<b>2 PRISÃO</b> .....	<b>12</b>
2.1 PRISÃO EM FLAGRANTE .....	14
2.1.1 Conceito e classificação .....	15
2.2 PRISÕES CAUTELARES .....	17
2.2.1 Prisão preventiva .....	18
2.2.2 Prisão temporária .....	20
<b>3 LIBERDADE PROVISÓRIA</b> .....	<b>22</b>
3.1 REGIME CONSTITUCIONAL .....	23
3.2 LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA.....	24
<b>4. IMPLICAÇÕES JURÍDICAS DO ART. 44 DA LEI Nº 11.343/06</b> .....	<b>29</b>
<b>5 CONCLUSÃO</b> .....	<b>37</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	<b>40</b>

## RESUMO

O presente estudo tem por objeto analisar o cabimento da liberdade provisória no crime de tráfico de drogas, apesar da vedação contida na Lei nº 11.343/06. Para tanto, será analisado o regime da liberdade provisória à luz dos direitos e garantias constitucionais, a fim de demonstrar a excepcionalidade das prisões de natureza cautelar e, conseqüentemente, a inadmissibilidade de vedações absolutas a esse benefício. Posteriormente, será feita uma análise da Lei de Crimes Hediondos e da nova Lei de Drogas a partir dos conceitos de conflito de lei no tempo e de conflito aparente de leis para estabelecer a ilegalidade da vedação constante no art. 44 da Lei nº 11.343/06, em razão de ter sido derogado pela Lei nº 11.464/07, que retirou a proibição da concessão de liberdade provisória nos crimes hediondos e equiparados.

**PALAVRAS-CHAVE:** Tráfico de drogas. Liberdade provisória. Vedação. Ilegalidade. Inconstitucionalidade.

## RESUMEN

Este estudio está analizando la posibilidad de libertad provisional por el delito de tráfico de drogas, a pesar de la prohibición mencionada en la Ley nº 11.343/06. Para ello, se tendrá en cuenta el sistema de libertad provisional a la luz de los derechos y garantías constitucionales, a fin de demostrar el carácter excepcional de la detención de precaución y por lo tanto la inadmisibilidad de la prohibición absoluta de la libertad provisional. Más tarde, habrá un análisis de la Ley de atroces crímenes y la nueva Ley de Drogas de los conceptos de conflicto de leyes en el tiempo y el aparente conflicto de leyes para establecer la ilegalidad de la prohibición en el art. 44 de la Ley nº 11.343/06, en razón de haber sido derogada por la Ley nº 11.464/07, que eliminó la prohibición de conceder la libertad provisional en crímenes atroces y similares.

PALABRAS-LHAVE: Tráfico de drogas. Libertad provisional. Prohibición. Ilegalidad. Inconstitucional.

## INTRODUÇÃO

Os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 da nova lei de drogas "são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos" (art. 44 da Lei nº 11.343/06).

A entrada em vigor da Lei nº 11.464/07 implementou significativa alteração no nosso ordenamento jurídico ao suprimir do inciso II do art. 2º da Lei nº 8.072/90 a vedação à concessão de liberdade provisória aos acusados por crimes hediondos e equiparados, gerando grande divergência doutrinária e jurisprudencial no que respeita a aplicabilidade dessa nova previsão legal aos crimes de tráfico de drogas.

Isso porque a redação originária da Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/1990) vedava a estes crimes, e equiparados, a concessão de liberdade provisória. Tal proibição foi reiterada na nova Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06), havendo, assim, vedação na lei geral (crimes hediondos) e na especial (lei de drogas).

Como restará demonstrado, é inconcebível sustentar que o art. 44 da lei de drogas permanece em vigor, já que há uma sucessão de lei no tempo, e não um conflito aparente de leis, razão pela qual a antiga disposição encontra-se revogada em conformidade com o princípio da posterioridade.

Ainda que assim não fosse, a Constituição de 1988 não ampara a proibição em abstrato da liberdade provisória, devendo ser afastada do ordenamento infraconstitucional, sob pena de violação das garantias e direitos individuais.

Logo, a restrição da liberdade, já que revestida de caráter excepcional, deve estar alicerçada em elementos concretos, devendo ser decretada em situações de absoluta necessidade, sob pena de desrespeito ao princípio constitucional da presunção de inocência.

Desse modo, à luz dos direitos e garantias assegurados pela Constituição, as prisões cautelares daqueles que sofrem a persecução penal pelo Estado são medidas excepcionais, devendo sua necessidade ser aferida com base em elementos concretos, na medida em que as prisões *ex leges* não são admitidas na atual ordem constitucional.

## 1 PRINCÍPIO DA NÃO-CULPABILIDADE

Segundo lições de Eugênio Pacelli de Oliveira, do princípio da não-culpabilidade decorrem dois comandos normativos de observância obrigatória pelo Poder Público em relação ao acusado: aquele que veda um juízo antecipatório de culpa, que impõe ao indiciado ou réu o sacrifício da custódia cautelar, bem como aquele que onera a acusação de provar a autoria e materialidade delitiva. (OLIVEIRA, 2010, p. 49)

Pela maior pertinência ao objeto do presente estudo, a matéria será desenvolvida a partir do comando normativo que impossibilita um juízo de culpabilidade antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Fábio Ramazzini Bechara, de forma clara e precisa, manifesta-se no sentido de que:

O fundamento do princípio está na proibição do excesso, que em outras palavras significa a impossibilidade de antecipação dos efeitos da condenação antes do trânsito em julgado. O cumprimento da pena, a perda da primariedade, a execução civil da condenação, todos pressupõem o trânsito em julgado da decisão condenatória. (BECHARA, 2005, p. 20)

Essa faceta do princípio da não-culpabilidade impõe que o acusado ou indiciado de praticar uma infração penal não tenha tolhido o seu direito à liberdade até que seja declarado culpado por sentença condenatória irretorquível, salvo quando presentes os motivos autorizadores de uma medida cautelar, na forma da lei processual penal.

A Constituição consagra referido princípio em seu art. 5º, inciso LVII, ao dispor que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Nessa esteira, André Ramos Tavares preleciona que:

Ao indivíduo é garantido o não-tratamento como criminoso, salvo quando reconhecido pelo sistema jurídico como tal. Portanto, a autoridade policial, carcerária, administrativa e outras não podem considerar culpado aquele que ainda não foi submetido à definitividade da atuação jurisdicional. (TAVARES, 2007, p. 630)

Por tudo isso, a Constituição elevou o princípio da não-culpabilidade ao status de direito fundamental do indivíduo, buscando-se tutelar um bem jurídico de inestimável valor, qual seja, a liberdade, que, sob o crivo de um direito penal do inimigo, é constantemente ameaçada pelo poder estatal.

Ressalta-se que o princípio em comento não é absoluto, na medida em que deverá ser relativizado frente ao *jus puniendi* do Estado. Isso porque se tal postulado fosse levado às últimas consequências, impediria que o Poder Público exercesse sua tarefa de desvendar os fatos, apontar o culpado e formalizar a acusação. Ademais, essa relativização permite que a efetividade do processo seja garantida através de medidas coativas contra o acusado. (TAVARES, 2007, p. 631; MIRABETE, 2002, p. 23)

Sobre o tema, Celso Ribeiro Bastos:

De fato, embora alguém só possa ser tido por culpado ao cabo de um processo com esse propósito, o fato é que, para que o poder investigatório do Estado se exerça, é necessário que recaia mais acentuadamente sobre certas pessoas, vale dizer: sobre aquelas que vão mostrando seu envolvimento com o fato apurado. (BASTOS, 2001 apud TAVARES, 2007, p.631)

Trata-se, pois, de uma culpabilidade provisória, necessária para que o poder estatal tutele os interesses da coletividade através da ação penal e, em último caso, da prisão cautelar (BECHARA, 2005, p. 20)

Para tanto, todavia, há de haver um equilíbrio entre o dever/poder de punir do estado, *jus puniendi*, e o direito à liberdade do indivíduo, *jus libertatis*, para que se possa garantir a efetividade desse postulado constitucional.

Sob esse fundamento, o *status* de liberdade do indivíduo não poderá sofrer restrições, salvo naquelas situações de extrema necessidade, que ponham em risco a efetividade do processo. Sobre o tema, nos ensina Antônio Scarance Fernandes:

No intervalo entre o nascimento da relação jurídica processual e a obtenção do provimento final, existe sempre o risco de sucederem eventos que comprometam a atuação jurisdicional ou afetem profundamente a eficácia e utilidade do julgado. Há então a necessidade de medidas cautelares, que

eliminam ou amenizam esse perigo. (FERNANDES, 2002, p. 297 apud GIMAEL, 2005, p. 517)

Assim, o estado de inocência cederá lugar a uma presunção de culpabilidade quando presentes razões de ordem cautelar que autorizem a manutenção da prisão em flagrante e/ou decretação da preventiva. (OLIVEIRA, 2002, p. 205)

Por tudo isso, o *status libertatis* do acusado apenas cessará, dando lugar a certeza da culpabilidade, quando da prolação de sentença condenatória irrecorrível. Até lá, predomina o princípio da não-culpabilidade.

## 2 PRISÃO

Como já dissemos, a privação da liberdade apenas será admitida após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Contudo, em situações excepcionais, e com vistas a permitir que o processo tenha um regular desenvolvimento, poderá lançar-se mão de uma custódia provisória. (MIRABETE, 2002, p. 410)

A partir da Lei 6.416/77, que instituiu no ordenamento pátrio a possibilidade de liberdade provisória sem fiança (art. 310, parágrafo único, do CPP), foi dado o primeiro passo para adequar o Código de Processo Penal aos ditames constitucionais, sobretudo aqueles que preveem garantias àqueles que sofrem a perseguição penal pelo Estado, a exemplo do já mencionado princípio da não-culpabilidade.

Nessa esteira, buscando consolidar a ideia da excepcionalidade da prisão, a Lei nº 12.403/11 promoveu uma profunda alteração no sistema de prisões do Código de Processo Penal ao inserir alguns dispositivos que demonstram a clara opção legislativa pela excepcionalidade da custódia.

Um dos pontos que merecem destaque é a instituição de medidas cautelares diversas da prisão preventiva, que garantirá o regular desenvolvimento do processo sem a necessidade da segregação cautelar. É a Inteligência da nova redação do art. 319 do CPP, *in verbis*:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

- I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;
- II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;
- III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;
- IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;
- V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

- VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;
- VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;
- VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;
- IX - monitoração eletrônica.

A Constituição Federal de 1988 garante a todo cidadão o direito à liberdade, tido como fundamental, e dispõe de meios para garanti-lo. Todavia, não se admite o seu exercício à revelia da lei, encontrando limites em suas proibições, sob pena de se chegar ao caos, à anarquia, enfim. (TOURINHO FILHO, 2009, p. 608)

Em contraponto ao direito de ir e vir, a própria Carta Política autoriza a restrição à liberdade, dispondo o seu art. 5º, LXI, que “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”.

A nova redação do art. 283 trazida pela Lei nº 12.403/11, que alterou dispositivos do Código de Processo Penal relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares, trouxe previsão semelhante:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Nesse sentido, o saudoso Júlio Fabbrini Mirabete (2007, p. 361) preleciona que “a prisão, em sentido jurídico, é a privação de liberdade de locomoção, ou seja, do direito de ir e vir, por motivo ilícito ou por ordem legal”.

Ressalte-se que esse conceito é atribuído à prisão independente ser ela provisória - lançada mão durante na fase instrutória - ou aquela que resulta da execução de sentença irrecorrível (NUCCI, 2010, p. 571). Pela pertinência ao objeto

do presente estudo, a abordagem será limitada às prisões tratadas no Código de Processo Penal, denominadas provisórias ou cautelares.

## 2.1 PRISÃO EM FLAGRANTE

As prisões cautelares são usualmente classificadas em: prisão em flagrante, prisão preventiva e prisão temporária. Ocorre que doutrina e jurisprudência vêm tomando posicionamentos divergentes quanto ao enquadramento da prisão em flagrante dentre as prisões cautelares.

A fonte desse permanente confronto reside na redação do art. 310 do CPP, que assim dispõe:

**Art. 310.** Quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato, nas condições do art. 19, I, II e III, do Código Penal, poderá, depois de ouvir o Ministério Público, conceder ao réu liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.

**Parágrafo único.** Igual procedimento será adotado quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (arts. 311 e 312).

Para determinada corrente doutrinária, a prisão em flagrante tem natureza *subcautelar*, pois apenas será possível a manutenção da custódia mediante decretação da preventiva, ainda que não prevista na legislação processual em referência. Desse modo, quando presentes qualquer das hipóteses autorizadoras da preventiva, não sendo possível a concessão da liberdade provisória, o magistrado deverá manter a prisão, fundamentadamente, com a decretação da preventiva.

De outra banda, corrente diversa sustenta que a prisão em flagrante é autônoma, justificando, por si só, a manutenção da custódia cautelar após sua homologação, na medida em que o dispositivo em questão não condiciona a manutenção da prisão decorrente do flagrante à decretação da preventiva. (AVENA, 2009, p.798)

Quando o referido artigo permite a concessão de liberdade provisória quando inexistentes as razões que autorizam a prisão preventiva, *a contrario sensu*,

a denegação da benesse pressupõe existentes as hipóteses autorizadoras de tal medida, razão pela qual estará o magistrado decretando a preventiva. (MACEDO, 2006, p. 1)

A nova redação dada ao art. 310 pela Lei nº 12.403/11, que vigorará a partir de 04 de julho no ano corrente, tornará inócua essa divergência, uma vez que prevê a obrigatoriedade da conversão da prisão em flagrante em preventiva quando presentes os requisitos que a autorizam, consoante se depreende da leitura do citado dispositivo:

**Art. 310.** Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal; ou

**II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão;** ou

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. (grifo nosso)

Desse modo, tendo a prisão em flagrante, inicialmente, natureza administrativa, apenas assumindo natureza jurisdicional após homologação pelo juízo criminal, a posterior conversão em prisão preventiva, se for o caso, é que fará com que o indiciado permaneça segregado. Logo, apenas sendo possível a custódia cautelar mediante a conversão da prisão em flagrante em preventiva, a cautelaridade é desta e não daquela, que assumirá a natureza de *subcautelar*.

### 2.1.1 Conceito e classificação

A prisão em flagrante é caracterizada pela custódia daquele surpreendido praticando uma infração ou após a sua consumação. Justifica-se para que seja colhido o material suficiente para que se apure a autoria e materialidade delitiva. (TOURINHO FILHO, 2007, p. 608)

No mesmo sentido, referindo-se a qualidade e à idoneidade da prova decorrente do flagrante, Eugênio Pacelli de Oliveira assevera:

De fato, quando a prova é colhida por ocasião do flagrante, a visibilidade dos fatos (dizemos fato porque se pode concluir, ao final, pela inexistência de crime) é muito maior, sobretudo no que respeita à produção de prova testemunhal. (OLIVEIRA, 2007, p. 418-419)

Por ser a prisão antes de transitar em julgado a sentença condenatória medida excepcional, cessando a causas justificadoras do flagrante, e não havendo razões que autorizem a preventiva, deverá ser concedida a liberdade provisória.

Aliás, esse é o novo regime da prisão em flagrante implementado pela Lei nº 12.403/11, que de forma expressa prever que essa modalidade de prisão apenas subsistirá caso seja convertida em preventiva, nos moldes do art. 310 do CPP.

Dessa forma, a partir da entrada em vigor da nova lei, não mais será admitida a simples homologação do flagrante, ante o preenchimento de meras formalidades legais, deverá, pois, manter-se a prisão tão somente caso esta seja convertida em preventiva, sob pena de restar caracterizado o constrangimento ilegal.

Feitas essas considerações, passemos a análise do art. 302, I a IV, do CPP que enumera a três modalidades de prisão em flagrante, quais sejam: flagrante próprio, flagrante impróprio ou quase-flagrante e flagrante presumido.

O flagrante próprio, cujas hipóteses estão previstas nos incisos I e II do artigo em referência, é aquele em que o sujeito está praticando ou acabou de praticar o delito.

No caso do inciso I, trata-se “de uma situação de ardência, de visibilidade incontestável da prática do fato delituoso”. (OLIVEIRA, 2007, p. 411). Por outro lado, a expressão “acabou de cometê-la” (inciso II) denota que o ato de perseguição ocorre quase que concomitantemente com a prática da infração que acabara de consumir-se.

O flagrante impróprio ou quase-flagrante, modalidade com previsão no inciso III, é caracterizado pela situação na qual o agente é perseguido “logo após” a consumação delitiva. Difere, portanto, do flagrante próprio em razão de o lapso temporal entre a prática da infração e o início da perseguição ser diferido. (AVENA, 2009, p. 779)

Sobre a matéria, Eugênio Pacelli de Oliveira, ressaltando a desnecessidade da visibilidade do fato, alerta:

Aqui, todo o cuidado é pouco, porque o que se tem por presente não é a visibilidade do *fato*, mas apenas da *fuga*, o que dificulta, e muito, as coisas, diante das inúmeras razões que podem justificar o afastamento suspeito de quem se achar em posição de ser identificado como *autor do fato*. (OLIVEIRA, 2007, p. 411, grifo do autor)

Por fim, a última modalidade (inciso IV) diz respeito ao flagrante presumido ou ficto caracteriza-se pela localização do sujeito “logo depois” com instrumentos, armas ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração, independentemente de ter havido perseguição, ou seja, o agente pode ser surpreendido, ainda que casualmente, com produtos que presumam ser ele o autor do fato delituoso.

## 2.2 PRISÕES CAUTELARES

A prisão provisória não é pena decorrente de condenação em sentença condenatória transitada em julgado, mas uma medida acautelatória que busca assegurar que o processo penal desenvolva-se para que seu objetivo seja alcançado, qual seja, a imposição da pena ao reconhecidamente culpado. Enfim, que a lei penal seja cumprida (TOURINHO FILHO, 2002, p. 389).

Segundo Manzini, citado na obra do Professor Fernando da Costa Tourinho Filho (2002, p389), a prisão cautelar “consiste en una limitación más o menos intesa de la libertad física de una persona, por una finalidade procesal”.

A propósito, o eminente Eugênio Pacelli de Oliveira, quando se refere à prisão provisória, aduz que como “é sempre uma medida cautelar, faz-se necessário que, na sua aplicação, não se percam de vista os resultados finais do processo, o que, em uma análise, é sua razão de ser” (2010, p.505).

Nesse passo, a custódia cautelar funciona como instrumento garantidor da persecução penal, que, diante de situações de risco previstas em lei, restaria prejudicada. Daí porque a desnecessidade e desproporcionalidade de imposição de tal medida quando o resultado do processo seria menos gravoso que o ato prisional provisório (OLIVEIRA, 2010, p. 505).

Assim, diferentemente do sistema de prisões à época da entrada em vigor do Código de Processo Penal 1941, ainda em vigor, que pugnava por um juízo de antecipação de culpabilidade (OLIVEIRA, 2010, p. 502), o atual sistema de garantias prevê a prisão como *ultima ratio*, devendo estar fundamentada em riscos concretamente demonstrados, e previstos em lei, furtando-se de uma análise fria das previsões legais que autorizam a segregação cautelar.

Por fim, a custódia dos presos provisórios tem previsão no art. 300 do CPP, que dispõe que “sempre que possível, as pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem definitivamente condenadas”.

Contudo, a nova redação desse dispositivo implementada pela Lei nº 12.403/11, que vigorará a partir de 04 de julho do ano corrente, prevê a obrigatoriedade da separação, dispondo que “as pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem definitivamente condenadas, nos termos da lei de execução penal”.

No mesmo sentido, a Lei de Execuções Penais (LEP) determina que os presos provisórios devem ficar separados dos condenados por sentença transitada em julgada, além de discriminar os estabelecimentos prisionais de acordo com a natureza jurídica da prisão.

Até então a realidade prisional ia de encontro à regra estabelecida, havendo incontáveis casos de presos em estabelecimentos penais incompatíveis com sua situação jurídica (MIRABETE, 2007, p. 369). Apesar da antiga redação do art. 300 do CPP facultar a separação dos presos provisórios daqueles definitivamente condenados, a LEP já estabelecia a obrigatoriedade de tal medida, denotando que a recente alteração do CPP, ainda que pertinente, não mudará a estrutura do nosso sistema prisional.

### **2.2.1 Prisão preventiva**

A prisão preventiva reveste-se de natureza cautelar, apenas sendo admitida em situações excepcionais, ou seja, quando presentes razões que a

autorizem. Deve, ainda, ser decretada de fundamentadamente pela autoridade judicial.

Ainda que constitua uma restrição a liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, não constitui ofensa ao princípio da não-culpabilidade, apenas uma mitigação, na medida em que é “um mal necessário, uma fatal necessidade, uma dolorosa necessidade social perante a qual todos devem se inclinar”. (MIRABETE, 2007, p. 389). Assim, sendo imperativa a custódia cautelar, a sua justificativa em elementos concretamente demonstrados é medida que se impõe.

Como mencionado, o princípio da não-culpabilidade não é absoluto, devendo ser relativizado para que haja um equilíbrio entre o *jus puniendi* estatal e o *jus libertatis* do indivíduo. É com esse espírito que o legislador ordinário vem buscando instituir medidas outras que afastem a segregação cautelar do sujeito, sem, contudo, comprometer a efetividade processual.

Tomemos como exemplo a já referida Lei nº 12.403/11, que implementou de forma ainda mais expressiva a excepcionalidade da prisão preventiva, uma vez que poderá ser afastada quando cabível outra medida cautelar. É o que se depreende da leitura na nova redação dada ao § 6º do art. 282 do CPP, *in literis*:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

(...)

§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).

Resta clara a opção legislativa em privilegiar o mínimo de sacrifício do indivíduo antes de transitar em julgado a sentença condenatória, reservando a prisão preventiva aos crimes mais graves, praticados com dolo e com pena máxima superior a 4 (quatro) anos, aos reincidentes em crimes dolosos com sentença irrecorrível e ainda aos crimes que envolvem violência doméstica e familiar (nova redação do art. 313, inciso I a III, do CPP).

### 2.2.2 Prisão temporária

A exemplo da prisão preventiva, a prisão temporária é modalidade de prisão cautelar, devendo, pois, está fundamentada em elementos concretos que justifiquem a medida, nos termo do art. 1º da Lei nº 7.960/89, *in verbis*:

Art. 1º Caberá prisão temporária:

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II - quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º);

b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);

c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);

d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);

e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);

f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);

g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);

h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);

i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);

j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com o art. 285);

l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;

m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º, da Lei nº 2.889 de 01.10.1956), e qualquer de suas formas típicas;

n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368 de 21.10.1976);

o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492 de 16.06.1986).

Desse modo, caberá a prisão temporária quando: a) houver fundadas razões de autoria e materialidade delitivas e; b) for imprescindível à instrução inquisitorial. Quanto à hipótese prevista no inciso II, entendemos que se indiciado não tem residência fixa ou não fornece elementos necessários ao esclarecimento de

sua identidade, invariavelmente será um inconveniente às investigações policiais. (OLIVEIRA, 2007, p. 434)

A temporária está sujeita, ainda, a um lapso temporal definido. A princípio, o prazo da prisão será de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade (Art. 2º, *caput*). Tratando-se de crimes hediondos e equiparados, a Lei nº 8.072/90 em seu art. 2º, § 4º, prever um prazo de 30 (trinta) dias, podendo ser prorrogado por igual período, desde que comprovada a extrema necessidade.

### 3 LIBERDADE PROVISÓRIA

Desde a legislação imperial do Brasil, e mantida pelo Código de Processo Penal de 1941, a fiança era a única modalidade de liberdade provisória existente, ressalvado os casos daquelas condutas penalmente justificadas, as excludentes de ilicitude, e nas hipóteses em que o réu se livrava solto, conforme previsão do art. 321 do CPP.

Neste contexto, a sistemática da primitiva redação do Código de Processo Penal era a presunção de culpa no caso de prisão em flagrante, apenas sendo possível ao indiciado responder o processo em liberdade caso o crime fosse afiançável, aquele cujas penas fossem de natureza leve, na hipótese de ser possível livrar-se solto ou caso estivesse presentes alguma excludente de ilicitude.

À época da entrada em vigor no atual CPP, a prisão em flagrante tinha uma consequência gravíssima para o indiciado, qual seja, a antecipação do resultado final do processo, baseada da presunção de culpabilidade, que decorria do próprio flagrante, e da garantia da aplicação da lei penal, tendo em vista a presunção de fuga.

Contudo, a prisão em caso de flagrante apenas justifica-se enquanto perdurarem as funções desse tipo de prisão, quais sejam, diminuição ou afastamento dos efeitos da infração, impedindo sua consumação ou exaurimento, e colhimento de todo material probatório. Sendo assim, cumpridas as funções do flagrante, a custódia cautelar não se justifica.

Com esse entendimento, em 1977 foi publicada a Lei nº 6.416 acrescentando o parágrafo único ao art. 310 do CPP, que dispunha apenas ser possível a manutenção da prisão decorrente do flagrante quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva. Assim, a prisão provisória ganhou o status de exceção a partir dessa inovação no ordenamento jurídico.

Desse modo, depois de cumpridas as funções do flagrante, a liberdade deverá ser restituída, em respeito ao princípio da não culpabilidade que a partir daquele momento tornou-se uma realidade no nosso ordenamento jurídico.

Assim, a segregação cautelar deverá ser sempre uma exceção, devendo, pois, sua imposição estar alicerçada em razões de natureza cautelar, já que implicam em uma restrição de direitos. Portanto, diante da prisão em flagrante apenas deverá ser mantida a prisão do indiciado caso a situação fática respalde tal medida, nos termos do art. 312 do CPP.

### 3.1 REGIME CONSTITUCIONAL

O texto constitucional prevê as duas modalidades de liberdade provisória, com ou sem fiança. Ocorre que, após a alteração implementada pela Lei. 6.416/77 no CPP, adicionando o parágrafo único ao seu art. 310, a liberdade provisória com fiança, na prática, perdeu a razão de ser.

Como dito em linhas anteriores, a redação primitiva do Código de Processo Penal apenas previa a concessão da liberdade provisória mediante o pagamento de fiança, salvo os casos já enumerados anteriormente. Assim, caso afiançável o crime, o indiciado seria posto em liberdade, sendo inafiançável, deveria permanecer preso até o deslinde do feito, com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Desse modo, antes da referida alteração, quando a lei mencionava ser o crime inafiançável, resultava na manutenção da prisão até o final do processo. Contudo, a inclusão do parágrafo único ao art. 310 possibilitou a concessão da liberdade provisória quando inexistentes os motivos justificadores da prisão preventiva, ou seja, independentemente da gravidade do delito o indivíduo poderia ser posto em liberdade, sendo irrelevante ser o crime inafiançável ou não.

Todavia, a Constituição de 1988 foi promulgada de encontro ao caminho seguido pelo legislador ordinário em matéria de liberdade provisória, ao resgatar a

expressão inafiançabilidade, cuja única decorrência era a impossibilidade de se conceder a liberdade com fiança.

Desse modo, diante do novo regime de liberdade provisória trazida pela Lei nº 6.416/77, a qualificação de um crime em inafiançável perdeu a aplicação prática, que apenas tinha sentido quando a única modalidade de liberdade era aquela concedida mediante o pagamento de fiança.

Logo, a interpretação a ser dada ao art. 5º, LVXI, da CF/88 não poderá ser aquela que impossibilite a concessão da liberdade provisória sem fiança, o que acarretaria uma hermenêutica constitucional segundo a legislação ordinária, que em vários dispositivos deram à expressão inafiançabilidade o sentido de vedação absoluta à liberdade.

### 3.2 LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA

Com vistas a tratar com mais severidade os responsáveis pela prática de determinadas infrações, o legislador ordinário, equivocadamente, por razões de política criminal, vedou expressamente a concessão da liberdade provisória a certas categorias de crimes.

A decorrência prática dessa custódia cautelar obrigatória é manutenção na prisão daquele preso em flagrante delito pela prática de alguns dos crimes para os quais foi vedado absolutamente o benefício da liberdade provisória. Frise-se que tal vedação alcança tão somente as situações de flagrância, ou seja, em não sendo hipótese de flagrante, a decretação da prisão preventiva não será obrigatória. (AVENA, 2009, p. 820)

Com esse fim, o legislador ordinário, regulamentando o art. 5º, incisos XLII e XLIII, da Constituição Federal, promulgou alguns dispositivos que qualificam os delitos neles previsto com inafiançáveis, são eles: Leis 7.716/89 (Prática de Racismo), 9.455/97 (Prática de Tortura), 10.826/03 (Desarmamento), 8.072/90 (Crimes Hediondos) e Lei 11.343/06 (Lei de Drogas).

Nota-se que essa produção legislativa fundou-se no conceito de inafiançabilidade lançado à época da entrada em vigor do Código de Processo Penal, pelo qual apenas era possível a liberdade provisória com fiança ou nos casos de excludentes de ilicitude, como já sabido. Assim, a natureza de crimes inafiançáveis os tornava insuscetíveis de liberdade. (OLIVEIRA, 2010, p. 565)

Com já visto, após a Lei nº 6.416/77, que acrescentou o parágrafo único ao art. 310 do CPP, tornou-se possível a concessão de liberdade provisória quando inexistentes as razões que autorizam a preventiva. Consequentemente, a todas as infrações passou-se admitir o referido benefício, independentemente da natureza do delito cometido.

Ante a existência, atualmente, dessas duas hipóteses de liberdade, restou apenas um único entendimento a ser dado ao termo inafiançabilidade trazido pela Constituição, qual seja, a vedação a liberdade provisória com fiança, senão vejamos: não há qualquer condicionamento constitucional a aplicação do parágrafo único do art. 310 do CPP. A própria Constituição traz o regime da liberdade sem fiança em seu art. 5º, LXVI. (OLIVEIRA, 2010, p. 565)

Com exceção da Lei nº 10.826/03, que teve declarado inconstitucional o dispositivo que previa a inafiançabilidade para os crimes previstos nos arts. 14, 15 e 21, por entender a Suprema Corte que apenas a Constituição poderia apontar os crimes insuscetíveis de liberdade provisória, já que o fez para determinadas categorias de crimes, as demais leis em comento têm recebido uma interpretação mais branda dos Tribunais Superiores, ao exigir fundamentação concreta, nos termos do art. 312 do CPP, para o indeferimento da liberdade provisória. (OLIVEIRA, 2010, p. 572; AVENA, 2009, p. 820)

Sobre o tema, destacamos o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, acerca da vedação à liberdade provisória prevista na Lei nº 9.034/95 (Organização Criminosa):

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. INEXISTÊNCIA.

I - A prisão preventiva deve ser considerada exceção, já que, por meio desta medida, priva-se o réu de seu jus libertatis antes do pronunciamento condenatório definitivo, consubstanciado na sentença transitada em julgado. É por isso que tal medida constritiva só pode ser decretada se expressamente for justificada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, ex vi do artigo 312 do Código de Processo Penal. II - A simples referência ao art. 7º da Lei nº 9.034/95 não é justificativa idônea para a decretação da custódia cautelar (Precedentes). III - O art. 30 da Lei 7.492/86, ao mencionar a magnitude da lesão supostamente causada pela prática, em tese, criminosa, não dispensa, para a imposição da custódia cautelar, os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal (Precedentes) (STJ, REsp 772504/PR, 5ª Turma, Rel. Félix Fischer. j. 12.09.2006).

Comentando o instituto da prisão cautelar, Marco Aurélio Leite Silva leciona que:

A prisão cautelar deve ser sempre entendida como um fenômeno excepcional, somente admitido ante requisitos rigorosamente comprovados e, assim, capazes de excepcionar a regra constitucional da presunção de inocência. A segregação de alguém no cárcere tem legitimidade, de ordinário, apenas diante de condenação penal transitada em julgado; quaisquer outras formas de aprisionamento constituem licenças perigosíssimas de que se serve o Poder Público no interesse da coletividade. Basta um milímetro aquém desse rigor para que a prisão seja ilegal. (SILVA, 2008, p. 1)

Nessa esteira, merece transcrição o voto proferido pelo Ministro Celso de Mello sobre a excepcionalidade da prisão cautelar:

"HABEAS CORPUS" - PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA COM FUNDAMENTO NA GRAVIDADE OBJETIVA DO DELITO, NO CLAMOR PÚBLICO, NA SUPOSTA INSEGURANÇA E INTRANQUILIDADE DAS TESTEMUNHAS E NA AFIRMAÇÃO DE QUE A PRISÃO CAUTELAR SE JUSTIFICA PARA ASSEGURAR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL - CARÁTER EXTRAORDINÁRIO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE INDIVIDUAL - UTILIZAÇÃO, NA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA, DE CRITÉRIOS INCOMPATÍVEIS COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - SITUAÇÃO DE INJUSTO CONSTRANGIMENTO CONFIGURADA - AFASTAMENTO, EM CARÁTER EXCEPCIONAL, NO CASO CONCRETO, DA INCIDÊNCIA DA SÚMULA 691/STF - "HABEAS CORPUS" CONCEDIDO DE OFÍCIO. A PRISÃO CAUTELAR CONSTITUI MEDIDA DE NATUREZA EXCEPCIONAL.

- A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada em situações de absoluta necessidade.

- A questão da decretabilidade da prisão cautelar. Possibilidade excepcional, desde que satisfeitos os requisitos mencionados no art. 312 do CPP. Necessidade da verificação concreta, em cada caso, da imprescindibilidade da adoção dessa medida extraordinária. Precedentes.

A PRISÃO PREVENTIVA - ENQUANTO MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR - NÃO PODE SER UTILIZADA COMO INSTRUMENTO DE PUNIÇÃO ANTECIPADA DO INDICIADO OU DO RÉU. A prisão preventiva não pode - e não deve - ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois,

no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia. A prisão preventiva - que não deve ser confundida com a prisão penal - não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal.

**A GRAVIDADE EM ABSTRATO DO CRIME NÃO CONSTITUI FATOR DE LEGITIMAÇÃO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE.** A natureza da infração penal não constitui, só por si, fundamento justificador da decretação da prisão cautelar daquele que sofre a perseguição criminal instaurada pelo Estado. Precedentes.

**O CLAMOR PÚBLICO NÃO BASTA PARA JUSTIFICAR A DECRETAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR.** - O estado de comoção social e de eventual indignação popular, motivado pela repercussão da prática da infração penal, não pode justificar, só por si, a decretação da prisão cautelar do suposto autor do comportamento delituoso, sob pena de completa e grave aniquilação do postulado fundamental da liberdade.

O clamor público - precisamente por não constituir causa legal de justificação da prisão processual (CPP, art. 312) - não se qualifica como fator de legitimação da privação cautelar da liberdade do indiciado ou do réu. Precedentes.

**A PRISÃO CAUTELAR NÃO PODE APOIAR-SE EM JUÍZOS MERAMENTE CONJECTURAIIS.** - A mera suposição, fundada em simples conjecturas, não pode autorizar a decretação da prisão cautelar de qualquer pessoa.

- A decisão que ordena a privação cautelar da liberdade não se legitima quando desacompanhada de fatos concretos que lhe justifiquem a necessidade, não podendo apoiar-se, por isso mesmo, na avaliação puramente subjetiva do magistrado de que a pessoa investigada ou processada, se em liberdade, poderá gerar insegurança ou intranquilidade nas testemunhas.

- Presunções arbitrárias, construídas a partir de juízos meramente conjecturais, porque formuladas à margem do sistema jurídico, não podem prevalecer sobre o princípio da liberdade, cuja precedência constitucional lhe confere posição eminente no domínio do processo penal.

**PRISÃO CAUTELAR E POSSIBILIDADE DE EVASÃO DO DISTRITO DA CULPA.** A mera possibilidade de evasão do distrito da culpa - seja para evitar a configuração do estado de flagrância, seja, ainda, para questionar a legalidade e/ou a validade da própria decisão de custódia cautelar - não basta, só por si, para justificar a decretação ou a manutenção da medida excepcional de privação cautelar da liberdade individual do indiciado ou do réu.

**AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO, NO CASO, DA NECESSIDADE CONCRETA DE DECRETAR-SE A PRISÃO PREVENTIVA DO PACIENTE.** Sem que se caracterize situação de real necessidade, não se legitima a privação cautelar da liberdade individual do indiciado ou do réu. Ausentes razões de necessidade, revela-se incabível, ante a sua excepcionalidade, a decretação ou a subsistência da prisão preventiva.

**O POSTULADO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA IMPEDE QUE O ESTADO TRATE, COMO SE CULPADO FOSSE, AQUELE QUE AINDA NÃO SOFREU CONDENAÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL.** A prerrogativa jurídica da liberdade - que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) - não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais, que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem. Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime indigitado como grave, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível - por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) -

presumir-lhe a culpabilidade. Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional da presunção de inocência, em nosso sistema jurídico, consagra, além de outras relevantes consequências, uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário. Precedentes. (Habeas Corpus nº 93.352/RJ, 2ª Turma do STF, Rel. Celso de Mello. j. 25.08.2009, unânime, DJe 06.11.2009).

Por tudo isso, a vedação abstrata do direito à liberdade não encontra guarida na Carta Maior, que não admite a prisão *ex lege*, fundada em critérios objetivos, oriundos de uma valoração genérica da gravidade dos delitos praticados, em flagrante afronta aos princípios da presunção de inocência e devido processo legal, redundando em uma verdadeira antecipação de pena.

#### 4 IMPLICAÇÕES JURÍDICAS DO ART. 44 DA LEI Nº 11.343/06

No contexto da edição de leis que dispensaram um tratamento mais rigoroso àqueles que praticam certas categorias de crimes, a nova Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06) prevê a vedação à liberdade provisória, com ou sem fiança, aos que praticarem os delitos previstos no seu art. 44, *in verbis*:

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

A partir da entrada em vigor dessa lei, os presos em flagrante pela prática de algumas das condutas previstas no citado artigo deveriam permanecer em cárcere até o resultado final do processo, demonstrando uma verdadeira antecipação de culpa do indiciado.

Esse novo dispositivo veio, senão, somar-se aos demais exemplos legislativos de inconstitucionalidades, ao vedar de forma absoluta à liberdade àqueles que preenchessem os requisitos objetivos autorizadores de tal benesse, em um evidente retorno da “prisão preventiva obrigatória”, que prescindia da necessidade da custódia, levando-se em conta apenas a natureza do crime praticado.

Aliás, no que diz respeito à intervenção do Poder Judiciário na aferição da necessidade da custódia cautelar, Eugênio Pacelli de Oliveira manifesta-se no sentido de que:

Em tema de garantias fundamentais, e particularmente, no campo da liberdade individual, o Poder Judiciário não pode ser excluído da apreciação da necessidade da prisão, sobretudo porque nosso ordenamento somente admite a privação da liberdade subordinada aos escopos (jurisdicionais) do processo, ou seja, para a proteção de sua efetividade. (OLIVEIRA, 2001, p. 322 apud OLIVEIRA, 2010, p.569)

Desse modo, com vistas a sanar tamanha afronta à ordem constitucional, a Lei nº 11.464/07, ao modificar a redação do art. 2º, inciso II, da Lei nº 8.072/90 (Crimes Hediondos), retirou a proibição de concessão de liberdade provisória sem fiança, adequando-se ao real significado do termo inafiançabilidade constante no art.

5º, inciso XLIII, da CRFB. Foi o primeiro passo para fazer valer a supremacia da Constituição. Com a nova redação, dispõe o referido artigo:

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

(...)

II – fiança.

A partir de então, a aferição da necessidade ou não da concessão da liberdade provisória sem fiança deverá calcar-se nas hipóteses autorizadas da prisão preventiva, quando presentes razões de ordem cautelar, e não mais a partir da abstração do legislador.

Até o advento da Lei nº 11.464/07, quando da concomitância das vedações constantes na antiga redação da Lei dos Crimes Hediondos e na Lei de Drogas, ainda que inconstitucionais, havia uma harmonia entre os dois dispositivos. Hoje, a Lei nº 11.343/06 colide não apenas com a Lei nº 8.072/90, mais com a própria Constituição.

Sobre o tema, Amaury Silva:

A possibilidade da concessão da liberdade provisória para os crimes hediondos e equiparados terá efetivamente uma grande repercussão quanto aos crimes de tráfico de drogas, pois tal dispositivo colide frontalmente com o artigo 44 da Lei 11.343/2006, que veda a liberdade provisória para os crimes previstos em seu artigo 33. Seguindo uma interpretação sistemática e teleológica, considerando ainda a dimensão constitucional do tema (art. 5º., XLIII, da Constituição Federal), é irresistível o apontamento de uma conclusão de que mesmo para o crime de tráfico de drogas, doravante, em tese, é admissível a liberdade provisória, devendo cada caso concreto ser avaliado e dirimido segundo seus característicos, contemplando-se, outrossim, o disposto no art. 312, CPP. (SILVA, 2007, p.01 apud CABETTE, 2007)

A inovação trazida pela Lei 11.464/07 revogou a proibição constante no art. 44 da Lei nº 11343/06. Sendo aquela posterior a esta e, ainda, não havendo mudança no *caput* do art. 2º, permanece sua aplicação àqueles que sofrem a persecução penal pelo Estado pela prática de tráfico de drogas. É o raciocínio de Renato Marcão:

Note-se que a Lei n. 11.464/2007 é posterior à nova Lei de Tóxicos e a redação do art. 2º, *caput*, da Lei n. 8.072/90 foi mantida, estando preservada sua aplicação aos crimes hediondos, tortura, *tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins* e terrorismo. (MARCÃO, 2007, p 01)

No mesmo sentido, Guilherme de Souza Nucci:

Vedação à liberdade provisória: seguindo o mesmo parâmetro da Lei 8.072/90 (art. 2º, II, na sua anterior redação), proibiu-se a concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, aos autores dos crimes de tráfico ilícito de drogas (arts. 33, caput, e § 1º, e 34 a 37 desta Lei). Com a edição da Lei 11.464/2007, que alterou o art. 2º, II, da Lei dos Crimes Hediondos, permanece a proibição, apenas, da concessão de liberdade provisória, com fiança, aos autores de delitos hediondos e equiparados (dentre eles, o tráfico ilícito de drogas). Porém, liberou-se o magistrado para a concessão da liberdade provisória, sem fiança. (NUCCI, 2007, p. 349)

O tratamento igualitário entre a Lei de Crimes Hediondos e a nova Lei de Drogas com relação ao tráfico ilícito de entorpecentes foi rompido pela entrada em vigor da Lei nº 11.464/07, que gerou uma sucessão de leis penais, acarretando, por oportuno, um conflito de leis no tempo. Nestes casos, o princípio regente é da posterioridade, pelo qual a lei posterior revoga a anterior.

Ocorre que, em alguns julgados, vêm as nossas Cortes Superiores denegando a liberdade provisória aos que cometem o delito de tráfico de drogas, fundamento tais decisões na aplicabilidade do art. 44 da Lei nº 11.343, ainda que tal benefício seja permitido pela Lei de Crimes Hediondos, senão, vejamos:

HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. LIBERDADE PROVISÓRIA. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 5º, XLIII E LXVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FIANÇA E LIBERDADE PROVISÓRIA. ART. 44 DA LEI 11.343/2006. REGRA ESPECIAL QUE NÃO FOI ALTERADA POR LEI DE CARÁTER GERAL. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS. INOCORRÊNCIA. NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DA ORDEM PÚBLICA CARACTERIZADA PELA REITERAÇÃO CRIMINOSA. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA.

I - A vedação da liberdade provisória a que se refere o art. 44, da Lei 11.343/2006, por ser norma de caráter especial, não foi revogada por Diploma Legal de caráter geral, qual seja, a Lei 11.464/07.

II - A garantia da ordem pública é fundamento que não guarda relação direta com o processo no qual a prisão preventiva é decretada, dependendo a sua avaliação do prudente arbítrio do magistrado.

III - A reiteração criminosa, associada à demonstração da adequação e proporcionalidade da medida, autoriza a custódia cautelar.

IV - Ordem denegada. (Habeas Corpus nº 93.000-0/MG, 1ª Turma do STF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski. j. 01.04.2008, Dje 25.04.2008).

Havendo um conflito de leis no tempo, gerado pela sucessão de leis, deve imperar o princípio da posterioridade, não se podendo invocar o da especialidade, aplicado nos casos de conflito aparente de normas, que pressupõe a vigência concomitante de duas ou mais leis que, em tese, seriam aplicadas ao caso concreto.

Com esse raciocínio, leciona Luiz Flávio Gomes:

A diferença entre o conflito aparente de leis penais (ou de normas penais) e a sucessão de leis penais (conflito de leis penais no tempo) é a seguinte: o primeiro pressupõe (e exige) duas ou mais leis em vigor (sendo certo que por força do princípio *ne bis in idem* uma só norma será aplicável); no segundo (conflito de leis penais no tempo) há uma verdadeira sucessão de leis, ou seja, a posterior revoga (ou derroga) a anterior. Uma outra distinção: o conflito aparente de leis penais é regido pelos princípios da especialidade, subsidiariedade e consunção. O que reina na sucessão de leis penais é o da posterioridade. (GOMES, 2007, p. 01)

Interpretação diversa equivaleria a discriminar situações jurídicas idênticas, em uma evidente incongruência sistemática. É inadmissível a concessão de liberdade provisória aos crimes hediondos e vedação em relação aos equiparados.

No mesmo sentido:

À evidência, na hipótese do tema em apreço, é bom que se destaque, não há um fator sequer que justifique o tratamento diferenciado entre os acusados de tráfico ilícito de entorpecentes, cuja hipótese penal é disciplinada na Lei n.º 11.343/06, e os acusados de crimes hediondos previstos na Lei n.º 8.072/90. Ao que se percebe, não há qualquer pertinência lógica em conceber esse tratamento diferenciado. (PEREIRA, 2008, p. 01)

Assim, tratar com desigualdade os iguais fere o princípio constitucional da isonomia, insculpido no art. 5º, *caput*, *in verbis*:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade

E foi seguindo esse raciocínio que o legislador ordinário, ao não modificar a redação do *caput* do art. 2º da Lei nº 8.072/90, decidiu manter o tráfico de drogas entre aqueles que são suscetíveis de liberdade provisória sem fiança, em respeito à Constituição, que não dispensou tratamento diferenciado entre as modalidades dos crimes previstos na referida lei. (PEREIRA, 2008, p. 01)

Como já sabido, se o texto constitucional não vedou absolutamente a concessão de liberdade provisória aos indiciados por tráfico de drogas ou crimes hediondos, apenas não permitindo a liberdade com fiança, não caberia ao legislador

ordinário fazê-lo. É o que se depreende da leitura do art. 5º, inciso XLII, da Constituição:

Art. 5º

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

Ainda que assim não fosse, tem advertido o STF que a natureza da infração não pode, *por si só*, justificar a custódia cautelar, devendo-se haver uma aferição das hipóteses que autorizam tal medida.

Neste sentido, o seguinte julgado:

I. HABEAS CORPUS E PRONÚNCIA.

Sedimentada a jurisprudência do Supremo em que, se a pronúncia, para conservar preso o réu, silencia totalmente a respeito ou se remete aos fundamentos do decreto de prisão cautelar anterior, a eventual inidoneidade deles contamina de nulidade a prisão processual e, por isso, não prejudica o habeas corpus pendente que a impugna.

II. PRISÃO PREVENTIVA. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. 1. Não constituem fundamentos idôneos à prisão preventiva a invocação da gravidade abstrata ou concreta do delito imputado, definido ou não como hediondo ou das hipóteses previstas no artigo 312 do C. Pr. Penal, sem indicação de fatos concretos que as justifiquem. Precedentes. 2. Crimes hediondos. Vedação da liberdade provisória. Inteligência. Não se aplica a vedação da liberdade provisória contida no art. 2º, II, da L. 8.072/90 - na qual se fundou a sentença de pronúncia para manter a prisão do paciente -, por não se tratar de prisão em flagrante, mas, de prisão preventiva, cuja fundamentação se repute inidônea.

III. Liberdade provisória concedida.

(Habeas Corpus nº 86703/ES, 1ª Turma do STF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. j. 08.11.2005, DJU 02.12.2005).

HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE DO PACIENTE. GRAVIDADE DO DELITO. REPERCUSSÃO SOCIAL. ORDEM DENEGADA.

Ao se decretar prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública, deve-se necessariamente examinar essa garantia em face do binômio gravidade do delito e repercussão social, o que foi feito pelo decreto de prisão da paciente. A gravidade do delito, de per si, não pode ser utilizada como fundamento da custódia cautelar. Porém, no presente caso, o crime foi de enorme repercussão em comunidade interiorana, além de ter ficado evidenciada a periculosidade da paciente, fatores que são suficientes para a manutenção da custódia cautelar.

(Habeas Corpus nº 84498/BA, 2ª Turma do STF, Rel. Min. Joaquim Barbosa. j. 14.12.2004, DJU 03.06.2005).

Na mesma esteira:

A simples alegação de que é vedada a concessão de liberdade provisória aos agentes com intensa e efetiva participação nos quadros da organização criminosa, como base apenas no disposto do art. 7º da Lei nº 9.034/95, não

encontra respaldo na jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores. Entendimento pacífico que, sendo a prisão cautelar uma medida necessária para assegurar os meios e os fins do processo de conhecimento penal, faz-se necessária fundamentação concreta, nos moldes do art. 312 do CPP. (STJ, RE 772.504/PR, 5ª Turma, Rel. Min. Félix Fischer. DJ 20.11.2006).

Dessa forma, ao não se autorizar uma segregação cautelar sem levar em conta motivos concretamente demonstrados para justificar a excepcionalidade da medida, é mesmo que reconhecer a inconstitucionalidade de dispositivos que autorizam a denominada prisão *ex lege*, por ir de encontro aos princípios da presunção de não-culpabilidade e aquele que exige a fundamentação da autoridade judiciária competente para manutenção da prisão.

As vozes que pregoam que a vedação contida no art. 44 da Lei de Drogas decorre da inafiançabilidade constitucional para os crimes hediondos e equiparados denota um argumento sofismático, uma vez que a expressão não pode significar, senão, a vedação a liberdade provisória com fiança.

Nesse sentido:

(...)

De nenhuma valia o argumento que, sendo inafiançáveis, nos termos da Constituição Federal, os crimes hediondos, de tortura, de tráfico ilícito de drogas e de terrorismo, não se poderia, por via de consequência, conceder a seus agentes a liberdade provisória. Consoante a lição de Vicente Greco Filho, chamando à colação por Odone Sanguiné, 'a liberdade provisória sem fiança, conforme previsto no Código de Processo Penal (art. 310, parágrafo único), aplica-se a qualquer infração penal, inclusive as inafiançáveis. Se o constituinte proibiu a fiança é porque deseja, em relação a essas infrações, maior rigor na repressão e, em princípio, estaria proibindo qualquer liberdade provisória. Todavia, o próprio constituinte, em outro inciso, faz a distinção entre liberdade provisória com ou sem fiança (inciso LXVI), de modo que, se desejasse abranger as duas hipóteses com a proibição, teria a elas se referido expressamente. Cremos que seria um retrocesso, incompatível com o sistema geral de garantias da pessoa, manter na prisão alguma pessoa em virtude de situação meramente formal, que seria a flagrância. A despeito de inafiançáveis, portanto, esses crimes admitirão a liberdade provisória do art. 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal, e seria excessiva a norma legal que, para eles, viesse impedir sua aplicação. Ao referi-se expressamente à duas hipóteses - com ou sem fiança -, quis a norma constitucional permitir a liberdade provisória mesmo para as infrações inafiançáveis (...) (Habeas Corpus Crime nº 491.717-9, 3ª Câmara criminal do TJPR, Rel. Des. Rogério Kanayama. j. 26.08.2008, unânime, DJ 7664)

Como já mencionado, não se pode interpretar a Constituição a partir da legislação ordinária, dando à expressão inafiançabilidade um conceito dissonante do

sistema constitucional vigente, que, conforme a referida decisão, não estendeu a proibição para as duas modalidades de liberdade provisória.

Sustentam, alguns, porém, que a inafiançabilidade prevista na Constituição não desautoriza a concessão de liberdade provisória, desde que se imponham medidas mais gravosas que a fiança, não se permitindo ao legislador ordinário prever medidas menos rigorosas do que aquela, sob pena de tornar inócua a proibição constitucional. Com esse entendimento, Luiz Otávio de Oliveira Rocha e Marco Garcia Baz:

A inafiançabilidade traduz a impossibilidade do acusado livrar-se da prisão durante o curso da instrução criminal mediante os vínculos com o processo definidos nessa espécie de liberdade provisória. A inafiançabilidade que decorre diretamente da Constituição não obsta a concessão de liberdade provisória, desde que os vínculos do acusado com o processo, determinados nessa hipótese, sejam mais gravosos do que o pagamento da fiança. Se a Magna Carta considerou insuscetíveis de fiança determinados crimes, a lei ordinária não poderá permitir hipóteses de liberdade provisória em que os vínculos do acusado sejam menos gravosos do que a própria fiança, pena de contrariar a proibição constitucional, por torná-la inócua. (ROCHA; BAZ, 1999, p. 72)

Com a devida vênia, nada impede que a legislação ordinária promova alterações a fim de equilibrar esses dois regimes de liberdade provisória. Contudo, é inadmissível que a omissão legislativa acarrete o sacrifício da custódia quando se permite a liberdade.

Ademais, com entrada em vigor da Lei nº 12.403/11, perderá todo o sentido o referido argumento, na medida em que a nova redação do art. 319 do CPP enumera medidas cautelares diversas da prisão, *in verbis*:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

- I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;
- II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;
- III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;
- IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;
- V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;
- VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica.

As mudanças na legislação ordinária vêm, senão, consagrar os ditames da Constituição, a fim de que sejam garantidos os princípios da presunção de inocência, “dentre outros princípios constitucionais que informam e compõem o estatuto jurídico daqueles que sofrem persecução penal instaurada pelo Estado”. (MEDEIROS, 2010, p. 01)

## 5 CONCLUSÃO

Conforme se viu, o princípio da não-culpabilidade, que se encontra insculpido no art. 5º, inciso LVII da Constituição de 1988, garante a todo cidadão o direito de não ser considerado culpado até que se tenha uma sentença condenatória irrecorrível o declarando como tal. O desrespeito a esse postulado redundaria em uma preferência ao direito penal do inimigo, sepultando o sistema de garantias processuais penais constitucionais.

Vale lembrar que referido princípio não pode ser levado às últimas consequências, sob pena de comprometimento da efetividade do processo, que deverá ser garantido por meio de medidas cautelares em desfavor do indiciado ou acusado quando se vislumbrar no caso concreto razões que autorizem tais medidas. Frise-se, apenas a excepcionalidade imporá restrições à liberdade.

Assim, apesar de a Constituição garantir a todo cidadão o direito à liberdade, o próprio texto constitucional autoriza a sua mitigação, prevendo o art. 5º, inciso LXI, da Constituição Federal, que “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”.

Desse modo, ressalvado o caso do flagrante delito, ao prever a possibilidade da prisão por ordem escrita e fundamentada, a Constituição autorizou o cerceamento da liberdade apenas quando esta ocasionar riscos, desde que concretamente demonstrados.

Com esse entendimento, inadmissível a aceitação de previsões legais que abstratamente vedam a liberdade provisória a determinadas categorias de delitos, sob pena de o Poder Legislativo invadir atribuições típicas do Poder Judiciário, em evidente afronta ao princípio da Separação dos Poderes.

A vedação abstrata do direito à liberdade caracteriza a denominada prisão compulsória, que apesar da previsão legal, não encontra guarida na Carta Maior,

que não admite a prisão *ex lege*, aquela fundada em critérios objetivos, oriundos de uma valoração genérica da gravidade dos delitos praticados, em flagrante afronta aos princípios da presunção de inocência e devido processo legal, e redundando em uma verdadeira antecipação de pena.

Apesar de existirem outras hipóteses legais de vedação absoluta da liberdade provisória, quais sejam Crime Organizado (Lei nº 9.034/95), Lavagem de Dinheiro (Lei nº 9.613/98) e a Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06), não é este o propósito da nossa Carta Política que, ao prevê no seu art. 5º, LXVI “que ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”, não autoriza uma interpretação equivocada do dispositivo, a ponto de manter-se a prisão quando a lei não admitir a liberdade.

Esse entendimento vem fazendo com que os Tribunais Superiores abrandem o rigor legal dessas disposições, dando-lhe uma interpretação conforme a Constituição, ao exigir em cada caso concreto a aferição da necessidade da custódia cautelar, ou mesmo declarando inconstitucionais certos comandos normativos. Nessa mesma linha, o próprio legislador vem reformando a legislação a fim de adequá-la à melhor hermenêutica constitucional.

Um exemplo dessa atividade legislativa foi a entrada em vigor da Lei nº 11.464/07, que alterou o inciso II do art. 2º da Lei nº 8.072/90, suprimindo do seu texto a expressão liberdade provisória, gerando uma grande discussão na doutrina e jurisprudência sobre a aplicabilidade dessa nova normatização aos crimes previstos na nova Lei de Drogas, tendo em vista a vedação expressa desse benefício a alguns dos delitos nela previstos, nos termos do seu art. 44.

Contudo, como restou demonstrado, tratando-se de conflito de leis no tempo, gerado pela sucessão de leis, deve imperar o princípio da posterioridade, não se podendo invocar o da especialidade, aplicado nos casos de conflito aparente de normas, que pressupõe a vigência concomitante de duas ou mais leis que, em tese, seriam aplicadas ao caso concreto.

De outra banda, a tese de que a vedação constante do art. 40 da Lei 11.243/06 decorre da inafiançabilidade prevista no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, evidenciando que a liberdade provisória pretendida não pode ser concedida, não merece guarida.

Como já salientado o instituto da fiança não se confunde com o da liberdade provisória, conseqüentemente a proibição de uma não afasta a outra, posto que a inafiançabilidade contida na Constituição, como se viu, não pode ser entendida, senão, como a modalidade de liberdade provisória com fiança.

Por todo o exposto, o *status* de inocência nos delitos de tráfico de drogas apenas deverá ser restringido, com o conseqüente encarceramento cautelar, com base em elementos concretos, sob pena de desrespeito ao princípio constitucional da presunção de inocência, não devendo subsistir a vedação absoluta da liberdade provisória constante no art. 44 da Lei nº 11.343/06, seja pela sua ilegalidade, em face da alteração promovida na Lei de Crimes Hediondos, que suprimiu a vedação a liberdade, seja pela inconstitucionalidade, na medida em que a Constituição veda a prisão *ex lege*.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVENA, Noberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal Esquematizado**. 1 ed. São Paulo: Método, 2009.

BECHARA, Fábio Ramazzini; CAMPOS, Pedro Franco de. **Princípios constitucionais do processo penal: questões polêmicas**. Revista do Tribunal Federal da 1ª Região, Brasília, v. 17, n. 5, p. 18-29, maio 2005. Disponível em: <<http://www.trf1.gov.br/>>. Acesso em: 28 mai. 2011.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Reflexos da nova disciplina da liberdade provisória da Lei nº 11.464/07**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1380, 12 abr. 2007. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/9735>>. Acesso em: 30 mai. 2011.

GIMAEEL, Cláudio Henrique Pereira. **Presunção de inocência no processo**. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, n. 44, p. 509-531, set./dez. 2005. Disponível em: <[http://www.ite.edu.br/ripe/ripe\\_arquivos/ripe44.pdf](http://www.ite.edu.br/ripe/ripe_arquivos/ripe44.pdf)>. Acesso em: 28 mai. 2011.

GOMES, Luiz Flávio. **Liberdade provisória no delito de tráfico de drogas**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1539, 18 set. 2007. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10420>>. Acesso em: 22 fev. 2011.

MACEDO, Lucas Junqueira Bruzadelli. **Conversão da prisão em flagrante em preventiva no momento da sua comunicação ao juízo criminal. Dilemas da prisão cautelar para um Ministério Público garantista**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1164, 8 set. 2006. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/8898>. Acesso em: 25 mai. 2011.

MARCÃO, Renato. **Lei n. 11.464, de 28 de março de 2007: novas regras para a liberdade provisória, regime de cumprimento de pena e progressão de regime em crimes hediondos e assemelhados**. Disponível em: <<http://www.saraivajur.com.br/menuEsquerdo/doutrinaArtigosDetalhe.aspx?Doutrina=935>>. Acesso em: 02 jun. 2011.

MEDEIROS, Pedro Paulo Guerra de. **A inconstitucionalidade da vedação à concessão de liberdade provisória prevista no artigo 44 da Lei nº11343/06**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2457, 24 mar. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/14563>>. Acesso em: 29 mai. 2011.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. 14ª (rev. e atual.) ed. São Paulo: Atlas, 2002.

\_\_\_\_\_, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. 18ª (rev. e atual.) ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais penais Comentadas**. 2. Ed. São Paulo: Editora RT, 2007.

\_\_\_\_\_, Guilherme de Souza. **Manual de Processo e Execução Penal**. 6<sup>a</sup>Ed. São Paulo: Editora RT, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 8<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Lumen Iure, 2007.

\_\_\_\_\_, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 11<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Lumen Iure, 2009.

OLIVEIRA, José Anselmo de. **A prisão cautelar como exceção ao princípio do estado da inocência**. Revista da Esmese, Sergipe, n. 2, p. 201-227, 2002. Disponível em: <<http://www.esmese.com.br/revistas.htm>>. Acesso em: 28 mai. 2011.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 5<sup>o</sup> (rev. e atual.) ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PEREIRA, Laydiane de Castro. **Da possibilidade da concessão de liberdade provisória aos acusados da prática do delito de tráfico ilícito de entorpecentes**. Disponível em: <[www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br) 21.08.2008>. Acesso em: 31 mai. 2011.

ROCHA, Luiz Otávio de Oliveira; BAZ, Marco Garcia. **Fiança criminal e liberdade provisória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SILVA, Marco Aurélio Leite. **Prisão temporária, uma aberração**. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/6917/1/priso-es-cautelares-aspectos-teleologicos/pagina1.html>>. Acesso em: 28 mai. 2011.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar A. R. C. de. **Curso de Direito Processual Penal**. 2 ed. Bahia: Juspodivm, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 9<sup>a</sup> (rev. e atual.) ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 21<sup>a</sup> (rev. e atual.) ed. São Paulo: Saraiva, 1999. vol. 3.