

## ANÁLISE CRÍTICA À JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUE CONSIDERA INCONSTITUCIONAL A VEDAÇÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA PREVISTA NO ART. 44 DA LEI Nº 11.343/2006

ADRIANO NAKASHIMA

Analista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Conforme consta nas notícias do *site* do Supremo Tribunal Federal, no dia 13 de novembro de 2009, o Ministro Celso de Mello, deste Tribunal, ao analisar o pedido de liminar no *Habeas Corpus* 101.261, concedeu a referida medida, sob o entendimento de que a vedação da liberdade provisória prevista no art. 44 da Lei nº 11.343/2006 ofende os princípios constitucionais da proporcionalidade, da razoabilidade e da dignidade da pessoa humana.

Vejamos o que consta na notícia:

Presa preventivamente em Mato Grosso pela acusação de tráfico de drogas, J.M.D. obteve liminar no Supremo Tribunal Federal (STF) para aguardar em liberdade o julgamento de seu processo. O decano da Corte, ministro Celso de Mello, considerou inconstitucional manter a custódia dela com base no dispositivo da Lei de Tóxicos que proíbe a liberdade provisória nos crimes previstos na norma.

De acordo com o ministro, o artigo 44 da Lei nº 11.343/2006, que proíbe 'de modo abstrato e *a priori*', a concessão de liberdade provisória nos crimes de tráfico de entorpecentes, é considerado inconstitucional por diversos 'eminentes penalistas'. Além disso, ressalta o decano, o STF já declarou a inconstitucionalidade de um dispositivo virtualmente idêntico, o artigo 21 da Lei nº 10.826/2003, que veda a concessão de liberdade provisória para os acusados por porte ilegal de arma de fogo.

A proibição 'apriorística' de concessão de liberdade provisória não pode ser admitida, sustenta Celso de Mello, uma vez que se revela 'manifestamente incompatível com a presunção de inocência e a garantia do *due process* (devido processo

legal), dentre outros princípios consagrados pela Constituição da República, independentemente da gravidade objetiva do delito’.

Além disso, revela o ministro, no curso de processos penais, o Poder Público não pode agir ‘imoderadamente’, pois a atividade estatal, ainda mais em tema de liberdade individual, ‘acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade’.

### **Natureza**

O STF tem advertido que a natureza da infração penal não se revela circunstância apta a justificar, só por si, a privação cautelar do *status libertatis* daquele que sofre a persecução criminal instaurada pelo Estado, lembra o ministro, alegando ser inadequada a fundamentação da prisão com base no artigo 44 da Lei de Tóxicos. Principalmente, frisa o ministro, depois de editada a Lei nº 11.464/2007, ‘que excluiu, da vedação legal de concessão de liberdade provisória, todos os crimes hediondos e os delitos a eles equiparados, como o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins’.

Por fim, diz o ministro Celso de Mello, ‘também não se reveste de idoneidade jurídica, para efeito de justificação do ato excepcional de privação cautelar da liberdade individual, a alegação de que a paciente deveria ser mantida presa, *ante a imensa repercussão e o evidente clamor público e para acautelar o meio social e a própria credibilidade da Justiça*’.

O ministro determinou a expedição de alvará de soltura em favor de J.M.D., se ela não estiver presa por outro motivo, para que aguarde, em liberdade, a decisão final do Supremo no *Habeas Corpus* (HC) 101261, impetrado na Corte pela Defensoria Pública da União (*Habeas Corpus* (HC) 100362-MC/SP)<sup>1</sup>.

Cumprе ressaltar que o Ministro Celso de Mello vem reiteradamente considerando a vedação da concessão da liberdade provisória nos crimes de tráfico de entorpecentes e drogas afins inconstitucional.

*Ementa: Habeas Corpus. Vedação legal absoluta, imposta em caráter apriorístico, inibitória da concessão de liberdade provisória nos crimes tipificados no art. 33, caput e § 1º, e nos arts. 34 a 37, todos da lei de drogas. Possível inconstitucionalidade da regra legal vedatória (art. 44). Ofensa aos postulados constitucionais da presunção de inocência, do *due process of law*, da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade. O significado do princípio da proporcionalidade, visto sob a*

---

<sup>1</sup> Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=116058>>. Acesso em: 13 nov. 2009.

perspectiva da 'proibição do excesso': fator de contenção e conformação da própria atividade normativa do estado. Precedente do supremo tribunal federal: ADI 3.112/DF (Estatuto do Desarmamento, art. 21). Caráter extraordinário da privação cautelar da liberdade individual. Não se decreta prisão cautelar, sem que haja real necessidade de sua efetivação, sob pena de ofensa ao *status libertatis* daquele que a sofre. Irrelevância, para efeito de controle da legalidade do decreto de prisão cautelar, de eventual reforço de argumentação acrescido por tribunais de jurisdição superior. Precedentes. Medida cautelar deferida.

Para uma análise crítica desses julgamentos, é importante destacar a previsão constante no art. 5º, inciso LXV, da Constituição da República Federativa do Brasil, que prescreve que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.

Portanto, a *contrario sensu*, segundo o mandamento constitucional supracitado, a prisão em flagrante, se decretada legalmente, poderá ser mantida quando a lei não admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.

Impende acrescentar, ainda, que esta Constituição da República também considera como sendo crime inafiançável a prática de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins. A propósito:

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;

À luz dessas considerações, percebe-se que ficou a cargo da legislação infraconstitucional disciplinar a possibilidade ou não de liberdade provisória sem fiança para a prática de crimes de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.

Nesse diapasão, o legislador ordinário, na Lei nº 11.343/2006, estabeleceu que “Os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”.

No caso em tela, a legislação infraconstitucional, fazendo uma pré-ponderação da liberdade dos agentes de crime de tráfico e da segurança pública, optou pela proteção deste último interesse, criando uma regra vedando a liberdade provisória.

Sobre a pré-ponderação realizada pelo legislador, vejamos o ensinamento de Virgílio Afonso da Silva:

O que há é simplesmente o produto de um sopesamento feito pelo legislador, entre dois princípios que garantem direitos fundamentais, e cujo resultado é uma regra de direito ordinário. A relação entre a regra e um dos princípios não é, portanto, uma relação de colisão, mas uma relação de restrição. A regra é a expressão dessa restrição. Essa regra deve, portanto, ser simplesmente aplicada por subsunção. (SILVA, 2009, p. 52).

Conforme nos ensina Anderson Schreiber, quando o legislador prevê uma regra de prevalência não é possível ao juiz realizar novamente a ponderação de interesses, mas apenas fazer um controle de validade:

O magistrado ou árbitro não há que proceder, nesta hipótese, à ponderação entre os interesses conflitantes, porque a regra de prevalência já vem determinada pelo legislador.

Pode-se, isto sim, proceder ao controle de validade da regra e mesmo da adequação de seus resultados ao caso concreto, especialmente quando a regra de prevalência vier estabelecida por norma hierarquicamente inferior às normas que garantem proteção àqueles interesses. (SCHREIBER, 2007, p. 158).

Portanto, cumpre neste presente trabalho realizar um controle de validade da regra que prevê a vedação de liberdade provisória para os crimes de tráfico de entorpecente.

Para o Ministro Celso de Melo, o legislador, ao proibir, *prima facie*, a liberdade provisória aos presos em flagrante pela suposta prática de crime de tráfico de entorpecente, agiu de forma desarrazoada, sendo, por isso, tal vedação inconstitucional. Acrescentou, ainda, que a tarefa de estabelecer a necessidade de tal prisão cautelar deve ficar a cargo do juiz, mas não do legislador.

Daí a advertência de que a interdição legal *in abstracto*, vedatória da concessão de liberdade provisória, como na hipótese prevista no art. 44 da Lei nº 11.343/2006, incide na mesma censura que o Plenário do Supremo Tribunal Federal estendeu ao art. 21 do Estatuto do Desarmamento, considerados os múltiplos postulados constitucionais violados por semelhante regra legal, eis que o legislador não pode substituir-se ao juiz na aferição da existência, ou não, de situação configuradora da necessidade de utilização, em cada situação concreta, do instrumento de tutela cautelar penal. O Supremo Tribunal Federal, de outro lado, tem advertido que a natureza da infração penal não se revela circunstância apta a justificar, só por si, a privação cautelar do *status libertatis* daquele que sofre a persecução criminal instaurada pelo Estado (*Habeas Corpus* 100.362-MC/SP).

Todavia, *data venia*, em que pese ao entendimento adotado pelo Ministro Celso de Mello, não há nenhuma inconstitucionalidade, *in abstracto*, na vedação legal da concessão de liberdade provisória para os crimes de tráfico de drogas, tendo-se em vista sua conformidade com a Constituição Federal.

Não é correto o entendimento de que a análise da necessidade da prisão cautelar é tarefa exclusiva do Judiciário. Conforme já mencionado, a norma constitucional determinou que a prisão em flagrante poderá ser mantida quando a *lei* não admitir a liberdade provisória.

Trata-se, portanto, de uma norma constitucional que prevê a possibilidade de limitação em seu âmbito de proteção, por meio de uma lei infraconstitucional.

Sobre as restrições aos direitos fundamentais estabelecidas por lei, vejamos o ensinamento de Canotilho:

Quando nos preceitos constitucionais se prevê expressamente a possibilidade de limitação dos direitos, liberdades e garantias através de lei, fala-se em direitos sujeitos a reserva de lei restritiva. Isto significa que a norma constitucional é simultaneamente: (1) uma norma de garantia, porque reconhece e garante um determinado âmbito de proteção ao direito fundamental; (2) uma norma de autorização de restrições, porque autoriza o legislador a estabelecer limites ao âmbito de proteção constitucionalmente garantido. (CANOTILHO, 2003, p. 1279).

Portanto, tendo-se em vista que foi o Poder Constituinte Originário quem autorizou a lei infraconstitucional a restringir a liberdade do preso em flagrante, não há que se em falar em inconstitucionalidade na vedação, *prima face*, da liberdade provisória.

Por outro lado, não é possível, no caso em tela, a utilização, por analogia, dos fundamentos constantes na decisão que declarou a inconstitucionalidade da vedação da concessão da liberdade provisória para os presos pela prática do crime de porte de armas de fogo.

Afinal, segundo os próprios ditames constitucionais, o crime de tráfico de entorpecentes, ao contrário do delito de porte de arma, constitui enorme gravidade. Com efeito, verifica-se que a repressão ao tráfico de drogas é um dos grandes objetivos da nossa Constituição. Nesse sentido, há na Constituição da República várias normas constitucionais que visam à repressão da prática de tráfico de drogas:

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;

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;

Art. 243. As glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins será confiscado e reverterá em benefício de instituições e pessoal especializados no tratamento e recuperação de viciados e no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico dessas substâncias.

Portanto, verifica-se que o crime de tráfico de entorpecentes foi considerado de enorme gravidade, devendo, por isso, ser reprimido pelo poder público.

Cumprе ressaltar, ainda, que o fato de o art. 44 da Lei nº 11.343/2006 ter vedado a concessão da liberdade provisória para os presos pela prática de tráfico de entorpecentes e drogas afins não tem o condão de desconfigurar a cautelaridade da prisão provisória.

Com efeito, a lei foi clara ao prescrever que a vedação da liberdade provisória somente alcança os presos em flagrante que possuem uma latente periculosidade para a sociedade. Os presos em flagrante que não representarem nenhum risco para ordem pública podem ser beneficiados com a liberdade provisória. É que, para estes, existe a previsão de uma causa de diminuição de pena (§ 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006), que torna possível a concessão do referido benefício.

Dessa forma, inexistindo prova de que o preso em flagrante integra organização criminosa ou de que ele se dedica à atividade criminosa e sendo ele primário e de bons antecedentes, o Ministério Público deve denunciá-lo pela prática do crime de tráfico minorado.

Nesse sentido:

Em síntese, quanto às exigências legais para a aplicação da redução da pena, cabe ao Ministério Público provar sua ausência e não ao réu provar sua presença. Se não houver provas de que o agente integra organização criminosa ou que se dedica ao crime, não havendo provas de reincidência nem de maus antecedentes, é porque o agente tem direito à redução. (THUMS, 2008, p. 94).

Ao ser denunciado pela prática do crime previsto no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, não existirá nenhuma vedação para a concessão da liberdade provisória, conforme dispõe o art. 44 desta lei: “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”.

Por outro lado, em se tratando de réu reincidente e de maus antecedentes, bem como que integra organização criminosa ou se dedica a atividade criminosa, resta insitivamente demonstrada sua latente periculosidade, sendo necessária a manutenção da prisão cautelar para garantir a ordem pública.

Sobre o assunto, vejamos o ensinamento da doutrina:

Aliás, o Supremo Tribunal Federal, apesar de rechaçar a cautelaridade no que diz respeito à ordem pública simplesmente em vista da gravidade do fato ou da violência empregada, tem entendido que pode haver motivação quanto a este requisito, havendo assim cautelaridade, quando esta ‘envolve, em linhas gerais, as seguintes circunstâncias principais: a) necessidade de resguardar a integridade física ou psíquica do paciente ou de terceiros; b) objetivo de impedir a reiteração das práticas criminosas, desde que lastreado em elementos concretos expostos fundamentadamente no decreto de custódia cautelar; e c) para assegurar a credibilidade das instituições públicas, em especial o Poder Judiciário, no sentido da adoção tempestiva de medida adequadas, eficazes e fundamentadas quanto à visibilidade e transparência da implementação das políticas públicas de persecução criminal’. (HC 89238/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, 29.5.2007).

[...]

O que não se justifica é a identificação da garantia da ordem pública com o clamor social e a gravidade do crime, ou mesmo o aumento da criminalidade, que são conceitos estranhos ao processo e ao crime cometido, devendo ser considerada, sim, a *possibilidade de cometimento de outros crimes*.

[...]

Aliás, o direito espanhol também permite a prisão para a *tutela da paz social*, na forma do art. 503, § 2º, da *Ley de*

*Enjuicimiente Criminal*, considerando-se a paz social como 'alarme social produzido pelo delito ou freqüência com que se tem cometido fatos análogos', e nem por isso se deixa de reconhecer, naquele país, a natureza cautelar da prisão. (LIMA, 2008, p. 372).

No Brasil, a jurisprudência, ao longo desses anos, tem se mostrado ainda um pouco vacilante, embora já dê sinais de ter optado pelo entendimento da noção de ordem pública como risco ponderável da repetição da ação delituosa objeto do processo, acompanhado do exame acerca da gravidade do fato e de sua repercussão. (OLIVEIRA, 2008, p. 435).

Outro fator responsável pela repercussão social que a prática de um crime adquire é a periculosidade (probabilidade de tornar a cometer delitos) demonstrada pelo indiciado ou réu e apurada pela análise de seus antecedentes e pela maneira de execução do crime. Assim, é indiscutível que pode ser decretada a prisão preventiva daquele que ostenta, por exemplo, péssimos antecedentes, associando a isso a crueldade particular com que executou o crime. (NUCCI, 2008, p. 606).

Farta é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a reiteração criminosa e a participação em organização criminosa são fundamentos idôneos para demonstrar a necessidade da prisão cautelar:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. REITERAÇÃO CRIMINOSA. PRIMARIEDADE E BONS ANTECEDENTES. 1. Prisão preventiva para garantia da ordem pública face à circunstância de o réu ser dado à prática do tráfico de entorpecentes em concurso de pessoas. Real possibilidade de reiteração criminosa, qual retratado pelo Juiz, ao afirmar que o paciente fora preso outras vezes em flagrante delito, voltando a delinquir quando beneficiado com a liberdade provisória. 2. Primariedade e bons antecedentes não asseguram, por si só, o direito à liberdade provisória quando há fundamento idôneo justificando a custódia cautelar. Ordem indeferida. (HC 95602, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 16/09/2008, DJe-241 DIVULG 18-12-2008 PUBLIC 19-12-2008 EMENT VOL-02346-07 PP-01616).

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. DECISÃO FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PRESSUPOSTOS DO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DEMONSTRAÇÃO. ORDEM DENEGADA. I - A decretação da prisão preventiva baseada na garantia da ordem pública e na conveniência da instrução criminal está devidamente fundamentada em fatos concretos a justificar a segregação cautelar, em especial diante da reiteração da conduta. II - Habeas corpus denegado. (HC



94598, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 21/10/2008, DJe-211 DIVULG 06-11-2008 PUBLIC 07-11-2008 EMENT VOL-02340-03 PP-00531).

DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. ORDEM PÚBLICA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA ALTAMENTE ESTRUTURADA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E OUTROS CRIMES GRAVES. DENEGAÇÃO. 1. A questão de direito tratada neste writ diz respeito à possível nulidade da decisão que decretou a prisão preventiva do paciente por suposta ausência de fundamentação idônea e adequada. 2. A denúncia imputa ao paciente e aos co-réus terem se associado em quadrilha para a prática do tráfico ilícito de substâncias entorpecentes, na forma de uma organização criminosa estrutura hierarquicamente com divisão de tarefas e funções de seus membros. 3. No caso concreto, há a noção de periculosidade concreta do paciente, acusado de integrar a facção criminosa intitulada 'PCC' (Primeiro Comando de Capital) que seria responsável por ataques violentos ocorridos em maio de 2006 contra civis, unidades prisionais, agências bancárias e veículos, em claro confronto com as forças de segurança pública do Estado de São Paulo. 4. Registro que houve fundamentação idônea à manutenção da prisão processual do paciente. Atentou-se, portanto, para o disposto no art. 93, IX, da Constituição da República. A decisão proferida pelo juiz de direito - que decretou a prisão preventiva - observou estritamente o disposto no art. 1º, da Lei nº 9.034/95 e no art. 312, do CPP, eis que há elementos indicativos no sentido de que as atividades criminosas eram realizadas de modo reiterado, organizado e com alta poder ofensivo à ordem pública. 5. A garantia da ordem pública é representada pelo imperativo de se impedir a reiteração das práticas criminosas. 6. A regra do art. 7º, da Lei nº 9.034/95, consoante a qual não será concedida liberdade provisória, com ou sem fiança, aos agentes que tenham tido intensa e efetiva participação na organização criminosa, com efeito, revela-se coerente com o disposto no art. 312, do CPP. 7. Habeas corpus denegado. (HC 94739, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 07/10/2008, DJe-216 DIVULG 13-11-2008 PUBLIC 14-11-2008 EMENT VOL-02341-03 PP-00442).

Portanto, não há que se falar em desrespeito ao princípio da proporcionalidade no art. 44 da Lei nº 11.343/2006, tendo-se em vista que seu objetivo é justamente não conceder liberdade provisória a agentes de crimes reincidentes, de maus antecedentes, que integram organização criminosa ou que se dedicam a atividades criminosas.

Enfim, a vedação legal constante no art. 44 da Lei nº 11.343/2006 tem como objetivo impedir a reiteração das práticas criminosas, sendo, por isso, compatível com as regras e os princípios constantes na Constituição da República Federativa do Brasil.

## Referências bibliográficas

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de Processo Penal*. v. 3. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

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

SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. *Nova Lei de Drogas: crimes, investigação e processo*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.